

REMARQUES SUR UNE RÉVOLUTION INACHEVÉE LE PROJET D'ARTICLES DE LA CDI SUR LA RESPONSABILITÉ DES ÉTATS

ALAIN PELLET

1. Le 12 juillet 1996, la Commission du Droit international a adopté en première lecture, sans vote – mais non par consensus (1) –, le projet d'articles sur la responsabilité des États.

Tel est l'aboutissement provisoire d'une épopée intellectuelle qui a commencé dès l'entre-deux guerres puisque le sujet figurait déjà à l'ordre du jour de la Conférence de codification de la SdN de 1930. La question était trop brûlante; les oppositions entre les États – notamment entre les pays européens d'une part, latino-américains d'autre part (2) – étaient trop vives; la tentative échoua. La CDI n'en réinscrivit pas moins le thème de la « responsabilité des États » dans la liste, arrêtée dès sa première session, en 1949, des quatorze sujets qu'elle se proposait de codifier (3). Mais ce ne fut qu'en 1955 que la Commission nomma son membre cubain (4), F.V. García Amador, rapporteur spécial sur la question.

La CDI n'examina que très superficiellement les six rapports que celui-ci lui présenta entre 1956 et 1961 au prétexte qu'elle était « occupée par la

(*) Alain PELLET, professeur à l'Université de Paris X-Nanterre et à l'Institut d'Études politiques de Paris, membre de la CDI. Le présent article n'a aucune prétention à l'exhaustivité; il se borne à exposer brièvement les grandes lignes du projet d'articles en s'efforçant de mettre l'accent sur les aspects les plus controversés d'une entreprise qui continue à susciter des réactions très contrastées. L'auteur a, durant les débats de la Commission, exprimé de sérieuses réserves vis-à-vis de certaines dispositions de la deuxième partie et de l'ensemble de la troisième; il les maintient.

(1) Cette distinction a curieusement été faite à la suite d'une intervention du Membre américain de la CDI, M. ROSENSTOCK, qui a fait valoir qu'adopter le projet par consensus laisserait entendre que la Commission dans son ensemble était globalement satisfaite du projet, ce qui n'était pas le cas puisque quelques Membres, dont lui-même, avaient voté contre certaines dispositions (cf. A/CN.4/SR.2459, p. 17). Absent au moment de l'adoption définitive, le signataire de ces lignes, quoique sceptique sur cette distinction, n'aurait pas non plus pu se rallier à un consensus.

(2) Nombre de règles du droit de la responsabilité sont, selon la forte expression de Jessup, issues de la « diplomatie du dollar » et se sont cristallisées à la fin du XIX^e siècle et au début du XX^e dans la jurisprudence des Commissions de réclamation et des tribunaux arbitraux constitués pour trancher les différends opposant les États appartenant à ces deux groupes, ou, plus exactement entre les investisseurs européens et nord-américains et les pays latino-américains.

(3) V. le Rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur sa première session, *Doc. off.*, suppl. n° 10, A/925, par. 16.

(4) Cubain d'avant la révolution castriste, mais latino-américain quand même, et très visiblement imprégné des précédents arbitraux évoqués ci-dessus (n. 2), dont il n'a pas su dépasser (ou délaissé) la problématique conflictuelle, s'attirant d'ailleurs, paradoxalement, de vives critiques de la part des États du Tiers Monde et du bloc socialiste.

codification d'autres branches du droit international » (5); pieuse présentation d'une réalité plus complexe : en limitant son étude à la « responsabilité de l'État à raison des dommages causés sur son territoire à la personne et aux biens des étrangers », le rapporteur spécial s'enfermait dans la problématique qui avait été à l'origine de l'échec de la tentative de la SdN et rendait improbable l'aboutissement du projet. Réaffirmé comme prioritaire par l'Assemblée générale et par la Commission elle-même aux débuts des années 1960, il fut néanmoins repris « par le commencement » (6) en 1963, après que V.F. García Amador eut cessé d'être membre de la CDI, mais dans une perspective toute différente esquissée par une Sous-Commission réunie sous la présidence de Roberto Ago (7), qui allait devenir la même année le nouveau rapporteur spécial sur le sujet, auquel il allait donner une impulsion décisive à partir de 1969.

2. Adroitement incitée à ce tournant décisif par Ago, la Commission s'est, lors de sa vingt et unième session, montrée « généralement d'accord pour reconnaître que le point de départ d'une codification du sujet de la responsabilité internationale des États ne doit pas être constituée par la définition du contenu des règles qui mettent des obligations à la charge des États dans un secteur ou un autre des rapports interétatiques. Ce point de départ doit être l'imputabilité à un État de la violation de l'une des obligations qui découlent de ces règles, quels que soient l'origine, la nature et l'objet de ces dernières » (8). C'était passer de l'étude des « règles primaires » à celle des « règles secondaires », pour reprendre la célèbre distinction de Hart (9) qui allait devenir un dogme intangible tout au long de l'exercice (10); c'était aussi « débloquer » le projet en contournant habilement les points sur lesquels s'étaient polarisées les oppositions.

En même temps, la Commission, après avoir examiné le premier rapport de son Rapporteur spécial, qui présentait un historique de l'œuvre accomplie jusqu'alors (11), prit plusieurs décisions qui allaient orienter définitivement son approche :

1° elle limiterait son étude à la responsabilité des États, à l'exclusion de celle d'autres sujets du droit international, qu'il s'agisse de celle des organisations internationales (12) ou de celle des individus, cette dernière faisant cependant l'objet, parallèlement, d'une première approche partielle

(5) Rapport de la Commission sur sa 21^e session, par. 67, *Ann. CDI* 1969, vol. II, p. 239. Ce rapport contient un résumé commode de l'historique du projet jusqu'en 1969 (*ibid.*, pp. 238-243); v. aussi le premier rapport de Roberto AGO, *ibid.*, pp. 129-146.

(6) *Ibid.*, par. 70, p. 240.

