

ÉTUDES

LES ARTICLES DE LA C.D.I. SUR LA RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT POUR FAIT INTERNATIONALEMENT ILLICITE SUITE – ET FIN ?

Alain PELLET

1. Par sa résolution 56/83 du 12 décembre 2001, adoptée sans vote, l'Assemblée générale a pris « note des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite présentés par la Commission du Droit international », dont elle a annexé le texte et qu'elle « recommande à l'attention des gouvernements, sans préjudice de leur adoption éventuelle ou de toute autre mesure appropriée »¹, qui pourrait être adoptée en 2004². Ce faisant, elle répondait aux vœux de la Commission qui lui avait recommandé d'annexer le projet à la résolution en prenant acte, quitte à envisager « la possibilité, à un stade ultérieur et compte tenu de l'importance du sujet, de convoquer une conférence internationale de plénipotentiaires pour examiner le projet d'articles sur la responsabilité de l'État en vue de la conclusion d'une convention sur ce sujet »³.

Ceci constituait une solution de compromis, la première proposition⁴ étant conforme au souhait du Rapporteur spécial, le Professeur James Crawford ; la seconde⁵ à la position d'une majorité de Membres de la Commission qui, bien à tort, estiment que la « réussite » d'un projet de la C.D.I. ne peut se mesurer qu'à l'aune du droit conventionnel et pour lesquels, hors du traité, il n'y a point de salut. Ils se trompent. Comme on l'a relevé à maintes reprises, la conclusion d'une convention ne conditionne pas l'influence qu'exercent les projets qui, bien

(*) Alain PELLET, Professeur à l'Université de Paris X-Nanterre. Cet article, qui n'a guère de prétention doctrinale, a pour seul objectif de compléter celui publié en 1996 dans cet *Annuaire* (pp. 7-32) et de mettre en évidence les principales différences entre le projet de la Commission adopté en première lecture en 1996 et les articles, « définitifs », de 2001.

1. Par. 3 de la résolution.

2. Au paragraphe 4 de la résolution, l'Assemblée générale « décide d'inscrire à l'ordre du jour provisoire sa cinquante-neuvième session une question intitulée "Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite" ».

3. *Rapport de la C.D.I.*, 53^e session, 23 avril-1^{er} juin et 2 juillet-10 août 2001, Assemblée générale, documents officiels, 56^e session, Supplément n° 10 (A/56/10), pp. 43-44, pars. 72 et 73.

4. Aux termes de l'article 23 du Statut de la C.D.I. (résolution 174 (II) de l'Assemblée générale, du 21 novembre 1947), celle-ci « peut recommander à l'Assemblée générale : ... b) de prendre acte [de son] rapport, ou de l'adopter dans une résolution ».

5. La Commission peut aussi « recommander le projet aux [États] Membres en vue de la conclusion d'une convention » ou « de convoquer une conférence pour conclure une convention » (*ibid.*, alinéas c et d).

souvent, « ont été eux-mêmes considérés comme apportant la preuve de la situation prévalant en droit coutumier »⁶. Pour n'en donner qu'un exemple, l'arrêt de la C.I.J. du 25 septembre 1997 dans l'affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, ne mentionne pas moins de sept dispositions du projet d'articles sur la responsabilité des États justement⁷.

Encore ne s'agissait-il que du projet adopté en première lecture en 1996. Des articles « définitifs », revus à la lumière des réactions des États et de la doctrine et annexés à une résolution de l'Assemblée générale ont plus de poids encore. Compte tenu du soin minutieux mis à son élaboration, des équilibres compliqués qu'il réalise, de sa cohérence globale, il était bon de « laisser du temps au temps » et au cru de 2001 la chance d'arriver à maturation par une exposition à la pratique qui fera le tri entre l'acceptable et l'aventureux – ou le prématurément dépassé – plus sereinement et plus efficacement qu'une conférence de codification, davantage sensible aux joutes politiques superficielles et inégales⁸.

2. Fruit d'une lente maturation et d'un va-et-vient fructueux entre le niveau politique et les experts de la C.D.I.⁹, les articles de 2001 présentent des différences non négligeables avec le projet de 1996, qu'il s'agisse de leur structure d'ensemble ou de certains points clés, dont l'un présente une importance toute particulière : celui de l'invocation de la responsabilité de l'État. L'essentiel de ces améliorations est issu des dispositions d'un avant-projet, adopté par le Comité de rédaction en 2000 mais qui n'avait pu être examiné en plénière cette année-là ; annexé au Rapport de la Commission sur sa 52^e session¹⁰ ; plusieurs dispositions ont cependant été revues – et, en règle générale, édulcorées, à la suite de la discussion du rapport par la Sixième Commission de l'Assemblée générale.

6. « Introduction – L'œuvre de la Commission du Droit international » in *Le droit international à l'aube du XXI^e siècle*, Nations Unies, New York, 1997, n° de vente E/F 97.V.4, p. 32. Pour l'exposé des arguments en faveur de et contre la transformation en convention, v. not. les rapports d'Yves DAUDET et Christian TOMUSCHAT in S.F.D.I., colloque d'Aix-en-Provence, *La codification du droit international*, Pedone, Paris, 1999, respectivement pp. 171-174 et 189-190.

7. V. les pars. 47 (art. 17 du projet – non-pertinence de la nature de l'obligation internationale violée, *Rec.*, pp. 38-39), 50 à 54, 57 et 58 (art. 33 – état de nécessité, *ibid.*, pp. 39-42 et 45-46), 79 (art. 41 – cessation du comportement illicite, *ibid.*, p. 54) et 83 (arts. 47 à 50 – contre-mesures, *ibid.*, p. 55) de l'arrêt.

8. V. aussi la défense de l'approche retenue par la Commission et l'Assemblée générale par James CRAWFORD, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility – Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge U.P., 2002, pp. 58-60.

9. V. la présentation sommaire de la procédure depuis 1955. V. aussi A. PELLET, « La codification du droit de la responsabilité internationale : Tâtonnements et affrontements » in *L'ordre juridique international, un système en quête d'équité et d'universalité – Liber amicorum Georges Abi-Saab*, Kluwer, La Haye, 2001, pp. 285-304.

10. 1^{er} mai-9 juin et 10 juillet-18 août 2000, document A/55/10, pp. 110-126. Pour un commentaire de cet avant-projet, v. J. CRAWFORD, P. BODEAU et J. PEEL, « La seconde lecture du projet d'articles sur la responsabilité des États de la C.D.I. », *R.G.D.I.P.* 2000, pp. 911-938 ; en anglais : *A.J.I.L.* 2000, pp. 660-676. Pour des présentations des articles de 2001, v. not. : J. CRAWFORD, Introduction, *op. cit.* note 8, pp. 1-60 ; J. CRAWFORD, J. PEEL et S. OLLESON, *E.J.I.L.* 2001, pp. 963-991 ; Gerhard HAFNER, *Austrian Rev. of Intl and Eur. Law* 2000, pp. 189-270 ; Constantin ÉCONOMIDÈS, *Rev. hell. de DI* 2001, pp. 373-381 ; K. KAWASAKI, *Hitotsubashi J. of Law and Pol.* 2002, pp. 35-55 ; « Symposium : The ILC's State Responsibility Articles », *A.J.I.L.* 2002, pp. 773-890 ; v. aussi la chronique de Carlo SANTULLI dans cet *Annuaire*, 2001, pp. 348-358.

I. – L'ÉLABORATION ET LA STRUCTURE D'ENSEMBLE DES ARTICLES

A. Conception générale de la responsabilité et procédure d'élaboration

3. Le projet adopté en première lecture, en 1996, avait été l'œuvre de quatre rapporteurs spéciaux successifs (dont le dernier, le professeur italien G. Arangio-Ruiz, avait démissionné de ses fonctions peu avant l'achèvement des travaux, le 6 juin 1996¹¹). Il portait la marque de Roberto Ago qui avait fait subir à la conception dominante que l'on se faisait de la notion même de responsabilité internationale une révolution conceptuelle aux conséquences fondamentales¹².

L'essentiel de la nouvelle approche, endossée par la Commission et jamais ouvertement remise en cause depuis lors, consiste à limiter à deux les conditions auxquelles la responsabilité est engagée : pour qu'elle le soit, il faut et il suffit :

1° qu'un fait internationalement illicite ait été commis ; et

2° que ce fait puisse être attribué à un État ;

l'existence d'un dommage n'ayant d'incidence que pour déterminer l'obligation de réparer et ses modalités.

Le projet définitif consacre cette approche. Aucune modification n'a été apportée aux dispositions du projet en posant le principe ; les articles 1 et 2 définitivement adoptés en 2001 disposent en effet :

Article 1^{er} – Responsabilité de l'État pour ses faits internationalement illicites

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

Article 2¹³ – Éléments du fait internationalement illicite de l'État

Il y a fait internationalement illicite lorsqu'un comportement constituant en une action ou une omission :

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

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

On passe ainsi d'une conception purement inter-personnelle, « civile » si l'on veut, de la responsabilité internationale, à une approche plus « objective »¹⁴ : peu important les conséquences d'une violation du droit international, celui-ci doit être respecté et tout manquement engage la responsabilité de son auteur, les conséquences de celle-ci variant selon que le fait internationalement illicite a ou non causé un dommage et en fonction de la nature de la norme violée.

11. V. le Rapport de la C.D.I. à l'Assemblée générale sur les travaux de sa 48^e session, *Ann. C.D.I.* 1996, vol. II, 2^e partie, p. 62, par. 62.

12. V. A. PELLET, « Remarques sur une révolution inachevée – Le projet de la C.D.I. sur la responsabilité des États », *cet Annuaire*, 1996, pp. 7-32, en particulier, pp. 10-17.

13. Il s'agissait de l'article 3 dans le projet de 1996. La Commission a estimé, non sans raison, que l'article 2, posant le principe selon lequel « [t]out État est susceptible d'être considéré comme ayant commis un fait internationalement illicite engageant sa responsabilité internationale », énonçait une évidence et pouvait être supprimé sans inconvénient. Le texte complet du projet d'articles adopté en première lecture est reproduit in *Ann. C.D.I.* 1996, vol. II, 2^e partie, pp. 62-70 ; des notes renvoient aux commentaires des différents articles publiés dans les *Annuaire*s antérieurs.

14. Ceci laisse cependant entière la question de savoir s'il existe en droit international une responsabilité de l'État sans manquement pour les dommages causés par les activités qui ne sont pas interdites par le droit international. Sur ce point, v. *infra*, n° 22.

Il est remarquable que cette nouvelle conception ait bénéficié d'un large soutien de la part tant de la doctrine que des États¹⁵ et que James Crawford, nommé Rapporteur spécial sur le sujet en 1997, ne l'ait pas remise en cause. Contrairement à tous ses prédécesseurs, le professeur australien, titulaire de la chaire de droit international à l'Université de Cambridge, est en effet formé à la *common law* et il est certain que l'approche d'Ago et de l'ensemble du projet de première lecture était imprégnée sinon du droit latin, du moins des discussions doctrinales « continentales » auxquelles les juristes anglo-saxons ont pris peu de part.

4. La méthode adoptée par le cinquième Rapporteur spécial sur le sujet de la responsabilité des États¹⁶ pour élaborer le projet définitif est, en revanche, marquée par le « pragmatisme anglo-saxon ». Contrairement à ses trois prédécesseurs immédiats, les professeurs Ago, Riphagen ou Arangio-Ruiz, il n'est parti d'aucun présupposé doctrinal, idéologique ou moral : on lui avait confié le soin d'aboutir en cinq ans – durée du mandat des membres de la C.D.I. –, à un projet final généralement acceptable, il s'y est employé avec succès, en tâtonnant parfois, en n'hésitant pas, dans certains cas, à se contredire, mais en s'efforçant de réunir le plus large appui possible pour chaque disposition controversée et de désamorcer patiemment les critiques que, contrairement à M. Arangio-Ruiz, il a toujours écoutées attentivement et acceptées chaque fois qu'elles ne lui paraissaient pas remettre en cause l'équilibre général du projet.

Pour l'assister dans sa tâche, le Rapporteur spécial, qui a présenté quatre rapports à la Commission de 1998 à 2001¹⁷ à la lumière des observations des gouvernements¹⁸, a largement eu recours à des Groupes de travail :

- le premier, constitué en 1997, s'est concentré sur la méthode à suivre pour mener à bien les travaux sur le sujet durant les quatre années suivantes¹⁹ ;

- celui qui a été créé en 2001²⁰, à composition ouverte, a discuté les questions les plus controversées du projet de 1996 : la notion de « crime international de l'État », les contre-mesures, le règlement des différends et la forme du projet définitif²¹ ;

- en outre, en 2001, la Commission a constitué un groupe de travail de onze membres, présidé par son membre roumain, M. Melescanu, chargé de revoir les commentaires des projets d'articles préparés par le Rapporteur spécial²².

15. À de rares exceptions près, dont les plus notables sont l'Argentine, le Japon et la France, qui a fait parvenir au Secrétariat de la Commission en 1998 un contre-projet complet réintroduisant le dommage parmi les conditions d'engagement de la responsabilité (v. le document A/CN.4/488).

16. Ce n'est qu'*in extremis* que la Commission a modifié le titre du projet – devenu « La responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite » – « pour distinguer le sujet de celui de la responsabilité interne » (v. le *Rapport* de la C.D.I. sur sa 53^e session, préc. note 3, pp. 42-43, par. 68).

17. Ces rapports, qui portent les cotes A/CN.4/490 et Add. 1 à 7, A/CN.4/490 et Add. 1 à 6, A/CN.4/507 et Add. 1 à 4 et A/CN.4/517 et Add. 1, seront publiés dans les *Annuaire*s de la C.D.I. (vol. II, 1^{re} partie) de 1998 à 2001, dont la publication a pris beaucoup de retard.

18. V. les documents A/CN.4/483 et A/CN.4/488 et Add. 1 à 3, A/CN.4/492 et A/CN.4/496, A/CN.4/504 et Add.1 et A/CN.4/517 et Add.1

19. V. le rapport de la C.D.I. à l'Assemblée générale sur les travaux de sa 49^e session, *Ann. C.D.I.* 1997, vol. II, 2^e partie, p. 59, pars. 158 à 161.

20. Des consultations officielles très intenses ont eu lieu en 1998, 1999 et 2000 mais aucun groupe de travail formel n'a été constitué.

21. Contrairement à la pratique habituelle de la Commission, son rapport de 2001 (préc. note 3), contient un « bref résumé du débat » sur ces questions (A/56/10, pp. 33-42, pars. 45-67).

22. Ce groupe de travail s'est réuni au début de la reprise de la 56^e session, du 2 au 6 juillet 2001 ; cet examen aurait dû être effectué soit par la Commission plénière, soit par le Comité de rédaction ; cette procédure insolite a été suivie pour répondre au souci d'économies de l'Assemblée générale : les réunions de la C.D.I. sont fort coûteuses et la limitation du nombre des participants permet... de petites économies.

Après avoir été revus en plénière, les commentaires définitivement adoptés sont reproduits dans le rapport de la Commission²³. Ils sont précieux pour préciser le sens de dispositions nécessairement concises et souvent complexes dont ils sont indissociables. Ceux de 2001 sont plus complets et éclairants que ceux dont étaient assortis les articles des trois dernières parties du projet de première lecture ; en revanche, ceux de la première partie ne valent pas les commentaires des articles de la première partie, rédigés par Ago entre 1973 et 1980, qui demeurent un modèle inégalé.

B. La première partie du projet

5. Cette remarque s'applique d'ailleurs aux articles eux-mêmes : cédant à certaines critiques gouvernementales et pressée par le temps, la Commission a complété la fin du projet dont les dispositions étaient parfois un peu expéditives (surtout en ce qui concerne les modalités de la réparation), mais elle a « simplifié » et « élagué », parfois abusivement, celles de la première partie²⁴, dont le nombre a du reste été réduit de 35 à 27. Si certaines suppressions ne portent pas à conséquence²⁵, d'autres sont plus contestables. Ainsi, s'il n'est pas douteux que la distinction entre les obligations de comportement et de résultat opérée par les anciens articles 20 à 23 prêtait le flanc à la critique²⁶, il aurait certainement été préférable de réfléchir à nouveau à sa portée et à ses effets que de se débarrasser de ce problème épineux en supprimant purement et simplement les dispositions pertinentes et en se bornant à proclamer, dans le nouvel article 12 sur la « Violation d'une obligation internationale » :

Il y a violation d'une obligation internationale par un État lorsqu'un fait dudit État n'est pas conforme à ce qui est requis de lui en vertu de cette obligation, quelle que soit l'origine ou la nature de celle-ci²⁷.

De même, la « simplification » des anciens articles 18 et 24 à 26 réalisée par les nouveaux articles 13 à 15 en ce qui concerne la survenance et la durée de la violation sont contestables : certes, les nouvelles dispositions sont plus simples et plus immédiatement compréhensibles, mais elles répondent moins complètement aux questions complexes qui se posent. On peut ne pas être convaincu non plus par le traitement cavalier réservé par l'article 10 du nouveau projet au « Comportement d'un mouvement insurrectionnel ou autre » – et regretter en particulier que les mouvements de libération nationale soient englobés dans cette appellation générique à connotation nettement péjorative.

6. On notera en revanche le soin mis par la Commission à revoir les dispositions du projet consacrées aux « circonstances excluant l'illicéité » (articles 20 à 27), dont l'ordre a été revu même si l'économie générale n'en est pas bouleversée, et qui se recommandent par une concision et une clarté accrues. Les cinq

23. Préc. note 3, document A/56/10, pp. 61-393.

24. Dont le titre a été modifié : appelée « Origine de la responsabilité » dans le projet de 1996, elle s'intitule désormais « Le fait internationalement illicite de l'État » ; cet intitulé a le mérite d'être moins ésotérique que le précédent ; « L'engagement de la responsabilité de l'État » eût cependant été plus explicite ; c'est de cela que traite cette partie.

25. V. par exemple *supra*, note 13.

26. V. not. Jean COMBACAU, « Obligations de résultat et obligations de comportement – Quelques questions et pas de réponse », *Mélanges Reuter*, Pedone, Paris, 1981, pp. 181-204.

27. Les mots en caractères romains sont censés couvrir les questions auparavant traitées aux articles 20 à 22 (v. les paragraphes 11 et 12) du commentaire de l'article 12 in *Rapport de la C.D.I. sur sa 53^e session*, préc. note 3, A/56/10, pp. 137-140). Ils laissent entiers tous les problèmes liés aux conséquences de la distinction.

« circonstances » retenues en 1996²⁸ ont été maintenues ; en revanche, la C.D.I. n'a pas suivi la suggestion de son Rapporteur spécial d'en ajouter une sixième, constituée par l'observation d'une norme impérative²⁹ ; mais la rédaction plus large qu'elle a donnée au nouvel article 26 couvre cette hypothèse :

Respect de normes impératives

Aucune disposition du présent chapitre n'exclut l'illicéité de tout fait de l'État qui n'est pas conforme à une obligation découlant d'une norme impérative du droit international général.

Il reste que les dispositions relatives aux circonstances excluant l'illicéité n'échappent certainement pas à toute critique. En particulier :

– s'il est certainement exact que certaines de ces circonstances « excluent l'illicéité », on peut se demander si d'autres (notamment le consentement) ne laissent pas subsister l'illicéité et n'exonèrent pas seulement l'auteur du fait internationalement illicite de sa responsabilité³⁰ ;

– dès lors que la légitime défense est définie par la seule référence à la Charte des Nations Unies (article 21), il s'agit sinon d'une règle « primaire », du moins d'une règle spéciale, dont on peut douter qu'elle ait sa place dans le projet³¹ ;

– il n'est pas tout à fait exact que les contre-mesures (article 22) soient une circonstance excluant l'illicéité : la circonstance qui justifie la licéité d'une contre-mesure est le fait internationalement illicite auquel elle entend répondre.

C. La structure d'ensemble des articles – Le contenu de la responsabilité

7. Contrairement aux articles de la première partie, le reste du projet sort certainement enrichi de la relecture qu'en a faite la C.D.I. sous l'impulsion de James Crawford. La structure du projet a été revue et rationalisée. Les articles relatifs à la réparation ont été repris et complétés de manière plus rigoureuse. Et, en ce qui concerne la mise en œuvre de la responsabilité, la Commission a modifié la perspective : au lieu de partir des obligations de l'auteur du fait internationalement illicite, elle met l'accent sur l'invocation de sa responsabilité par les autres États.

Le texte adopté en première lecture comportait trois parties³². Après une présentation de « L'origine de la responsabilité internationale », la deuxième partie, assez « fourre-tout », était intitulée « Contenu, formes et degrés de la responsabilité internationale » et la troisième portait sur le règlement des diffé-

28. Il s'agit (dans cet ordre dans le projet de 2001) du consentement, de la légitime défense, des contre-mesures, de la force majeure, de la détresse et de l'état de nécessité.

29. Projet d'article 29 bis proposé par J. Crawford dans son 2^e rapport en 1999 (A/CN.4/498/Add.2, pars. 306-313) et repris presque à la lettre dans l'article 21 de l'avant-projet de 2000 (v. le Rapport de la C.D.I. sur sa 52^e session, *op. cit.* note 10, p. 115) : « L'illicéité du fait d'un État non conforme à une obligation internationale de cet État est exclue si ce fait est exigé, étant donné les circonstances, par une norme impérative du droit international général ».