(7) V. le rapport établi par R. AGO in *Ann. CDI* 1963, vol. II, pp. 237-238.

(8) Rapport préc. n. 5, par. 80, p. 242.

(9) V. H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1984, pp. 77 et s.

(10) Il n'est pas douteux que la distinction est féconde. La fascination qu'elle a exercée (et continue d'exercer) sur les membres de la Commission est cependant sans doute excessive. En matière de responsabilité, elle pose un problème que la CDI a constamment esquivé : quelles sont les conséquences de la violation d'une règle secondaire ? (la réponse est probablement : les mêmes que celles d'un manquement à une règle primaire ; mais il n'en résulte pas que, dans le détail, des aménagements ne soient pas nécessaires).

(11) Rapp. préc., n. 5. Plusieurs textes antérieurs de codification sont annexés à ce rapport (pp. 146-161).

(12) Le sujet figure parmi ceux « que la Commission pourrait étudier dans l'avenir » dans le plan général présenté dans son rapport sur son programme de travail à long terme annexé à son rapport de 1996, sur sa 48^e session (Assemblée générale, 51^e session, *Doc. off.*, suppl. n° 10, A/51/10, p. 371).

avec l'élaboration d'un projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, adopté en seconde lecture en 1996 (13);

2° elle excluait du champ de son investigation « la responsabilité dite pour risque, découlant de l'accomplissement de certaines activités licites, telles que les activités spatiales et nucléaires » (14); ce sujet fut cependant inscrit à l'ordre du jour de la CDI en 1978 sous le titre un peu érotérique « Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international » et a donné lieu, en 1996 toujours, à l'adoption d'un projet global – et fort inégalement convaincant – par un Groupe de travail de la Commission (15);

3° enfin et surtout, elle a adopté le plan de son étude; ainsi qu'elle l'expose dans son rapport de 1975 (plus clairement que dans celui de 1969) : la première partie « concerne l'origine de la responsabilité internationale et la deuxième le contenu, les formes et les degrés de la responsabilité internationale. Une fois accomplie cette double tâche essentielle, la Commission pourrait, si elle le croyait opportun (16), décider de l'opportunité d'ajouter au projet une troisième partie, où l'on examinerait certains problèmes concernant le règlement des différends et la « mise en œuvre » de la responsabilité internationale de l'État » (17).

3. La première partie, intitulée « Origine de la responsabilité », a été adoptée à titre provisoire en première lecture en 1980 à la suite de l'examen de sept autres rapports de Roberto Ago, qui sont sans aucun doute des modèles du genre (18). Celui-ci ayant été élu Juge à la CIJ, la Commission nomma, en 1979, son membre néerlandais, le Professeur Willem Riphagen, rapporteur spécial et en reçut sept rapports sur les deuxième et troisième parties (19). Ces études, d'un abord difficile du fait de la terminologie et de l'approche inductive, très doctrinale pour ne pas dire « doctrinaire », retenues par leur auteur, sont injustement méconnues : elles tirent avec rigueur les conséquences de l'approche « révolutionnaire » (20) retenue dans la première partie et, si l'on peut certainement en critiquer certains aspects, elles ne méritent probablement pas l'oubli dans lequel elles sont tombées.

Quoiqu'il en soit, lorsque M. Riphagen a quitté la Commission, en 1986, celle-ci n'avait adopté, provisoirement, que les cinq premiers articles de la deuxième partie du projet et son successeur, nommé en 1987, le Professeur italien Gaetano Arangio-Ruiz, proposa d'emblée des modifications du plan et

(13) V. *infra* la chronique d'Yves DAUDET sur les travaux de la 48^e session de la Commission.

(14) Rapport de la CDI sur sa 21^e session, préc. n. 5, par. 83, p. 243.

(15) Le rapport du Groupe de travail est reproduit dans le rapport de la Commission sur sa 48^e session, préc. n. 12, pp. 264-364; v. *infra* la chronique précitée d'Yves DAUDET.

(16) Elle l'a, malheureusement, jugé opportun; il en est résulté la désastreuse troisième partie du projet (v. *infra*, n° 30 et s.).

(17) Rapport de la Commission sur sa 27^e session, *Ann. CDI*, 1975, vol. II, par. 41, p. 60. Ce rapport est important pour comprendre l'économie globale du projet car il contient (pp. 58-64) des remarques générales relatives à sa forme, à sa portée et à sa structure.

(18) V. *Ann. CDI* 1970, vol. II, pp. 189-211; 1971, vol. II, 1^{re} partie, pp. 209-289; 1972, vol. II, pp. 77-174; 1976, vol. II, 1^{re} partie, pp. 3-57; 1977, vol. II, 1^{re} partie, pp. 3-47; 1978, vol. II, 1^{re} partie, pp. 29-57; et 1979, vol. II, 1^{re} partie, pp. 3-69 et 1980, vol. II, 1^{re} partie, pp. 13. Ces rapports, à l'exception du deuxième, sont reproduits dans les volumes II-1 et II-2 de Roberto AGO, *Scritti sulla responsabilità internazionale degli Stati*, Jovene editore, 1986, pp. 303-899 et 901-1402, qui sont assortis de précieux index (en italien) (pp. 1403-1484).

(19) V. *Ann. CDI*, vol. II, 1^{res} parties, 1980, pp. 105; 1981, pp. 81-105; 1982, pp. 25-59; 1983, pp. 3-25; 1984, pp. 1-4; 1985, pp. 3-20; et 1986, pp. 1-20.

(20) V. *infra*, II. a).

de la méthode suivis par son prédécesseur (21) et reprit, en réalité, à la base, l'examen des problèmes relatifs aux deuxième et troisième parties. C'est sur le fondement des huit rapports (22) de son nouveau rapporteur spécial (23), moins abstraits, plus déductifs et plus accessibles que ceux de M. Riphagen, mais souvent très « engagés », moins doctrinalement que politiquement ou, plutôt sans doute, « moralement », que la Commission a finalement adopté ces deux dernières parties, non sans parfois de très vives discussions.