30. V. à ce sujet Vaughan LOWE, « Precluding Wrongfulness or Responsibility : A Plea for Excuses », *E.J.I.L.* 1999, pp. 405-411.

31. Sur les rapports entre le droit de la responsabilité et celui de la Charte, v. Mathias FORTEAU, *Recherche sur les relations entre le droit de la Charte des Nations Unies et le droit de la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*, Thèse, Paris X-Nanterre, 2002, v + 930 p., plus particulièrement pp. 562-577 en ce qui concerne la légitime défense.

32. Pour une analyse plus détaillée de la structure du projet de 1996, v. A. PELLET, *op. cit.* note 12, pp. 13-17.

rends. Cette dernière, insérée dans le projet sur l'insistance du Rapporteur spécial d'alors, a été fort opportunément abandonnée en seconde lecture : le règlement des différends ne relève pas, en tant que tel, de l'objet du projet et il n'y aurait, de toutes manières, eu aucun sens à faire figurer de telles dispositions dans un texte non conventionnel ; de plus et surtout, l'insertion d'un mécanisme obligatoire spécifique de règlement des différends aurait abouti en fait à bouleverser tout le système juridique international qui repose sur le libre choix des moyens de règlement pacifique des litiges³³ et le rappel de cette obligation³⁴ n'aurait strictement rien ajouté au droit positif.

Quant à l'ancienne deuxième partie du projet, son contenu a été réparti en deux nouvelles parties, l'une étant consacrée au « Contenu de la responsabilité internationale de l'État »³⁵ et l'autre à sa « Mise en œuvre »³⁶. Une quatrième et dernière partie est intitulée « Dispositions générales » et comporte diverses dispositions précisant les limites des articles : leur caractère supplétif³⁷, l'exclusion des questions relatives à la responsabilité des organisations internationales et des personnes privées³⁸ et les relations avec la Charte des Nations Unies³⁹.

8. Le premier chapitre de la deuxième partie énumère les « conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite »⁴⁰ :

- le devoir de l'État responsable d'exécuter l'obligation violée (article 29) ;
- l'obligation de mettre fin au fait internationalement illicite et « d'offrir des assurances et des garanties de non-répétition appropriées si les circonstances l'exigent » (article 30)⁴¹ ; et
- « celle de réparer intégralement le préjudice causé par le fait internationalement illicite »,

l'article 31 précisant à cet égard que « [l]e préjudice comprend tout dommage tant matériel que moral, résultant du fait internationalement illicite de l'État », ce que ne faisait pas le projet de 1996. Du même coup, la C.D.I. confirme implicitement l'équivalence des termes « dommage » (*damage* en anglais) et préjudice (*injury*) qui a donné lieu à de longues controverses lors de l'examen du projet.

33. Cf. les articles 2, par. 3, et 33 de la Charte des Nations Unies.

34. Cette option a été proposée par certains membres de la Commission, qui l'a écartée (cf. le *Rapport* de 2001, préc. note 3, A/56/10, p. 38, pars. 58-59).

35. Deuxième partie, articles 28 à 41. Plus que de « contenu », il s'agit des conséquences de la responsabilité ; la raison pour laquelle ce vocable a été écarté tient à ce que les diverses possibilités de mise en œuvre de la responsabilité traitée dans la troisième partie sont également des « conséquences » de l'engagement de la responsabilité.

36. Articles 42 à 54.

37. Cf. les articles 55 (*lex specialis*) et 56 (applicabilité des règles générales du droit international aux questions non régies par les articles).

38. Cf. les articles 57 et 58.

39. Article 59 : « Les présents articles sont sans préjudice de la Charte des Nations Unies ». Cette clause d'exclusion met bien et à juste titre l'accent sur la distinction qui existe entre le droit de la Charte (qui concerne avant tout le maintien de la paix et de la sécurité internationales) et celui de la responsabilité ; v. M. FORTEAU, thèse préc. (note 31), *passim* et plus spécialement pp. 43-75.

40. Titre de l'article 28.

41. Outre que ces circonstances ne sont pas précisées, il est fâcheux que l'article 30 traite conjointement de la cessation et des assurances et garanties de non-répétition : contrairement à ce que laisse entendre cette rédaction, les secondes (à la différence des premières) ne constituent pas une obligation autonome ; elles sont une modalité de la satisfaction (objet de l'article 37). En ce sens, v. C.I.J., arrêt du 27 juin 2001, *LaGrand*, pars. 123-124 ; il est d'autant plus surprenant que la CDI ait persisté dans cette erreur, qu'elle avait attendu le prononcé de cet arrêt avant d'arrêter définitivement sa position sur ce point (v. le document A/CN.4/L.602, notes 6 et 8).

9. Le chapitre II de la deuxième partie porte sur les formes de la réparation. Sans être très détaillées, ses dispositions apportent des correctifs au projet de première lecture, ou des précisions utiles⁴².

S'agissant de la *restitutio in integrum* (baptisée, de façon trompeuse, « restitution » dans le titre de l'article 35), considérant à juste titre que le principe de proportionnalité⁴³ y pourvoit, la C.D.I. a renoncé aux précisions superflues et passablement démagogiques qui figuraient dans l'ancien article 43 concernant le respect de l'indépendance politique et de la stabilité économique des États.

L'article 36, consacré à l'indemnisation est rédigé de manière plus ferme que précédemment : au lieu de la circonscrire aux dommages « susceptibles d'évaluation économique »⁴⁴ il la réserve à ceux qui peuvent faire l'objet d'une évaluation financière ; au lieu d'affirmer « mollement » que l'indemnisation « peut comprendre des intérêts et, le cas échéant, le manque à gagner »⁴⁵, il pose fermement le principe de l'indemnisation du *lucrum cessans*, et le nouvel article 38 comporte des directives générales (et qui eussent pu être plus précises) en ce qui concerne les intérêts⁴⁶.

Quant à l'article 37 sur la satisfaction, il met fin aux graves confusions qui marquaient la disposition correspondante du projet de 1996 : il renonce à mentionner la possibilité de « dommages-intérêts correspondant à la gravité de l'atteinte » (que citait l'ancien article 45, paragraphe 2.c) – qui consacrait sans le dire la possibilité de dommages-intérêts punitifs, étrangère au droit international général⁴⁷ –, et le « châtement » des personnes « responsables », ce qui revenait à confondre la responsabilité *internationale* de l'État et celle, *pénale*, de ses agents.

10. Le troisième et dernier chapitre de la deuxième partie (« Violations graves d'obligations découlant de normes impératives du droit international général » – articles 40 et 41) et les deux chapitres de la troisième consacrés respectivement à l'invocation de la responsabilité de l'État (articles 42 à 48) et aux contre-mesures (articles 49 à 54) portent sur des questions de principe difficiles qui ont profondément divisé les membres de la C.D.I. et qui n'ont pu faire l'objet d'un consensus qu'au prix de compromis parfois coûteux en termes de logique et d'exhaustivité, mais qui sont globalement acceptables. Ils n'en méritent pas moins des commentaires un peu plus précis.

42. Des problèmes importants et difficiles sont cependant passés sous silence, notamment celui de la distinction entre responsabilité conjointe et responsabilité solidaire. L'article 47 envisage l'hypothèse d'une « Pluralité d'États responsables » et semble pencher en faveur de la « responsabilité séparée » s'il faut en croire le commentaire de cette disposition, sans que la notion y soit clairement définie (v. le *Rapport* de la C.D.I. sur sa 53^e session, préc. note 3, A/56/10, p. 338, par. 3) du commentaire.

43. Celui-ci est rappelé aux articles 35.b) (« Restitution ») et 37, par. 3 (« Satisfaction »). Il eût été plus rationnel d'en faire un principe général en matière de réparation.

44. Article 44 du projet de 1996.

45. *Ibid.*

46. Cet article est, à bon droit, distinct de celui consacré à l'indemnisation car la « somme principale » sur laquelle porte les intérêts peut être due à titre de *restitutio*.

47. Sinon peut-être en cas de violations graves découlant de normes impératives du droit international général – v. *infra*, n° 15.

II. – INVOCATION DE LA RESPONSABILITÉ, VIOLATIONS GRAVES ET CONTRE-MESURES

A. L'invocation de la responsabilité de l'État

11. La comparaison de l'article 40 du projet de première lecture avec les articles 42 à 48 (42 et 48 surtout⁴⁸) de 2001 montre le chemin parcouru sous l'impulsion du professeur Crawford.

Adopté en 1985 sur la base du cinquième rapport du professeur Riphagen⁴⁹, l'article 40 du projet de 1996⁵⁰ visait à définir le « Sens de l'expression "État lésé" ». Il le faisait de manière tortueuse et alambiquée : le principe général était qu'un État lésé est celui « qui est atteint dans un droit par le fait (...) internationalement illicite d'un autre État » (paragraphe 1) ; suivaient plusieurs exemples de situations dans lesquelles un État peut être considéré comme lésé (paragraphe 2)⁵¹ ; enfin, le paragraphe 3 disposait :

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

Comme l'avait souligné le professeur Arangio-Ruiz⁵² sans être entendu par la Commission, ce n'était guère satisfaisant : la possibilité d'invoquer la responsabilité, étendue à tout État lésé par les articles 42 à 46 du projet adopté en première lecture, impliquait que n'importe quel État subit un préjudice du fait de n'importe quelle violation d'un droit qui lui est reconnu par le droit international et, notamment, qu'en cas de crime, tout État peut exiger une réparation⁵³ ; au minimum, il aurait fallu admettre qu'en cas de crime⁵⁴ les États étaient « différemment lésés » : le génocide commis en Bosnie-Herzégovine ne « lèse » sûrement pas la France ou le Népal de la même manière que la Bosnie-Herzégovine elle-même. Au surplus, ceci obligeait, pour les crimes au moins, à introduire la notion, très artificielle, de « préjudice juridique », dont on voit mal en revanche

48. Les articles 43 et 44 portent sur la procédure de notification de la réclamation, l'article 45 sur la renonciation au droit d'invoquer la responsabilité (renonciation dont il est précisé qu'elle doit être « valable » ce qui exclut notamment qu'elle porte sur la réparation d'un dommage causé par la violation d'une règle de *ius cogens*), et les articles 46 et 47 sur la pluralité d'États lésés ou responsables.

49. Document A/CN.4/380, reproduit in *Ann. C.D.I.* 1984, vol. II, 1^{re} partie ; v. le projet d'article 5, pp. 2-3 ; v. aussi le quatrième rapport, A/CN.4/354, *Ann. C.D.I.* 1983, vol. II, 1^{re} partie, pp. 22-25, pars. 112 à 123.