4. Il ne saurait être question, dans le cadre de cette note, de passer en revue, fût-ce sommairement, l'ensemble des problèmes soulevés par le projet d'articles qui a d'ores et déjà suscité une littérature particulièrement abondante (24), ni, moins encore, de discuter, dans le détail, telle ou telle de ses dispositions. À cette étape décisive, il paraît cependant utile de présenter quelques remarques (engagées...) d'une part sur l'économie générale du projet et la conception de la responsabilité internationale qui le sous-tend (I), d'autre part sur trois des questions les plus controversées qu'il prétend régler : le concept de « crime international de l'État » et le régime juridique de ces crimes ; les règles applicables aux contre-mesures ; et le mécanisme de règlement des différends qu'il prévoit, les deux derniers points étant du reste indissociables (II).

I L'ÉCONOMIE GÉNÉRALE DU PROJET : UNE RÉVOLUTION CONCEPTUELLE

5. La mutation profonde introduite par Ago dans l'appréhension de la responsabilité des États ne tient pas seulement à l'approche retenue, au glissement de l'étude des règles primaires vers celle des règles secondaires, qui a permis d'occulter le caractère traditionnellement « explosif » du sujet (25) ; elle s'est également traduite par une « reconceptualisation » de la notion même de responsabilité en droit international, qui, par l'élimination du préjudice comme condition de sa survenance, s'est trouvée « objectivée » en ce sens que, d'une approche purement inter-étatique, on est passé à une vision plus « communautaire » ou « sociétale » : la responsabilité existe « en soi », indépendamment de ses effets. Ceci a d'importantes conséquences sur la structure même du projet d'articles.

(21) V. le chapitre I^{er} du rapport préliminaire présenté en 1988 par G. Arangio-Ruiz, *Ann. CDI* 1988, vol. II, 1^{re} partie, pp. 7-11.

(22) V. *Ann. CDI*, vol. II, 1^{res} parties, 1988, pp. 6-43 ; 1989, pp. 1-63 ; 1991, pp. 1-37 ; 1992, pp. 1-52 ; et les doc. A/CN.4/444 et Add. 1 à 3, A/CN.4/453 et Add. 1 à 3, A/CN.4/461 et Add. 1 et 2, et A/CN.4/476 et Add. 1.

(23) M. Arangio-Ruiz s'est démis de ses fonctions de Rapporteur spécial le 7 juin 1996 (v. A/CN.4/SR.2436, p. 26 et A/CN.4/SR.2438, pp. 13-15).

(24) Il ne saurait être question d'en donner, fût-ce un aperçu ; v. cependant Marina SPINEDI and B. SIMMA eds., *Codification of State Responsibility*, Oceana Publ., New York, 1987, XI-418 p. ; v. également, dans cet *Annuaire*, les chroniques d'Yves DAUDET sur les différentes phases de l'examen de la première partie du projet (1973, pp. 683 et s. ; 1974, pp. 573 et s. ; 1975, pp. 600 et s. ; 1976, pp. 392 et s. ; 1977, pp. 611 et s. ; 1978, pp. 576 et s. ; 1979, pp. 559 et s. et 1980, pp. 469 et s.), la chronique récapitulative de Jacques DEHAUSSY (1985, pp. 592 et s.) et ses chroniques ultérieures (1986, pp. 563 et s. ; 1987, pp. 445 et s. ; 1988, pp. 523 et s. ; 1989, pp. 644 et s. ; 1990, pp. 598 et s. ; 1992, pp. 747 et s. ; et 1993, pp. 737 et s.) et d'Yves DAUDET à nouveau (1994, pp. 590 et s. et 1995, pp. 570 et s.).

(25) V. *supra*, n° 2.

a) La « reconceptualisation » de la notion de responsabilité internationale

6. Selon la conception classique, à laquelle une partie de la doctrine demeure attachée, tout particulièrement en France, « [l]a responsabilité consiste [...] dans une obligation de réparer le dommage » (26). Le préjudice – ou le dommage, les deux mots sont synonymes – y tient donc une place centrale ; c'est, comme on l'a écrit, « l'entrée » traditionnelle « dans les mécanismes de la responsabilité » (27). Il est ainsi considéré sinon comme la, du moins comme l'une des, condition[s] d'engagement de la responsabilité dont les deux autres sont la violation par l'État d'une obligation internationale lui incombant et « le lien de causalité entre le fait illicite et le préjudice » (28).

Dans son deuxième rapport, en 1970, Ago, opposait cette définition à une autre – ou, plus exactement, à deux autres –, l'une radicalement opposée, qui mettrait non plus la réparation mais la sanction au centre de la responsabilité et qu'il imputait à Kelsen, non sans solliciter quelque peu sa pensée (29), et, l'autre qu'il présentait comme médiane, qui, « sans se rallier à l'une ni à l'autre des deux autres positions extrêmes, reconnaît ce qu'il y a de fondé dans chacune d'elles, tout en faisant ressortir en même temps qu'elles ne donnent qu'une description partielle et incomplète des conséquences du fait illicite telles qu'elles se manifestent dans la réalité de la vie internationale » (30). Cette « troisième conception », qui reprend une théorie qu'il avait largement esquissée dès 1939 dans son cours à l'Académie de droit international sur « Le délit international » (31), consiste en fait à « aditionner » les conséquences « réparatrices » et « punitives » qu'isolaient et excluaient alternativement les deux autres.

7. Il est intéressant de relever que la nature même de la responsabilité ne s'en trouve apparemment pas modifiée. Il s'agit encore des *conséquences* de la violation d'une obligation internationale ; que celles-ci se limitent à l'obligation de réparer ou que la « sanction » s'ajoute à la réparation, le mot « responsabilité » désigne toujours « l'ensemble des relations juridiques nouvelles auxquelles un fait internationalement illicite d'un État peut donner naissance » (32). R. Ago ne prenait donc pas le contre-pied de la thèse traditionnelle ; simplement, définissant toujours la responsabilité par ses conséquences, il élargissait celles-ci, qu'il ne limitait plus à l'obligation de réparer.