50. Longtemps présenté comme l'article 5 de la deuxième partie. Pour le commentaire de cette disposition, v. *Ann. C.D.I.* 1985, vol. II, 2^e partie, pp. 25-27. Pour un recensement de la littérature consacrée à la définition de l'État lésé, v. Brigitte STERN, « Et si on utilisait le concept de préjudice juridique ? Retour sur une notion délaissée à l'occasion de la fin des travaux de la C.D.I. sur la responsabilité des États », *A.F.D.I.* 2001, p. 19, note 52.

51. Outre qu'il n'est jamais satisfaisant de procéder par des exemples en matière de codification, ceux-ci étaient particulièrement contestables : ils étaient fonction de la source de l'obligation violée – ce faisant, l'article 40, par. 2, n'était guère compatible avec l'article 17 qui établissait la « Non-pertinence de l'origine de l'obligation internationale violée ».

52. V. not. son troisième rapport, A/CN.4/440, *Ann. C.D.I.* 1991, vol. II, 1^{re} partie, pp. 28-30.

53. Puisqu'aux termes de l'article 51, « [u]n crime fait naître toutes les conséquences juridiques découlant de tout autre fait internationalement illicite ».

54. Le crime international était défini par le célèbre article 19 comme un fait internationalement illicite résultant « d'une violation par un État d'une obligation 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 ». Sur cette notion controversée, v. *infra* et les études citées in Patrick DAILLIER et Alain PELLET, *Droit international public (Nguyen Quoc Dinh)*, L.G.D.J., Paris, 2002, p. 768.

pourquoi et comment elle aurait pu être opératoire pour les autres faits internationalement illicites⁵⁵.

12. C'est l'un des grands mérites du professeur Crawford d'avoir proposé une approche nouvelle, partant non d'une définition abstraite et contestable de l'État lésé, mais des diverses hypothèses dans lesquelles la responsabilité peut être invoquée⁵⁶ : elle peut l'être par un État lésé ; elle peut l'être aussi, dans des cas encore relativement rares, « par un État autre que l'État lésé ».

L'hypothèse générale est et demeure la première. Elle fait l'objet de l'article 42 du projet, que le souci d'exhaustivité de la Commission rend peu « lisible ». Un État est lésé lorsque l'obligation violée par le fait internationalement illicite lui est due individuellement ou si la violation « l'atteint spécialement »⁵⁷ ; mais il est aussi tenu pour lésé :

... si la violation de l'obligation ... [est] de nature à modifier radicalement la situation de tous les autres États auxquels l'obligation est due quant à l'exécution ultérieure de cette obligation⁵⁸.

La C.D.I. vise ici, par analogie avec l'article 60, paragraphe 2.c) de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, les obligations « intégrales » ou « interdépendantes » dont la violation compromet le respect de l'objet et du but du traité (ou de la règle coutumière) à l'égard de tous les États concernés⁵⁹.

Cette hypothèse est assez voisine⁶⁰ de celle visée à l'article 48, paragraphe 1.a), aux termes duquel :

... tout État autre qu'un État lésé est en droit d'invoquer la responsabilité d'un autre État, si :

a) L'obligation violée est due à un groupe d'États dont il fait partie, et si l'obligation est établie aux fins de la protection d'un intérêt collectif du groupe.

Il s'agit de ce que l'on appelle parfois les obligations *erga omnes partes* par opposition aux obligations *erga omnes* « tout court », que vise l'alinéa b) de cette même disposition, relatif à la violation d'une obligation « due à la communauté internationale dans son ensemble »⁶¹.

Dans ces deux cas, le paragraphe 2 de l'article 48 indique, limitativement, les catégories de demandes que les États autres que l'État lésé peuvent formuler⁶².

55. Les « délits internationaux » dans la terminologie retenue par le projet de première lecture. Pour une vigoureuse défense de la notion de préjudice juridique, v. B. STERN, *op. cit.* note 50, pp. 3-34. V. aussi Jorge CARDONA-LLORENS, « Interés jurídico y derecho subjetivo en derecho internacional público » in *Estudios en Recuerdo de la Profesora Sylvia Romeu Alfaro*, Universitat de València, 1989, pp. 231-248.

56. V. son troisième rapport, A/CN.4/507/Add.2.

57. Article 42, par. 1 et 2-i).

58. Article 42, par. 2.ii).

59. V. les par. 5) et 13) et 14) du commentaire de l'article 42 (*Rapport de la C.D.I. sur sa 53^e session*, préc. note 3, pp. 319 et 323. V. aussi Frédérique COULÉE, *Droit des traités et non-réciprocité - Recherches sur l'obligation intégrale en droit international public*, thèse Paris II, 1999.

60. Même si elle en est intellectuellement distincte : dans le cas de l'article 42, par. 2.ii) : la réalisation future de l'obligation violée à l'égard des États bénéficiaires est rendue impossible par la violation, ce qui explique que ceux-ci aient un droit « plénier » à la réparation ; dans l'hypothèse de l'article 48, leur intérêt à agir tient au caractère collectif de l'obligation même si les droits de bénéficiaires ne sont pas forcément violés ou définitivement compromis par l'obligation, d'où les limitations de leur pouvoir de réagir fixées à l'article 48, par. 2.

61. L'expression est empruntée au célèbre *dictum* de l'arrêt de la C.I.J. du 5 février 1970 dans l'affaire de la *Barcelona Traction (Fond, 2^e phase)*, p. 32, par. 33. Toutefois, la Commission ne commet pas la confusion faite par la Cour entre obligations *erga omnes* d'une part et obligations découlant d'une norme impérative du droit international général. Les secondes sont toujours *erga omnes*, mais la réciproque n'est pas exacte.

62. Selon les mêmes procédures et aux mêmes conditions que celles que doivent respecter les États lésés (cf. le par. 3 de l'article 48).

Celles-ci sont moins étendues que celles que peut faire l'État lésé défini à l'article 42, et qui couvrent toute les possibilités ouvertes par la deuxième partie :

Tout État en droit d'invoquer la responsabilité en vertu du paragraphe 1 peut exiger de l'État responsable :

- a) La cessation du fait internationalement illicite et des assurances et garanties de non-répétition, conformément à l'article 30 ; et
- b) L'exécution de l'obligation de réparation conformément aux articles précédents, dans l'intérêt de l'État lésé ou des bénéficiaires de l'obligation violée.

En d'autres termes, si l'on prend l'exemple le plus clair, celui du génocide commis par un État soit sur le territoire d'un autre État, soit à l'encontre de sa propre population, tout État a le droit d'exiger la cessation de ce crime et sa réparation, mais pas pour lui-même, en faveur de l'État sur le territoire duquel le génocide a été commis, ou des victimes (ou de leurs ayants-droit), quelle que soit leur nationalité. Cette faculté est conforme à la position prise par la C.I.J. dans l'affaire de la *Barcelona Traction* : « Vu l'importance des droits en cause, tous les États peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés »⁶³.

*B. Des « crimes internationaux » aux « violations graves d'obligations découlant de normes impératives du droit international général »*⁶⁴

13. Cette possibilité d'*actio popularis*, ouverte à tous les États, n'est pas l'unique conséquence spécifique de la violation d'obligations *erga omnes*, ou, plutôt, de certaines d'entre elles : celles qui résultent des normes impératives du droit international général. Les conséquences particulières de leur violation grave sont énoncées dans l'article 41 du projet de 2001 et ressemblent fort à celles que les articles 52 et 53 de celui de 1996 tiraient des « crimes internationaux » définis à l'article 19⁶⁵.

À la lecture du projet de 2001, une chose saute cependant aux yeux : le mot « crime » n'y apparaît pas une seule fois. Davantage même : la première partie, consacrée au « fait internationalement illicite » ne contient aucune disposition qui, de près ou de loin, pourrait s'apparenter à l'ancien article 19. Ceci est logique : qu'il s'agisse d'une « violation grave » ou d'un autre fait internationalement illicite, le seul fait de la violation d'une obligation engage la responsabilité de son auteur ; la distinction ne produit d'effet qu'au plan des conséquences de la responsabilité, qui font l'objet des deuxième et troisième parties des articles adoptés en seconde lecture.

Au surplus, la terminologie retenue en première lecture sous l'impulsion d'Ago présentait l'inconvénient d'une connotation pénale et, dès lors, trompeuse car la responsabilité internationale n'est ni civile, ni pénale, mais *sui generis*, propre au droit international public⁶⁶, comme la responsabilité administrative est particulière au droit public interne (et même si, dans les deux cas, les analogies avec le droit civil sont sans doute plus prononcées que celles que l'on peut

63. Arrêt cité note 61, p. 32, par. 33.

64. J'emprunte, en les résumant, une grande partie des développements qui suivent à une étude parue in *Man's Inhumanity to Man - Festschrift Antonio Cassese*, Kluwer, La Haye, 2003, « Le nouveau projet de la C.D.I. sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite : *Requiem* pour le crime », pp. 654-681, également parue en anglais et mise à jour in *Netherlands Yearbook of International Law*, 2001, pp. 55-79. Sur l'ensemble de la question, v. également P.M. DUPUY, dir., *Colloque I.U.E.*, Florence, *Obligations multilatérales, droit impératif et responsabilité internationale*, Pedone, Paris, 2003, 289 p.

65. Sur cette définition, v. *supra*, note 54.

66. V. en ce sens le premier rapport de J. CRAWFORD sur la responsabilité des États, A/CN.4/490, Add. 1, par. 60 (iv).

faire avec le droit pénal). À vrai dire, cette connotation pénaliste n'est nullement intolérable s'agissant des crimes eux-mêmes qui menacent la cohésion de la société internationale dans son « noyau dur », celui qui permet de parler à son sujet de « communauté », fût-elle limitée à un très petit nombre de valeurs essentielles. En revanche, qualifier de « délit » tout fait internationalement illicite qui n'est pas un crime, comme le faisait le paragraphe 4 de l'ancien article 19, était éminemment critiquable⁶⁷.

La dichotomie entre crimes et délits présentait le mérite de faire clairement la distinction, qui s'impose, entre les faits internationalement illicites qui n'intéressent que les relations entre deux ou quelques États et ceux qui font peser une menace sur la communauté internationale dans son ensemble. Elle avait l'inconvénient de renvoyer à des concepts plus familiers aux pénalistes qu'aux internationalistes.

Une manière simple de résoudre le problème eût pu consister à renoncer au mot « délit » (en supprimant le paragraphe 4 de l'ancien article 19) tout en conservant le terme « crime », infiniment moins critiquable. Suivant son Rapporteur spécial, la C.D.I. s'est ralliée, sans opposition majeure, à une solution plus radicale : on ne parlerait ni de crimes, ni de délits, et ces mots qui fâchent seraient remplacés par leur définition.

14. Encore fallait-il, quelle que soit la terminologie retenue, ne pas renoncer à un concept indispensable, seul à même de rendre compte de la cohésion relative de la communauté internationale, aussi limitée qu'elle soit à l'heure actuelle et dont le mot « crime » rendait compte. L'évolution de la position du Rapporteur spécial sur ce point a permis de « sauver » sinon le crime, du moins la notion à laquelle le mot correspondait⁶⁸.

Dans un premier temps, le professeur Crawford, a manifesté une hostilité sans nuance envers le concept même de crime tel que le projet de 1996 le consacrait au prétexte qu'il viserait à établir la responsabilité pénale des États⁶⁹, ce qui le conduisait à préconiser l'abandon de toutes les dispositions relatives au crime international (articles 19 et 51 à 53)⁷⁰. Cette opposition du Rapporteur spécial à la notion même de crime (qu'il interprétait de manière erronée) menaçait d'autant plus sa pérennisation en seconde lecture qu'elle rejoignait celle de plusieurs États⁷¹ et d'une partie de la doctrine⁷².

67. Même s'il existe des « délits civils », le mot renvoie, lui aussi, clairement, au droit pénal, alors même que la cohésion de la société internationale n'est pas telle que l'on puisse prétendre qu'elle est intéressée par la « répression » de ces faits.

68. L'influence des rapporteurs spéciaux de la C.D.I. sur les projets dont ils ont la charge est toujours importante ; celle de James Crawford a été déterminante.

69. V. par exemple son premier rapport sur la responsabilité des États, A/CN.4/490 Add. 3, par. 81. Comme on l'a souvent démontré de manière convaincante, telle n'était pourtant pas l'intention de la Commission ; v. par exemple : Marina SPINEDI, « International Crimes of State : The Legislative History » in J.H.H. WEILER, A. CASSESE and M. SPINEDI eds., *International Crimes of States : A Critical Analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility*, W. de GRUYTER, Berlin-New York, 1989, p. 52 ou Georges ABI-SAAB, « The Uses of Article 19 », *E.J.I.L.* 1999, pp. 344-346 ; v. aussi A. PELLET, « Vive le crime ! Remarques sur les degrés de l'illicite en droit international », in C.D.I., Alain PELLET dir., *Le droit international à l'aube du XXI^e siècle - Réflexions de codificateurs*, Nations Unies, New York, 1997, pp. 302-306 et « Can a State Commit a Crime ? Definitely, Yes ! », *E.J.I.L.* 1999, pp. 433-434.

70. *Ibid.*, par. 100.

71. Cf. C.D.I., Responsabilité des États - Commentaires et observations reçus des gouvernements, A/CN.4/488 et Add. 1 à 3, et le résumé qu'en donne J. Crawford, premier rapport sur la responsabilité des États, 1998, A/CN.4/490/Add.1, pars. 52-60.

72. V. notamment Robert ROSENSTOCK, « An international Criminal Responsibility of States ? », in C.D.I., *Le droit international à l'aube du XXI^e siècle*, N.U., New York, 1997, pp. 276-284 ou Julio BARBOZA, « State Crimes : A Decaffeinated Coffee » in *L'ordre juridique international, un système en quête d'équité et d'universalité - Liber Amicorum Georges Abi-Saab*, Nijhoff, La Haye, Londres, Boston, 2001, pp. 358-359.

Appuyée avec empressement par certains membres de la Commission qui y voyaient, non sans raison, l'occasion de remettre aux calendes un concept qu'ils réprouvaient ou ne comprenaient pas, cette proposition était inacceptable pour ceux qui ne pouvaient concevoir qu'un génocide d'une part, et la violation anodine d'un traité de commerce fussent placés sur le même plan et soumis au même régime juridique. À la suite de débats parfois passionnés⁷³ mais qui n'apportèrent guère d'éléments nouveaux à ceux déjà largement discutés par la doctrine⁷⁴, la Commission dut prendre « note du fait qu'aucun consensus ne s'était réalisé sur la question du mode de traitement des "crimes" et des "délits" dans le projet d'articles et qu'il fallait étudier plus avant les manières possibles de régler les questions de fond qui se posaient. Il a donc été convenu que : a) sans préjudice des vues de quiconque parmi les membres de la Commission, le projet d'article 19 serait laissé de côté pour le moment pendant que la Commission poursuivrait l'examen d'autres aspects de la première partie du projet ; b) il faudrait examiner si les questions soulevées par le projet d'article 19 ne pourraient pas être résolues par un développement systématique, dans le projet d'articles, de notions telles que les obligations *erga omnes*, les normes impératives (*jus cogens*) et une éventuelle catégorie regroupant les violations les plus graves d'obligations internationales... »⁷⁵.

Le grave inconvénient de cette solution d'attente était que, une fois de plus, la Commission remettait à plus tard sa décision sur la question de la dualité des régimes juridiques applicables aux faits internationalement illicites. On risquait donc de retomber dans les ornières de la première lecture : le précédent Rapporteur spécial, le professeur Arangio-Ruiz, ayant examiné les conséquences des faits internationalement illicites de façon indifférenciée, sans opérer de distinction entre celles des crimes d'un côté, celles des délits de l'autre, il en est résulté un « télescopage » entre les deux régimes et de graves lacunes dans celui des crimes⁷⁶. Telle fut également la manière de procéder de son successeur, qui attendit deux ans (et la dernière année de son mandat) pour aborder à nouveau de front, dans son quatrième et dernier rapport, la question des crimes internationaux de l'État⁷⁷. Entre temps, la Commission avait adopté l'essentiel de son projet sans se préoccuper de l'incidence éventuelle d'un régime de responsabilité propre aux violations les plus graves du droit international.

Il est vrai que, l'année précédente, en 2000, le Professeur Crawford avait ouvert la voie à une solution, en s'interrogeant sur la question de savoir si des « conséquences supplémentaires [à celles s'attachant normalement à un fait internationalement illicite] peuvent être rattachées à la catégorie des violations graves, flagrantes et systématiques des obligations dues à la communauté internationale dans son ensemble »⁷⁸. À cette question, il répondait par l'affirmative en considérant que, « si on laisse de côté la terminologie controversée des "crimes", [les conséquences tirées des crimes par les articles 52 et 53 du projet

73. V. le résumé (qui n'en traduit pas toute la fougue !) qu'en donne le Rapport de la C.D.I. sur les travaux de sa 50^e session, *Ann. C.D.I.* 1998, pp. 72-81, pars. 283-331.

74. Pour la très abondante littérature consacrée au crime international de l'État, v. J. WELER, A. CASSESE et M. SPINEDI eds., *International Crimes of State - A Critical Analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility*, W. de GRUYTER, Berlin-New York, 1989, 368 p. et les études citées par Gaetano ARANGIO-RUIZ dans son 5^e rapport (A/CN.4/453 et Add. 1 à 3), J. CRAWFORD, premier rapport (A/CN.4/490/Add.1, note 29 et bibliographie jointe) et P. M. DUPUY, « Responsabilité et légalité » in S.F.D.I., Colloque du Mans, *La responsabilité dans le système international*, Pedone, Paris, 1991, note 13, pp. 268-269.

75. V. *Ann. C.D.I.* 1998, vol. II, 2^e partie, pp. 330-331, par. 331.

76. V. A. PELLET, *op. cit.* note 12, p. 24 ou note 69, pp. 307-311.

77. A/CN.4/517, pars. 43-53.

78. Troisième rapport sur la responsabilité des États, A/CN.4/507/Add. 4, par. 407.

adopté en première lecture] sont généralement acceptables... »⁷⁹. C'était une « conversion » partielle et déguisée au concept de crime, le mot excepté, et, sur cette base, le Comité de rédaction adopta, à titre provisoire, les projets d'articles 41 et 42, formant le chapitre III de la deuxième partie du projet sur le « Contenu de la responsabilité internationale des États » et se substituant aux anciens articles 51 et 53 du projet de 1996⁸⁰.

15. Le mot « crime » y était soigneusement évité. Mais ce chapitre devait s'appliquer « à la responsabilité internationale découlant d'un fait internationalement illicite qui constitue une violation grave par un État d'une obligation envers la communauté internationale dans son ensemble et essentielle pour la protection de ses intérêts fondamentaux »⁸¹. Cette formule constituait une définition fort acceptable des crimes internationaux de l'État ; on avait donc la chose en se débarrassant du mot.

L'avant-projet de 2000 ayant été inclus dans le *Rapport* de la Commission⁸² ce sont les dispositions relatives aux « violations graves » qui firent l'objet des débats les plus aérés au sein de la Sixième Commission⁸³. Sur la base de ces réactions, le Rapporteur spécial recommanda le maintien du chapitre III de la deuxième partie tout en le revoyant « en profondeur »⁸⁴. Il est difficile de considérer que c'est effectivement ce qu'il a proposé et ce qu'a fait la Commission. Le projet d'articles définitivement adopté en 2001, ne diffère en effet que marginalement de celui provisoirement adopté par son Comité de rédaction l'année précédente. Mises à part quelques modifications purement rédactionnelles, les seuls changements significatifs sont au nombre de deux :

– en premier lieu, le titre même du chapitre (et, par voie de conséquence, le libellé du paragraphe 1^{er} du nouvel article 40 – qui se substitue à l'article 41 de 2000) est à nouveau modifié : des « Violations graves d'obligations essentielles envers la communauté internationale dans son ensemble », on passe aux « Violations graves d'obligations découlant de normes impératives du droit international général » ;

– en second lieu, la possibilité de dommages-intérêts aggravés en cas de violation de ce type n'est plus évoquée dans le projet.

Il a été fait allusion au problème des dommages-intérêts punitifs ci-dessus⁸⁵ ; on peut regretter qu'il n'en soit plus question en cas de violation grave ; il reste qu'il se serait agi d'une innovation *de lege ferenda*, qui n'aurait pas eu beaucoup de sens en l'absence de mécanismes contraignants pour les évaluer et les imposer. En ce qui concerne l'autre innovation du projet définitif, elle est assez fondamentalement « cosmétique ». Il s'agit, au fond, d'une troisième manière de dire à peu près la même chose : à côté des manquements « ordinaires » au droit international dont seules les victimes directes sont fondées à se plaindre, il existe des violations d'une particulière gravité qui mettent en péril les intérêts essen-

79. *Ibid.*, par. 410.

80. Rapport de la C.D.I. sur les travaux de sa 52^e session, Assemblée générale, Documents officiels, 55^e session, Supplément n° 10 (A/55/10), p. 120. Il s'agit de l'avant-projet de 2000 (v. *supra*, note 10) ; légèrement modifiées, ces dispositions sont devenues les articles 40 et 41 du projet définitif.

81. Projet d'article 41, par. 1.

82. V. *supra*, note 10.

83. V. le Résumé thématique des débats, A/CN.4/513, pars. 89-121 ; les oppositions les plus décidées furent celles des grands pays occidentaux, à l'exception notable de l'Italie et des pays nordiques. Toutefois, certains petits États se sont également inquiétés des conséquences de la notion en matière de contre-mesures notamment (v. *infra*, n° 20).