Cette approche initiale continue d'imprégner le projet (33) et se retrouve dans l'intitulé même de ses deux premières parties : l'« origine de la responsabilité internationale » (1^{re} partie) s'oppose au « Contenu, formes et degrés de la responsabilité internationale » (2^e partie) (34), ce qui paraît bien signi-

(26) Jean Combacau in J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public*, Domat-Montchrestien, Paris, 1995, p. 535.

(27) Gilles COTTEREAU, « Système juridique et notion de responsabilité » in SFDI, colloque du Mans, *La responsabilité dans le système international*, Pédone, Paris, 1991, p. 21 ; v. aussi Emmanuel DECAUX, « Responsabilité et réparation », *ibid.*, p. 147.

(28) Jacques DEHAUSSY, chronique préc., n. 24, *AFDI*, 1985, p. 604.

(29) *Ann. CDI* 1970, vol. II, par. 17 et n. 22, p. 194.

(30) *Ibid.*, par. 18, p. 195.

(31) *RCADI* 1939-II, vol. 68, pp. 415-554.

(32) Troisième rapport de R. AGO, *Ann. CDI*, vol. II, 1^{re} partie, par. 19, p. 213.

(33) et certaines parties du commentaire ; ainsi, commentant la notion de « circonstances excluant l'illicéité » (v. *infra* n° 9), la CDI affirme : « Il paraît difficile [...] de concevoir que le droit international puisse qualifier un fait d'internationalement illicite sans rattacher à ce fait des conséquences préjudiciables pour son auteur » (*Ann. CDI* 1979, vol. II, 2^e partie, p. 119).

(34) Le texte du projet est reproduit intégralement en annexe à la chronique d'Yves DAUDET, *infra* dans le présent *Annuaire*.

fier que les obligations *résultant* du fait internationalement illicite constituent le *contenu* même de la responsabilité. Et, au fond, s'il ne s'agissait que de cela, l'approche serait, tous comptes faits, moins «révolutionnaire» (35) qu'on l'a écrit.

8. Mais, dans la réalité, le projet lui-même va plus loin. Conformément à la célèbre formule de l'article 1^{er}, «[t]out fait internationalement illicite d'un État engage sa responsabilité internationale». La portée de ce texte est très claire : le fait internationalement illicite est la condition nécessaire et suffisante (36) de l'engagement de la responsabilité, ce que confirme l'article 36, qui introduit la deuxième partie : «La responsabilité d'un État qui, conformément aux dispositions de la première partie, est engagée par un fait internationalement illicite commis par cet État, entraîne des conséquences juridiques énoncées dans la présente partie». Il s'en déduit que la responsabilité est engagée *indépendamment* de ses conséquences éventuelles et c'est cela la véritable «révolution», la vraie rupture avec la conception dominante antérieure : la responsabilité est définie par un fait «objectif»; elle résulte du manquement, quelles qu'en puissent être les conséquences.

Cette conception s'oppose très nettement à la vision inter-subjective traditionnelle dans laquelle la responsabilité n'était réputée engagée que si un intérêt juridiquement protégé d'un autre sujet du droit international était atteint. Elle témoigne des progrès – relatifs – de la société internationale. Dans un monde où les souverainetés étaient juxtaposées et où la notion même de «communauté» internationale n'avait aucune place, il est compréhensible que l'attention de la doctrine se soit portée sur les relations d'État à État et que la responsabilité ait été analysée dans cette seule perspective. Ceci n'est plus acceptable lorsque l'on admet que la fonction du droit international n'est plus seulement de garantir l'indépendance des États, mais est, aussi, d'organiser leur interdépendance et leur coexistence. Telle est la fonction du concept de «communauté internationale», dont les intérêts transcendent ceux des entités qui la composent et «qui a plus que jamais besoin du respect constant et scrupuleux des règles présidant au développement ordonné des relations entre ses membres» (37).

9. Dans une telle perspective, le dommage se trouve évacué, non pas du droit de la responsabilité, mais de sa définition (ou de son «origine») (38). Il n'est plus nécessaire à l'engagement de la responsabilité. Dans son rapport de 1973 (39), la Commission avait justifié cette exclusion du préjudice en

(35) V. en ce sens Prosper WEIL, «Le droit international en quête de son identité – Cours général de droit international public», *RCADI* 1992-VI, vol. 237, p. 339.

(36) La Commission l'a rappelé à plusieurs reprises dans ses commentaires du projet d'articles (v. par exemple le commentaire de l'article 3 du projet dans son rapport sur sa 25^e session, *Ann. CDI* 1973, vol. II, pp. 185-187).

(37) CIJ, arrêt du 24 mai 1980, affaire relative au *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, *Rec.* 1980, p. 43. Pour une présentation récente du concept juridique de communauté internationale, v. Christian TOMUSCHAT, «Obligations Arising for States Without or Against Their Will», *RCADI* 1993-IV, vol. 241, pp. 197-374, not. pp. 232-240.

(38) AGO avait, dès 1970, adroitement incité la Commission à exclure le dommage de l'«origine» de la responsabilité en demandant, dans le questionnaire adressé à ses collègues : «La Commission est-elle d'accord pour exclure la nécessité d'un troisième élément [à côté de la violation de l'obligation et de l'attribution] *constitutif du fait illicite*, notamment le dommage» (texte reproduit in *AFDI* 1970, p. 563 – italiques ajoutées). Il est évident que le dommage n'est pas constitutif du manquement; mais ceci n'épuise pas la question...