84. Quatrième rapport, A/CN.4/517, par. 53.

85. V. *supra*, n° 9.

tiels de la communauté internationale dans son ensemble et qui appellent des réactions spécifiques de la part de tous les membres de celle-ci.

Au surplus, la mention expresse des normes impératives du droit international général dans la nouvelle rédaction du chapitre III de la deuxième partie du projet n'est pas sans avantages. Aussi discutée qu'elle ait pu être dans le passé, la notion de *jus cogens* est, maintenant, très généralement acceptée⁸⁶. En outre, l'approche retenue par la Commission a le mérite de mettre en lumière l'unicité de concept et la multiplicité de ses conséquences, qui ne sauraient se limiter au droit des traités⁸⁷.

De plus, tout en prenant note de l'existence de deux catégories de violations, le nouveau projet de la C.D.I. enferme celles des obligations découlant de normes impératives du droit international général dans des limites étroites qui doivent être approuvées : elles découlent du degré d'intégration et de solidarité, fort limité, qui caractérise la société internationale. C'est la raison pour laquelle la Commission n'a pas soumis à un régime « aggravé » de responsabilité toutes les violations d'obligations découlant de règles de *jus cogens*⁸⁸ : seules tombent sous le coup du chapitre III de la deuxième partie les violations *graves* de ces obligations et le paragraphe 2 de l'article 41 précise :

La violation d'une telle obligation est grave si elle dénote que l'État responsable s'est abstenu de façon flagrante ou systématique d'exécuter l'obligation.

Il est clair que tout acte de torture est moralement et juridiquement condamnable et constitue la violation d'une norme impérative⁸⁹. Il reste qu'un acte isolé de torture ne menace pas les fondements de l'ordre juridique international⁹⁰, contrairement à l'utilisation systématique et massive de la torture, même si l'État n'y a recours (ou ne la tolère) qu'à des fins purement internes, sans relation avec un conflit international ; la société internationale ne s'en trouve pas déstabilisée, contrairement à ce qui est le cas s'agissant des politiques systématiques de mépris des droits de l'homme.

Comme celle de « crime international de l'État », dont elle ne se distingue que par le nom (ou l'absence de dénomination particulière), la notion de « violation

86. Même la France, adversaire traditionnel du concept, au moins tel que le définit l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, semble être revenue sur ses préventions, comme le montrent de multiples signes, notamment les contre-propositions faites par ce pays au projet d'articles provisoirement adopté par le Comité de rédaction de la C.D.I. en 2000. La France ne s'y élève pas systématiquement contre les dispositions mentionnant le *jus cogens* (v. le document A/CN.4/488).

87. À noter cependant que l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969, auquel l'article 40 renvoie implicitement, définit le *jus cogens* en relation avec la « communauté internationale des États dans son ensemble », alors que le projet de la C.D.I. renvoie à la communauté internationale « tout court » (v. not. les articles 33, par. 1, et 48, par. 1.b). Sur les problèmes soulevés par cette divergence et par l'absence de définition du *jus cogens* dans le projet, v. A. PELLET, *op. cit.* note 64, pp. 665-666.

88. C'est à juste titre que la C.D.I. parle de violations d'« obligations » et non de « normes » : les normes n'entraînant pas d'obligation ne peuvent donner naissance à un fait internationalement illicite – cf. l'article 2.b) du projet.

89. Et, peut donner lieu à la responsabilité internationale pénale de l'individu qui en est l'auteur – cf. le jugement de la Chambre de première instance du T.P.I.Y. du 10 décembre 1998 dans l'affaire *Furundžija*, IT-95-17/1-T, qui définit l'interdiction de la torture comme une norme *erga omnes* devenue impérative (pars. 151-157).

90. La France a fait l'objet d'une condamnation pour torture devant la Cour européenne des Droits de l'homme (Grande chambre, arrêt du 28 juillet 1999, *Selmouni*, requête n° 25803/94) ; on ne saurait, pour autant, tenir ce pays pour un État « criminel » (au sens de l'ancien article 19 du projet de la C.D.I. de 1976) ; cet acte isolé survenu dans un commissariat de police et insuffisamment réprimé par les juridictions françaises, aussi condamnable qu'il soit, ne constitue pas une violation flagrante ni systématique d'une obligation découlant de la norme impérative du droit international général que constitue la condamnation de la torture.

grave d'une obligation découlant d'une norme impérative du droit international général », reflète l'idée qu'il existe des « intérêts fondamentaux de la communauté internationale » qu'il convient de sauvegarder de manière spéciale. C'est ce que tentaient de faire les articles 19 et 51 à 53 du projet de la C.D.I. de 1996 ; c'est aussi l'objectif poursuivi par les articles 40 et 41 de celui de 2001. Les uns comme les autres consacrent prudemment les avancées limitées mais réconfortantes du sentiment « communautariste » et de la solidarité dans la société internationale globale, comme le faisaient aussi, à leur manière, les articles 53 et 64 de la Convention de Vienne⁹¹.

17. Il reste que la distinction entre les « violations graves » de l'article 40 et les autres faits internationalement illicites, aussi fondée qu'elle soit intellectuellement n'a d'intérêt pratique que si elle produit des conséquences concrètes. À cet égard, force est de constater que les conséquences explicites que tire l'article 41 du concept de violation grave sont en partie au moins, si l'on s'en tient au texte du projet, décevantes, incomplètes, lacunaires. Elles sont du reste très proches de celles qu'énonçaient les anciens articles 51 à 53 consacrés aux conséquences des crimes internationaux des États dont l'article 41 du projet de 2001 reprend la substance.

Ce dernier se lit ainsi :

Conséquences particulières d'une violation grave d'une obligation selon le présent chapitre

1. Les États doivent coopérer pour mettre fin, par des moyens licites, à toute violation grave au sens de l'article 40.
2. Aucun État ne doit reconnaître comme licite une situation créée par une violation grave au sens de l'article 40, ni prêter aide ou assistance au maintien de cette situation.
3. Le présent article est sans préjudice des autres conséquences prévues dans la présente partie et de toute conséquence supplémentaire que peut entraîner, d'après le droit international, une violation à laquelle s'applique le présent chapitre.

Sans doute, cette disposition est-elle plus « sobre » que celles auxquelles elle se substitue. Mais les changements sont plus apparents que réels.

Par rapport au projet de 1996 :

– l'ancien article 51⁹² a disparu du texte de 2001 ; mais, à vrai dire, le premier membre de phrase du paragraphe 3 du nouvel article 41 remplit la même fonction et l'expression « conséquences *particulières* », dans le titre de cette disposition eût pu y pourvoir ;

– de même, l'ancien article 52, qui portait sur certaines limitations apportées par les anciennes dispositions relatives aux formes de la réparation, auxquelles l'article 52 prétendait faire exception⁹³ n'a pas été conservé ; mais le professeur

91. Il est frappant que le projet d'articles sur la responsabilité adopté en 2001 fasse appel à plusieurs reprises à la notion de normes impératives du droit international général ; outre les articles 40 et 41, v. les articles 26 et 50, par. 1.d).

92. « 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 ».

93. « Lorsqu'un fait internationalement illicite commis par un État est un crime international : a) le droit d'un État lésé d'obtenir la restitution en nature n'est pas soumis aux limitations énoncées aux alinéas c et d de l'article 43 [selon lesquels la restitution ne doit pas imposer une charge hors de toute proportion avec l'avantage en résultant pour l'État lésé, ni menacer à l'excès l'indépendance politique ou la stabilité économique de l'État responsable] ; b) le droit de l'État lésé d'obtenir satisfaction n'est pas soumis à la restriction prévue au paragraphe 3 de l'article 45 » (qui interdisait à l'État lésé de « formuler des exigences qui porteraient atteinte à la dignité de l'État qui a commis le fait internationalement illicite »).

Crawford a bien montré, dans son troisième rapport, que le principe de proportionnalité rendait ces limitations superflues⁹⁴ ;

– enfin, les paragraphes 1 et 2 du nouvel article 41 ne disent pas autre chose, mais sous une forme plus concise, et prêtant sans doute moins à controverse, que ce qu'énonçait l'ancien article 53.

Quoique l'on ait pu en écrire⁹⁵, il ne s'agit pas de conséquences si anodines que cela. L'obligation de coopérer pour mettre fin aux « violations graves »⁹⁶ est tout à fait spécifique à celles-ci : nul n'a jamais prétendu que la solidarité entre les États soit suffisamment solide pour leur imposer un devoir (positif) de coopération pour mettre fin à quelque autre fait internationalement illicite que ce soit. La structure propre de la société internationale, faite d'abord de souverainetés juxtaposées, exclut évidemment une telle obligation. Celle qui est reconnue au paragraphe 1 de l'article 41 est donc, symboliquement au moins, en rupture avec le droit international classique et correspond aux avancées (modestes) de la solidarité internationale. Elle comporte en outre une indispensable garantie : en rappelant que tous les États doivent coopérer, « par des moyens licites », pour mettre fin aux violations graves, elle exclut par avance l'usage de la force armée d'une manière contraire à la Charte des Nations Unies, ce qui devrait être de nature à rassurer tous ceux qui pouvaient craindre que le projet ne légitime des opérations « à la Zorro » du type de celle menée par l'OTAN au Kosovo ou, bien pire, par les États-Unis en Iraq.

Les interdictions, rappelées au paragraphe 2 de l'article 41 du projet de 2001, de ne pas reconnaître comme licite une situation créée par une violation grave d'une norme impérative du droit international général, et de ne pas prêter aide ou assistance à son maintien, ne sont pas non plus dépourvues de portée. On a pu prétendre que l'obligation de non-reconnaissance n'était pas spécifique aux situations résultant de « crimes »⁹⁷. Ceci n'est pas exact : certes, il n'appartient pas à un État non directement lésé par un fait internationalement illicite « ordinaire » de reconnaître une situation créée par un tel fait, mais la raison en est que cette situation est purement « inter-subjective », elle ne le « regarde pas » ; il est tiers par rapport à elle et n'a pas à prendre position à son égard. En revanche, il va de soi que l'État lésé est parfaitement en droit de « passer l'éponge » et de reconnaître, s'il le veut, les conséquences préjudiciables d'une violation dont il est la victime. Comme on l'a écrit, « *under the "old" law [toujours seule en vigueur s'agissant des faits internationalement illicites "ordinaires"] the consequences of international delinquencies were only a "private business" between the tortfeasor and the claimant* »⁹⁸. Du reste, l'article 20 du projet admet que le « consentement valable d'un État à la commission par un autre État d'un fait donné exclut l'illicéité de ce fait à l'égard du premier État... » et l'article 45.a), dont l'articulation avec le précédent n'est d'ailleurs rien moins qu'évidente, déclare que « [l]a responsabilité d'un État ne peut pas être invoquée si l'État lésé a valablement renoncé à la demande »⁹⁹.