(39) *Ann. CDI* 1973, vol. II, p. 186.

donnant l'exemple des traités relatifs aux droits de l'homme ou des conventions internationales du travail et en faisant valoir que leurs violations n'entraînaient en général aucun préjudice économique, ni même moral pour les autres États parties mais n'en engageaient pas moins la responsabilité de leurs auteurs et elle avait, à juste titre, écarté l'idée, entièrement artificielle de « préjudice juridique », qui n'ajoute strictement rien à la conception « objective » de la responsabilité définie comme la conséquence du seul fait internationalement illicite (40).

De même que l'automobiliste qui grille un feu rouge est responsable du seul fait qu'il n'a pas respecté le code de la route, quand bien même il n'a causé aucun dommage, de même, l'État qui manque à l'une de ses obligations en vertu du droit international engage sa responsabilité, indépendamment de tout préjudice qui pourrait en avoir résulté pour un autre État, car il est de l'intérêt de la communauté internationale toute entière que le droit soit respecté. Conséquence de la solidarité accrue (même si elle reste embryonnaire) qui règne au sein de la société internationale, le système de la responsabilité internationale s'est rapproché quelque peu de celui que l'on connaît en droit interne. Tel est, du moins, le point de départ de l'analyse.

b) *La structure du projet d'articles*

10. Ces considérations essentielles justifient la structure même du projet : la responsabilité naît du seul fait internationalement illicite, et c'est l'objet de la première partie ; elle entraîne un certain nombre de conséquences ; c'est celui de la deuxième.

Comme le précise l'article 3, « il y a fait internationalement illicite lorsque : a) un comportement consistant en une action ou une omission est attribuable d'après le droit international à l'État ; et b) ce comportement constitue une violation d'une obligation internationale de l'État ». La première partie du projet s'emploie dès lors à expliciter ces deux éléments nécessaires et suffisants de l'engagement de la responsabilité, ce qu'elle fait avec une grande rigueur en précisant la consistance du fait internationalement illicite (« élément objectif » – articles 4 et 16 à 26) et les conditions de son « attribution » (41) à l'État (« élément subjectif » – articles 5 à 15 et 27-28), tandis qu'un dernier chapitre (V (42), articles 29 à 35) est consacré aux

(40) Comme l'a relevé Paul REUTER, « dans toute violation d'une obligation internationale il y a, inclus dans celle-ci, un dommage moral ; le dommage n'est donc pas une condition *distincte* de la responsabilité internationale » (« Le dommage comme condition de la responsabilité internationale », *Estudios de Derecho internacional - Homenaje al Profesor Miaja de la Muela*, Tecnos, Madrid, 1979, t. II, p. 844). V. aussi la position, plus ambiguë, de G. ARANGIO-RUIZ, qui cite ce passage, dans son 2^e rapport, *Ann. CDI* 1989, vol. II, 1^{re} partie, p. 6.

(41) « Imputation » dit-on plus couramment ; la Commission a préféré le terme « attribution » pour éviter toute analogie avec le droit interne, pénal notamment (cf. son rapport sur sa 25^e session, *Ann. CDI* 1973, vol. II, p. 186).

(42) La nécessité d'un chapitre IV (articles 27 et 28) consacré à l'« implication d'un État dans le fait internationalement illicite d'un autre État », ne paraît pas évidente. En revanche, il manque manifestement un chapitre dans le projet qui n'aborde à aucun moment la question de la responsabilité conjointe ou solidaire, dont plusieurs affaires récentes ont cependant montré qu'elle se posait parfois avec acuité dans la sphère internationale (cf. les affaires relatives à *Certaines terres à phosphates à Nauru* et au *Timor oriental* devant la CIJ ; dans les deux cas, la Cour, qui ne s'est pas prononcée au fond, a réussi à esquiver le problème pourtant longuement discuté en procédure par les parties ; v. les arrêts du 26 juin 1992, *Rec.* 1992, pp. 258-259, et du 30 juin 1995, *Rec.* 1995, p. 102) ; un tel chapitre aurait d'ailleurs probablement eu mieux sa place dans la deuxième partie que dans la première car il concerne davantage les conséquences, voire la mise en œuvre, de la responsabilité que son existence.

« circonstances excluant l'illicéité » (43), expression que la CDI a préférée à celle, plus usuelle, de « causes exonératoires de responsabilité » car ces circonstances n'« effacent » pas la responsabilité, elles l'empêchent de naître en ce qu'elles excluent le caractère illicite du comportement de l'État (et portent exclusivement sur l'élément « objectif » de la responsabilité) (44); dans tous ces cas, « 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 » (45).

11. La responsabilité est donc la situation résultant :

- d'un fait internationalement illicite (qui ne peut se produire qu'en l'absence d'une circonstance excluant l'illicéité),
- attribuable à l'État d'après le droit international.

Cette situation peut entraîner certaines conséquences si :

- un préjudice a été causé à un sujet du droit international ou peut lui être rattaché,
- étant entendu que ces conséquences peuvent être modulées en fonction des circonstances, atténuantes ou aggravantes (46).

Le parallélisme est frappant et la séquence logique : aux conditions d'engagement de la responsabilité répondent celles de sa mise en œuvre, dont il eût été ~~logique~~ d'étudier ensuite les modalités. Or ce n'est pas ainsi que procède le projet, qui passe directement des conditions d'engagement de la responsabilité (« origine ») aux modalités de mise en œuvre (sous le titre « fourre-tout » et un peu ésotérique de : « Contenu, formes et degrés de la responsabilité internationale »), tandis que la troisième partie, qui devait être consacrée (possiblement (47)) à la mise en œuvre de la responsabilité internationale et au règlement des différends, est limitée à celle-ci. En d'autres termes, il se préoccupe, en grands détails, de la naissance de la responsabilité et de ses conséquences, mais il fait presque entièrement « l'impasse » sur les conditions mises à ces conséquences par le droit international. (« Presque entièrement » car le très important article 40 – « Sens de l'expression 'État lésé' » – esquisse la réglementation de certains aspects de la question (48)).