94. A/CN.4/507/Add. 4, par. 408.

95. V. note 72, *supra*.

96. L'ancien article 53 distinguait entre l'obligation « de coopérer avec les autres États pour exécuter les obligations énoncées aux alinéas a et b » (obligations de non-reconnaissance et de non-assistance) (alinéa c) et celle « de coopérer avec les autres États pour appliquer les mesures visant à éliminer les conséquences du crime » (alinéa d). Cela était inutilement compliqué et, en tout état de cause, l'alinéa c) n'avait aucune substance réelle distincte de celle des alinéas a) et b).

97. Cf. R. ROSENSTOCK, *op. cit.* note 72, *supra*, p. 284.

98. A. CASSESE, « Remarks on the Present Legal Regulation of Crimes of States » in *Le droit international à l'heure de sa codification – Études en l'honneur de Roberto Ago*, Giuffrè, Milan, 1987, p. 50.

99. L'adverbe « valablement » signifie, en particulier, que ce consentement ou cette renonciation ne doit pas porter sur la commission d'un fait contraire à une obligation résultant d'une règle de *jus cogens* (v. *supra*, note 48).

18. Les conséquences que l'article 41 du texte définitif tire des « violations graves » sont loin d'être négligeables ; il reste que cette disposition ne rend pas compte, même *de lege lata*, de toutes les conséquences qui s'attachent à une violation grave d'une norme impérative du droit international général. Du reste, la seconde phrase du paragraphe 3 de cet article précise que celui-ci est « sans préjudice de toute conséquence supplémentaire que peut entraîner, d'après le droit international, une violation à laquelle s'applique le présent chapitre ».

La porte est ainsi laissée ouverte non seulement à des évolutions futures, mais même à l'inclusion, aujourd'hui, parmi les conséquences des violations graves des normes de *jus cogens*, d'effets qui ne sont pas expressément mentionnées dans le projet mais qui font pourtant partie du droit positif.

Ces lacunes (qui pérennisent celles de l'article 53 du projet de 1996¹⁰⁰) ne sont probablement pas très nombreuses, mais elles sont fort importantes. Mise à part la possibilité d'une *actio popularis* (qui n'est pas limitée aux violations graves¹⁰¹), la plus fondamentale est sans doute la « transparence de l'État ». Certes, la responsabilité de l'État n'est pas de nature pénale, mais la responsabilité « tout court », internationale, de l'État peut, néanmoins, entraîner des conséquences pénales lorsque les dirigeants d'un État responsable d'un fait internationalement illicite sont attirés devant une juridiction criminelle, soit nationale, soit internationale, pour répondre de leurs actes. Ceci constitue une entorse grave au principe, fondamental, de l'immunité des gouvernants – y compris des chefs d'État et qui ne peut s'expliquer que par le percement du voile étatique, qui, seul, permet d'atteindre les individus au-delà de l'institution. Ce n'est possible que si le manquement de l'État au droit international constitue une violation grave d'une obligation découlant d'une norme de *jus cogens*, dont la transparence de l'État est l'une des conséquences nécessaires, faute de quoi la compétence des tribunaux saisis, qui se généralise, serait inexplicable.

En outre, on peut penser qu'une violation grave d'une norme impérative du droit international général ne peut manquer d'avoir des incidences sur le régime juridique des « circonstances excluant l'illicéité ». Ceci apparaît du reste en filigrane dans certains articles du projet :

– comme cela est indiqué ci-dessus¹⁰², pour constituer une telle circonstance, le consentement de l'État lésé doit, selon l'article 20, être « valable », ce qui ne saurait être le cas dans l'hypothèse d'une « violation grave » ;

– la légitime défense est définie par la Charte des Nations Unies, à laquelle renvoie expressément l'article 21¹⁰³, et ne peut constituer qu'une riposte à une agression, type même de violation grave d'une norme de *jus cogens* ; et

– l'article 26, qui impose, dans tous les cas, le respect des normes impératives¹⁰⁴, constitue, « en creux », le prolongement du régime juridique des violations graves des obligations découlant de règles de *jus cogens* puisqu'il implique clairement qu'un État ne peut riposter à celles-ci en commettant à son tour une telle violation et exclut, implicitement aussi, l'invocation d'une circonstance excluant l'illicéité pour la justifier.

100. V. A. PELLET, *op. cit.* note 69, pp. 310-312.

101. V. *supra*, n° 12.

102. V. les notes 48 et 99.

103. V. *supra*, n° 6.

104. V. *ibid.*

Enfin, et peut-être surtout, les violations graves appellent un régime particulier de réactions « instrumentales » de la part de tous les États, que l'article 54 du projet esquisse mais ne mène pas à son terme logique.

C. Les contre-mesures et les « mesures prises par des États autres qu'un État lésé »

19. Le nouvel article 54, intitulé « Mesures prises par des États autres que l'État lésé », figure dans le chapitre 2 de la troisième partie, consacré aux « Contre-mesures » et est rédigé de la manière suivante :

Le présent chapitre est sans préjudice du droit de tout État, habilité en vertu de l'article 48, paragraphe 1¹⁰⁵, à invoquer la responsabilité d'un autre État, de prendre des mesures licites à l'encontre de ce dernier afin d'obtenir la cessation de la violation ainsi que la réparation dans l'intérêt des bénéficiaires de l'obligation violée.

Cette disposition se substitue au projet d'article 54 provisoirement adopté en 2000 par le Comité de rédaction conformément à la suggestion du Rapporteur spécial¹⁰⁶. Aux termes du paragraphe 2 de cette disposition éphémère :

Dans les cas visés à l'article 41 [c'est-à-dire en cas de violation grave d'obligation essentielle envers la communauté internationale], tout État peut prendre des contre-mesures, conformément au présent chapitre, dans l'intérêt des bénéficiaires de l'obligation violée¹⁰⁷.

Il s'agissait là, probablement, de la consécration de la conséquence la plus importante des « violations graves ». Elle était parfaitement logique : dès lors que tous les États ont un intérêt au respect d'une obligation essentielle envers la communauté internationale à laquelle ils appartiennent, il est légitime qu'ils soient en mesure d'en assurer le respect. Et il est vain de prétendre que le Conseil de sécurité des Nations Unies peut y pourvoir :

– d'une part, au plan théorique, le droit de la responsabilité internationale et celui de la Charte, ou, plus largement, celui du maintien de la paix et de la sécurité internationales constituent deux branches distinctes du droit international et le projet d'articles sur la responsabilité doit se suffire à lui-même¹⁰⁸ ;

– d'autre part, au plan pratique, on est ramené à la parabole de l'aveugle s'appuyant sur le paralytique : en ne donnant pas aux États la possibilité de réagir individuellement (ou collectivement), on se repose entièrement sur les mécanismes de la Charte et, par voie de conséquence, sur le bon plaisir du Conseil de sécurité et de ses membres permanents ; qu'un génocide soit commis, qu'un apartheid soit institué, les États devraient rester les bras croisés en cas d'inaction du Conseil ; c'est Munich que l'on institutionnalise !

Le projet d'article 54 de 2000 donnait du reste toutes garanties contre les abus :

– le droit des États non-lésés de prendre des contre-mesures y était limité à celui d'agir « dans l'intérêt des bénéficiaires de l'obligation violée », en particulier

105. V. *supra*, n° 12.

106. V. le projet d'article 50 B proposé dans le troisième rapport de J. CRAWFORD, A/CN.4/507 Add. 4, par. 413.

107. Texte in *Rapport* de la C.D.I. sur les travaux de sa 52^e session, préc. note 10, document A/55/10, p. 125.

108. V. *supra*, note 31.

des personnes humaines ou des peuples dont les droits fondamentaux sont bafoués, et non dans leur intérêt propre ;

– ces contre-mesures devaient respecter les limites mises à toute riposte à l'illécite quant à leur objet (projets d'articles 50 et 51) et à leurs conditions (article 53), notamment en ce qui concerne l'exigence fondamentale de proportionnalité (article 53) ;

– et le paragraphe 2 du projet d'article 54 imposait aux États prenant conjointement ou collectivement des contre-mesures de ce type de « coopérer pour s'assurer que les conditions posées dans le présent chapitre pour recourir à des contre-mesures sont remplies », ce qui, à vrai dire, allait de soi.

20. Malgré ce luxe de précautions, ce projet a soulevé, incompréhension ou cynisme ?, des critiques extrêmement vives des États au sein de la Sixième Commission de l'Assemblée générale en 2000¹⁰⁹, qui ont conduit une majorité de membres de la C.D.I. à modifier la position prise l'année précédente et à se prononcer en faveur de la suppression pure et simple du projet d'article 54¹¹⁰.

Cette décision constitue un recul important par rapport à la position adoptée l'année précédente par le Comité de rédaction et même par rapport à celle qui résultait implicitement du projet d'articles de 1996. L'article 40, paragraphe 3, de celui-ci disposait que « l'expression "État lésé" désigne, si le fait internationalement illicite constitue un crime international¹¹¹, tous les autres États ». Comme la faculté de recourir à des contre-mesures était ouverte, par l'article 47 du projet, à tous les États lésés, il en résultait clairement que tout État pouvait y recourir en cas de crime.

Ce n'est plus le cas si l'on s'en tient à la lettre du projet définitivement adopté en 2001. Celui-ci limite toujours aux États lésés la faculté de recourir aux contre-mesures ; mais, et c'est une grande différence, les États membres de la communauté internationale ne peuvent plus prétendre faire partie de cette catégorie, même en cas de violation grave d'une norme impérative du droit international général puisque l'article 48, paragraphe 1¹¹², leur dénie expressément cette qualité.

Si l'on devait s'en tenir à ce constat, c'est à un « développement récessif » du droit international que l'on assisterait.

Il n'en résulte cependant pas forcément que le projet définitif sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite mérite cet opprobre. Sans doute, l'abandon de l'avant-projet d'article 54 adopté en 2000 par le Comité de rédaction aboutit-elle à l'absence de toute règle positive, autorisant expressément tous les États à adopter des contre-mesures en cas de violation grave d'une obligation essentielle envers la communauté internationale. Toutefois, le nouvel article 54 constitue une clause de sauvegarde qui, non seulement, n'exclut pas cette possibilité mais qui est même rédigée de telle manière qu'elle paraît la consacrer.

109. Cf. le résumé thématique des débats à la Sixième Commission lors de la 55^e session de l'Assemblée générale, A/CN.4/513, pars. 174-182.

110. V. la défense ambiguë de cette disposition par le Rapporteur spécial, dans son quatrième rapport, A/CN.4/517, pars. 70-74.

111. Une note de bas de page indiquait : « 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 » (Ann.c.d.i., 1996, vol. II, 2^e partie, p. 67).