→ légitime

(43) Ce sont le consentement (pas le « consentement de la victime », ce qui eut réintroduit l'idée de préjudice), les « contre-mesures à l'égard d'un fait internationalement illicite » (les contre-mesures sont l'une des conséquences de la responsabilité – v. *infra*, II. b) – et la nécessité de les caractériser aussi de circonstances excluant l'illicéité est loin d'être évidente; ceci constitue l'une des rares incohérences du « projet Ago », force majeure et cas fortuit, détresse, état de nécessité et légitime défense.

(44) V. les explications données par la Commission dans son rapport sur sa 31^e session, *Ann. CDI* 1979, pp. 118-121.

(45) *Ibid.*, p. 120.

(46) À l'origine AGO avait prévu de traiter de ces circonstances dans le chapitre V de la première partie, en même temps que des circonstances excluant l'illicéité (v. le plan général de la première partie in *Ann. CDI* 1975, vol. II, p. 62). Très logiquement, il y a renoncé sans, semble-t-il, s'en expliquer; mais la raison paraît évidente: ces circonstances concernent les conséquences de la responsabilité, non son existence. Elles ne font une timide apparition que dans le très incomplet paragraphe 2 de l'article 42 sur la « Réparation ».

(47) V. *supra* n° 2 et n. 16.

(48) Il n'est pas fait mention du dommage ou du préjudice dans cet article qui définit l'État lésé comme « tout État qui est atteint dans un droit »; bien que le commentaire de cette disposition (*Ann. CDI* 1985, vol. II, 2^e partie, pp. 25-27) n'évoque pas le problème, ceci confirme l'orientation générale du projet qui infléchit l'analyse inter-subjective de la responsabilité pour en faire l'instrument de la défense du droit.

Ceci constitue la plus grave lacune du projet. Elle est d'autant plus regrettable que, autant les implications de la « révolution agoïste » sont importantes au point de vue théorique, autant, concrètement, pour la pratique quotidienne des relations inter-étatiques, ce sont ces aspects qui présentent le plus d'intérêt. La CDI s'est du reste montrée en partie consciente de cette déficience puisque, dans la partie de son rapport de 1996 consacré à son programme de travail à long terme, elle a proposé d'inclure le sujet de la protection diplomatique à son ordre du jour (49) et a esquissé le schéma général de cette étude dont elle a mis en évidence l'actualité et les liens avec le thème général de la responsabilité (50).

12. Outre la limitation – abusive – de son objet, plusieurs éléments sont frappants à la lecture de la deuxième partie du projet d'articles.

En premier lieu, son titre même n'apparaît guère cohérent avec l'économie générale du projet tel qu'il s'est ~~progressivement~~ dégagé des travaux de la Commission, qui ont progressivement conduit à une réappréciation de la définition même de la responsabilité (51). Si celle-ci est définie indépendamment de ses conséquences, la réparation et la « sanction », qui forment l'objet de cette partie, ne constituent pas le « contenu » ou les « formes » de la responsabilité, mais, justement, ses conséquences. Quant aux « degrés » de la responsabilité, ils sont fixés d'abord par le célèbre article 19, qui figure dans la première partie, et qui opère une distinction entre les crimes et les délits (52); la deuxième partie se borne, ici encore, à tirer les conséquences de la distinction en réglementant le régime juridique des effets des uns et des autres.

En deuxième lieu, la structure de cette deuxième partie est discutable. Si l'énoncé de « Principes généraux » (chapitre I – articles 36 à 40) n'est pas critiquable, sous réserve du contenu de certains d'entre eux qui ne laisse pas de faire problème (53), et s'il paraît légitime de ne pas inclure les contre-mesures (chapitre III – articles 47 à 50) parmi les « droits (54) de l'État lésé et [les] obligations de l'État auteur du fait internationalement illicite » (chapitre II – articles 41 à 46), en revanche, la relégation des « crimes internationaux » dans un chapitre IV (articles 51 à 53) est fort contestable, en tout cas dans l'esprit dans lequel elle a été décidée (55).

(49) Rapport préc. n. 12, par. 249, p. 259.

(50) *Ibid.*, annexe II, pp. 373-376. Par sa résolution 51/14, l'Assemblée générale a invité la Commission à étudier ce projet plus avant. Le schéma proposé se situe clairement dans la ligne du projet sur la responsabilité des États, notamment en ce qu'il porte exclusivement sur les règles « secondaires »; il ne fait guère de doute que la tentation sera grande, de la part de certains membres de la Commission, de le centrer sur l'étude des règles primaires (relatives notamment à la protection des investissements); si tel devait être le cas, il y a fort à parier, les mêmes causes produisant les mêmes effets, que le sujet connaîtrait le même sort que le projet sur la responsabilité préparé par GARCÍA AMADOR...

(51) V. a) *supra*.

(52) V. II.a) *infra*. Le mot « degrés » entretient d'ailleurs l'ambiguïté : crimes et délits sont opposés par une véritable différence de nature (v. *infra*, n° 16).

(53) Tel est le cas surtout des articles 39 (« Relations avec la Charte des Nations Unies ») et 40 (« Sens de l'expression 'État lésé' ») dont G. ARANGIO-RUIZ a tenté, en vain, d'obtenir le ré-examen. Sur le premier point, le rapporteur spécial s'inquiétait de la prééminence que la rédaction de l'article 39 accorderait à l'action du Conseil de sécurité sur le droit de la responsabilité (cf. son huitième rapport, A/CN.4/476, 10 mai 1996, pars. 42-46). Sur le second, il contestait, à très juste titre, la notion d'États « indirectement » lésés et faisait valoir que le problème était, en réalité, celui des États « inégalement » lésés (v. surtout ses 3^e et 4^e rapports, *Ann. CDI* 1991, vol. II, 1^{re} partie, chap. IX, pp. 28-30 et 1992, vol. II, 1^{re} partie, chap. VIII, pp. 45-52 – v. aussi le rapport de la CDI sur sa 50^e session, Assemblée générale, *Doc. off.*, Suppl. n° 10, A/50/10, pars. 273-281, pp. 118-121).

(54) V. *infra*, n° 28.

(55) V. *infra*, II. a).

En troisième lieu enfin, certains articles de la deuxième partie, et surtout ceux du chapitre II, sont fort rudimentaires et contrastent avec le soin méticuleux avec lequel ont été rédigés ceux de la première. On voit mal l'utilité que ces dispositions peuvent présenter pour leurs destinataires, les États, si elles restent à un niveau de généralité tel qu'aucune directive claire n'en résulte dans les cas concrets où un problème se pose. Or tel est indiscutablement le cas de nombre d'entre elles, qui sont infiniment moins précises que ne l'est n'importe quel manuel élémentaire d'introduction au droit international. Au surplus, et cela, à nouveau, en contraste flagrant avec celles de la première partie, elles ne sont animées d'aucune idée générale qui en assurerait la cohérence et pourrait aider à en combler les lacunes (56).

13. Pour s'en tenir au chapitre II, et indépendamment des critiques de détail que l'on peut adresser à son contenu (57), on peut admettre que les articles 41 (« Cessation du comportement illicite »), 43 (« Restitution en nature ») et même 45 (« Satisfaction ») contiennent des directives suffisantes pour permettre aux États de régler leur conduite sur leurs dispositions. ~~(« Assurances et garanties de non-répétition »)~~ Mais il n'en va certainement pas ainsi des articles 44 (« Indemnisation ») et 46 (« Assurances et garanties de non-répétition »).

Ce dernier, par exemple, relève certainement davantage du développement progressif du droit international que de sa codification (58) même si l'on peut trouver des précédents en ce sens. En affirmant 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 », possibilité qui n'est pas critiquable par elle-même, la Commission lache, si l'on peut dire, une « bombe à retardement » dont elle ne facilite assurément pas la maîtrise (59) : en quoi consistent ces « assurances » ou ces « garanties » ? les deux termes sont-ils équivalents ? et dans quelles circonstances un État peut-il en exiger ? (60) Autant de questions sans réponse.

(56) La responsabilité de cet état de choses n'incombe pas exclusivement au dernier rapporteur spécial, bien qu'il eût certainement été plus préoccupé de développer le droit international (et, dans certains cas, bien plus que « progressivement » - v. par exemple *infra* n° 31) que de codifier les règles techniques qui forment le pain quotidien des juristes et dont on ne saurait, cependant, lui contester la parfaite maîtrise. En outre et peut-être surtout, la majorité des membres de la Commission - toutes origines régionales confondues - se sont montrés soucieux d'éviter des controverses qui, sur certains points eussent pu être vives (que l'on songe, par exemple, à l'indemnisation du *lucrum cessans*...), et d'en finir avec un projet dont l'élaboration n'a, il est vrai, que trop traîné. Mais était-ce une raison pour en bâcler l'achèvement dans une atmosphère de « fin de règne » (ou de « fin de mandat ») ?

(57) Pour des exemples, v. *infra*, n. 90.

(58) Le commentaire de cette disposition observe un prudent mutisme sur ce point (cf. *Ann. CDI* 1993, vol. II, 2^e partie, pp. 84-86).

(59) Cf. l'embarras visible des deux Parties, la Hongrie et la Slovaquie, dans l'affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* devant la CIJ en 1997 : l'une et l'autre ont demandé de telles assurances (cf. CR 97/6, pp. 64-65, CR 97/11, pp. 46-48 et CR 97/16, pp. 44-46), et les circonstances de l'affaire s'y prêtaient sans doute, mais elles ont hésité sur la nature et la consistance exactes de ces garanties ; des directives raisonnablement précises dans le projet de la CDI auraient certainement été très bienvenues et l'on peut espérer que l'arrêt de la Cour contribuera à pallier cette lacune.

(60) Le commentaire de la Commission n'est d'aucun secours à cet égard : « L'expression 'le cas échéant' indique clairement qu'il incomberait au juge (ou à tout autre tiers chargé d'appliquer la règle) [mais l'intervention d'un tiers dans le règlement d'un différend est exceptionnel en droit international] de déterminer si les conditions d'octroi de ce que la Commission considère comme un mode de réparation [en est-ce véritablement un ?] exceptionnel sont remplies... » (*Ann. CDI*, 1993, vol. II, 2^e partie, p. 86).

Quant à l'article 44 sur l'indemnisation, force est de constater sa vacuité à peu près totale : son paragraphe 1 pose le principe du droit à indemnisation « si et dans la mesure où, le dommage n'est pas réparé par la restitution en nature » ; et, aux termes de son paragraphe 2, « ... l'indemnisation couvre tout dommage susceptible d'évaluation économique subi par l'État lésé et peut comprendre des intérêts et, le cas échéant, le manque à gagner ». Fort bien ; mais qu'est-ce qu'un « dommage susceptible d'évaluation économique » ? (l'argent n'est-il pas « la mesure de toute chose » dans notre monde mercantile ?) comment l'évaluer ? dans quelles circonstances des intérêts sont-ils dus ? et quand le manque à gagner est-il indemnisable ? comment calculer les intérêts ? La Commission peut-elle, raisonnablement, considérer qu'elle s'est acquittée de façon satisfaisante de sa mission de codification et de développement progressif du droit international si elle laisse pendantes des questions aussi fondamentales dans la « vie quotidienne » du droit (61) ? Très fermement, la réponse est négative.

14. Dès l'origine, R. Ago avait envisagé l'éventualité d'une troisième partie consacrée au règlement des différends et à la mise en œuvre de la responsabilité (62). Seul le premier point a, finalement, été traité et fait l'objet des articles 54 à 60 du projet, complétés par les annexes I (« La commission de conciliation ») et II (« Le tribunal arbitral »).