112. V. *supra*, n° 12.

Paradoxalement ce qui était très étroitement encadré par des règles fort précises dans la version de 2000 se trouve en réalité à la fois consacré *de facto* et largement déréglementé dans le projet définitif. On doit sans doute se réjouir qu'en cas de violation (pas forcément grave) une faculté de réaction soit, en fait, reconnue à tous les États intéressés par le respect d'une obligation quand bien même ils ne sont pas « lésés » au sens du projet. On peut regretter que le régime de ces « mesures » (que la C.D.I. a voulu distinguer des contre-mesures ouvertes aux États lésés) soit plus flou, plus incertain que celui qui avait été envisagé l'année précédente. Du moins les évolutions futures sont-elles préservées tant pour ce qui est de l'affermissement de la faculté de réaction de tous les Membres de la communauté internationale en cas de violation d'une obligation découlant d'une norme impérative du droit international général, qu'en ce qui concerne l'encadrement juridique de ces mesures.

21. Les différences entre les projets de 2001 et *a fortiori* de 2000, et de 1996 sont bien moindres en ce qui concerne les contre-mesures « classiques », malgré la longueur et le caractère passionné (et passionnel) des débats auxquelles elles ont donné lieu ¹¹³.

L'une des bizarreries du projet définitif est qu'il ne définit pas les contre-mesures (alors que l'article 47 adopté en première lecture esquissait une définition ¹¹⁴), si bien qu'il faut se reporter aux commentaires, en particulier à ceux qui introduisent le chapitre qui leur est consacré ¹¹⁵, pour que l'institution soit appréhendée dans toute son ampleur et par comparaison avec des notions voisines comme les représailles, la rétorsion ou la sanction de la violation substantielle d'un traité.

Compte tenu de la très grande méfiance des pays démunis envers les contre-mesures, réservées par la nature des choses aux États les plus puissants, le principal enjeu des débats à leur sujet tant à la C.D.I. qu'à la Sixième Commission de l'Assemblée générale, est la question de leur encadrement juridique. Sous l'impulsion du professeur Arangio-Ruiz, le projet de 1996 « misait » presque exclusivement sur le recours à une procédure de règlement obligatoire qu'imposait l'article 48. Utopique et clairement inacceptable par les États ¹¹⁶, ce dispositif avait deux conséquences très fâcheuses :

– d'une part, l'in vraisemblable lourdeur de ce mécanisme avait obligé la Commission à ouvrir la possibilité de prendre des « mesures conservatoires » qui n'étaient ni définies, ni réglementées ¹¹⁷ ;

– d'autre part, les contre-mesures elles-mêmes n'étaient guère limitées au plan normatif, sinon par le principe de proportionnalité ¹¹⁸.

113. V. not. le troisième rapport de James CRAWFORD, A/CN.4/507 Add. 3 ; et les rapports de la C.D.I. sur ses 52^e et 53^e sessions, préc. notes 10 et 3, A/55/10, pp. 78-92, pars. 290-345 et A/56/10, pp. 35-37, pars. 50-55.

114. « Aux fins des présents articles, on entend par contre-mesures le fait pour l'État lésé de ne pas s'acquitter d'une ou plusieurs de ses obligations envers l'État auteur du fait internationalement illicite... ».

115. V. le *Rapport* de la C.D.I. sur sa 53^e session, préc. note 3, A/56/10, pp. 349-353. Ces quelques pages sont brillamment éclairantes.

116. V. sur ce point A. PELLET, *op. cit.* note 12, pp. 28-32.

117. Article 48, par. 1.

118. Article 49 : « Les contre-mesures prises par un État lésé ne doivent pas être *hors de proportion* avec le degré de gravité du fait internationalement illicite ou ses effets sur l'État lésé ». L'article 51 du projet de 2001 pose le même principe mais l'exprime différemment et de manière plus ferme : « Les contre-mesures *doivent être proportionnelles* au préjudice subi, compte tenu de la gravité du fait internationalement illicite et des droits en cause ».

Les articles de 2001 atténuent ces graves déficiences sans y remédier complètement. S'il n'y est plus question de mesures conservatoires, l'article 52, paragraphe 2, n'en ouvre pas moins à l'État lésé la possibilité de « prendre des contre-mesures urgentes qui sont nécessaires pour préserver ses droits » sans les définir. Par ailleurs, si les contre-mesures sont limitées dans leur objet, leur contenu et leur durée, la rédaction adoptée ouvre la porte aux abus et aux incertitudes :

1° « L'État lésé ne peut prendre de contre-mesures à l'encontre de l'État responsable du fait internationalement illicite que pour amener cet État à s'acquitter des obligations qui lui incombent en vertu de la deuxième partie »¹¹⁹.

2° Les contre-mesures doivent être temporaires (article 49, paragraphe 2) et cesser dès que l'État responsable s'est acquitté de ces obligations (article 53) ; elles doivent être suspendues si le fait internationalement illicite a cessé ou si l'État responsable se prête de bonne foi au règlement du différend par « une cour ou un tribunal habilité à rendre des décisions obligatoires pour les parties » (article 52, paragraphes 3 et 4).

3° Elles ne peuvent porter atteinte ni à des obligations découlant du *jus cogens*, ni à celles résultant des règles relatives au règlement des différends applicables entre les Parties ou à l'inviolabilité diplomatique ou consulaire¹²⁰.

4° Elles sont subordonnées au respect d'une procédure destinée à prévenir l'État responsable de l'intention de l'État lésé de prendre des contre-mesures et à l'offre d'ouvrir des négociations (article 52, paragraphe 1)¹²¹.

À demi rassurantes, ces règles donnent de trop larges satisfactions aux États puissants. On peut espérer qu'elles seront de celles que la pratique permettra de préciser dans le sens d'une rigueur accrue. Les événements récents ne rendent pas très optimiste à cet égard...

* *
*

22. Il n'en reste pas moins que, globalement, le bilan est largement positif :

– les articles adoptés le 31 mai 2001 par la C.D.I. réalisent un équilibre satisfaisant entre la prudence et l'audace et leur cohérence d'ensemble n'est pas douteuse ;

– ils ne sont pas inacceptables par les États comme l'ont montré les débats de l'Assemblée générale et sa décision de les annexer à la résolution en prenant note¹²² ;

119. Article 49, par. 1. Cette disposition correspond à l'article 47, par. 1, du projet de 1996. La deuxième partie à laquelle elle renvoie concerne les conséquences substantielles du fait internationalement illicites – v. *supra*, n° 8 et 9.

120. Article 51. Le paragraphe 1 de cette disposition est particulièrement mal rédigé : « Les contre-mesures ne peuvent porter aucune atteinte : a) à l'obligation de ne pas recourir à la menace ou à l'emploi de la force telle qu'elle est consacrée dans la Charte des Nations Unies ; b) aux obligations concernant la protection des droits fondamentaux de l'homme ; c) aux obligations de caractère humanitaire excluant les représailles ; d) aux autres obligations découlant de normes impératives du droit international général » ; la dernière de ces mentions eût été suffisante.

121. À la différence de l'avant-projet de 2000 (article 53, par. 4, l'article 52 de 2001 ne prévoit pas que les contre-mesures « ne peuvent être prises tant que les négociations se poursuivent ». Il s'agit cependant là d'une précision de bon sens imposée par le principe de bonne foi.

122. V. *supra*, n° 1.

– ils prennent soin de préserver l'intégrité du droit de la Charte (article 59) ; et
 – ils préservent l'avenir grâce à des clauses de sauvegarde adroites¹²³ et à leur modestie normative¹²⁴.

Cette modestie – relative – trouve un écho dans le contenu même des articles, très strictement limité au droit de la responsabilité des États, à l'exclusion de celle des individus (article 58) et des organisations internationales (article 57). S'agissant de ces dernières, le projet de seconde lecture est plus rigoureux encore dans l'ostracisme à l'égard de toute règle pouvant les affecter que ne l'était celui de 1996¹²⁵. Ceci ouvre de vastes perspectives à la Commission du Droit international pour les années à venir : alors qu'elle vient de nommer le professeur Giorgio Gaja Rapporteur spécial sur le sujet relatif à « La responsabilité des organisations internationales », nouvellement inscrit à son ordre du jour¹²⁶, dans lequel on a vu, à juste titre, « les premiers bourgeons d'un magnifique rosier »¹²⁷, on peut penser que les branches seront lourdes de fleurs et que, d'ores et déjà, il serait sans doute prudent d'en infléchir le titre ; si la Commission veut combler toutes les lacunes de son projet de 2001, c'est de « La responsabilité en relation avec les organisations internationales » qu'il lui faudrait traiter.

Et même s'agissant de la responsabilité de l'État lui-même, beaucoup reste à faire – dont l'essentiel est d'ailleurs à l'ordre du jour de la C.D.I. La « saga » de la responsabilité sans manquement¹²⁸ a rebondi en 2002, avec la décision prise par la Commission de s'attaquer, après la prévention¹²⁹, au volet « responsabilité » (*liability*) du sujet relatif à la « Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international »¹³⁰, qui butte essentiellement, et depuis vingt-cinq ans sur la question de savoir si l'État peut être tenu pour responsable des dommages causés par ces activités. En outre, le projet sur « La protection diplomatique », inscrit à l'ordre du jour de la C.D.I. depuis 1997 et vigoureusement étudié sous l'impulsion du professeur John Dugard¹³¹, porte sur une partie intégrante du droit de la responsabilité.

Les articles de 2001 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite constituent, à n'en pas douter, une étape essentielle du droit international de la responsabilité. Ils ne sont pourtant que la partie émergée de l'iceberg et la C.D.I., qui est, plus que jamais, la « Commission du droit de la responsabilité internationale », trouvera sans aucun doute dans ce domaine crucial, dans cette branche « matériellement constitutionnelle » du droit des gens, matière à s'occuper de longues années encore.

123. À commencer par l'article 54 – v. *supra*, n° 19.

124. Celle-ci se manifeste par l'acceptation de la primauté des régimes spéciaux de responsabilité (article 55) et la préservation des règles de droit international coutumier dans les domaines dont le projet ne traite pas (article 56). La forme actuelle des articles est également un gage de souplesse et de possibilité d'évolution « en douceur ».

125. Cf. par exemple, l'abandon de l'ancien article 13 (« Comportement d'organes d'une organisation internationale »).

126. V. le *Rapport* de la C.D.I. sur sa 54^e session (2002), document A/57/10, par. 461 et 463.

127. C. SANTULLI, *op. cit.* note 10, p. 349.

128. V. Julio BARBOZA, « The Saga of Liability in the International Law Commission », *Mél offerts à Hubert Thierry – L'évolution du droit international*, Pedone, Paris, 1998, pp. 5-22.

129. V. le projet d'articles sur « La prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses » dans le *Rapport* de la Commission sur sa 53^e session, préc. note 3, pp. 399-405.

130. V. le *Rapport* de la Commission sur sa 54^e session, préc. note 126, par. 441.

131. Pour le dernier état de la question, v. *ibid.*, par. 104-281.