Cette vision, contentieuse et institutionnelle a son origine dans les propositions de M. Riphagen (63), relayées ensuite par M. Arangio-Ruiz (64), et se heurte à de graves objections : d'une part, l'essentiel est perdu de vue (le droit international n'a pas une vision contentieuse du droit et il eût été, pour le moins, avisé, de ne pas centrer la troisième partie sur celle-ci en omettant les mécanismes, d'usage courant, comme la protection diplomatique, instrument essentiel de « mise en œuvre » de la responsabilité (65)), d'autre part, les mécanismes prévus sont à la fois incomplets et abusivement ambitieux.

Avec la question des crimes internationaux et celle du régime juridique des contre-mesures, ils ont été, au sein de la Commission, à l'origine de très vives controverses, qui appellent quelques remarques particulières sur chacun de ces trois points, d'ailleurs en partie liés.

(61) Le commentaire jette quelque lumière sur la position de la Commission sur certaines de ces questions (*ibid.*, pp. 70-79), mais outre qu'un commentaire n'a pas l'autorité d'un projet d'articles, il demeure très lacunaire et indécis sur certains points fondamentaux (intérêts : ici encore, la Commission s'en remet au juge (par. 26, p. 76) ; *lucrum cessans* : là, elle abdique complètement « compte tenu [des] divergences » (par. 39, p. 78)...). Il est juste de rappeler que les rapports et, dans une moindre mesure, les projets d'articles de G. ARANGIO-RUIZ étaient plus complets et précis sur ces différents points, qui ont été vidés d'une grande partie de leur substance en Comité de rédaction (v. le deuxième rapport, *Ann. CDI* 1989, vol. II, 1^{re} partie, pp. 8-33 et p. 60).

(62) V. *supra* n° 2 et n. 17.

(63) V. ses sixième et septième rapports, *Ann. CDI* 1985 et 1986, vol. II, 1^{res} parties, pp. 16-20 et pp. 1-7.

(64) V. ses cinquième (*Ann. CDI*, vol. II, 1^{re} partie, pp. 36-49) et septième rapports (A/CN.4/469/Add.2, 29 mai 1995).

(65) V. *supra*, n° 11.

II
 À PROPOS DE TROIS POINTS CONTROVERSÉS :
 CRIMES INTERNATIONAUX, CONTRE-MESURES
 ET RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS

a) *Les crimes internationaux : notion et régime juridique* (66)

15. Le 6 juillet 1976, la CDI adoptait à l'unanimité le texte de l'article 19 de la première partie de son projet d'articles sur la responsabilité des États (67). Ainsi se trouvait consacrée la distinction entre les « crimes » d'une part, et les « délits » internationaux d'autre part. En dépit des critiques de la doctrine conservatrice et malgré de vives pressions de certains de ses membres et de quelques États, minoritaires mais influents, au sein de l'Assemblée générale, pour qu'elle renonce à la distinction (68), la Commission l'a fermement maintenue en 1996, lorsqu'elle a adopté la deuxième partie de son projet d'articles, dont le chapitre V est consacré aux conséquences des « Crimes internationaux ».

(66) Les développements de cette section constituent en grande partie un résumé succinct de la contribution de l'auteur à l'ouvrage collectif préparé par la CDI dans le cadre de la décennie du droit international (« Vive le crime - Remarques sur les degrés de l'illicite en droit international », Alain PELLET dir., *Le droit international à l'aube du xx^e siècle - Réflexions de codificateurs*, Nations Unies, New York, 1997, pp. 287-314). La confrontation de cet article avec celui publié dans le même ouvrage par le membre américain de la Commission, Robert ROSENSTOCK sur le même sujet (« An International Criminal Responsibility of Crimes », *ibid.*, pp. 265-285) donne une idée de la vivacité des débats sur ce thème au sein de la CDI.

(67) *Annuaire CDI*, 1976, vol. I, p. 256. Le texte de l'article 19 se lit ainsi :

« 1. Le fait d'un État 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 illicite qui résulte 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 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 essentielle pour 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 ».

(68) Ces pressions se sont traduites par un compromis que reflète la résolution 50/45 de l'Assemblée générale (11 décembre 1995) appelant la Commission à « reprendre ses travaux concernant le projet d'articles sur la responsabilité des États de manière à ce que la première lecture puisse être achevée [en 1996] en tenant compte des opinions divergentes exprimées au cours du débat qui s'est déroulé sur le sujet à la Sixième Commission afin que des approches alternatives puissent être développées en cas de besoin ». Les « opinions divergentes » auxquelles fait allusion l'Assemblée concernent le bien-fondé de la distinction entre crimes et délits et les « approches alternatives » qu'elle suggère auraient consisté pour la Commission à rédiger la seconde partie de son projet en distinguant deux hypothèses : le maintien de cette distinction ou sa suppression.

De très fortes raisons, tant théoriques (69) que pratiques, militent en faveur du maintien de la distinction entre deux catégories distinctes de faits internationalement illicites, même si l'on peut, dans le détail, éprouver quelque doute sur le bien-fondé des dispositions adoptées par la Commission, qu'il s'agisse des exemples donnés au paragraphe 3 de l'article 19 et dont elle a cru devoir assortir sa définition, de la terminologie retenue, dont la connotation pénaliste est trompeuse, ou des conséquences que la deuxième partie du projet tire de cette nécessaire distinction.

16. Globalement, la construction intellectuelle que reflète l'article 19 ne mérite pas les critiques, parfois acerbes, dont elle a fait, et continue de faire, l'objet et s'inscrit dans la droite ligne de la « révolution conceptuelle » que traduit le projet d'articles (70).

Dès lors que la responsabilité se trouve « objectivée » en vue de contribuer à la défense des intérêts de la communauté internationale toute entière, il devient logique et, à vrai dire, inéluctable, de distinguer deux catégories de faits internationalement illicites : ceux qui concernent uniquement les relations de certains États entre eux et qui ne mettent pas en cause les fondements mêmes sur lesquels reposent la fragile intégration de la société internationale en une communauté véritable d'une part ; ceux qui, au contraire, menacent les intérêts fondamentaux de celle-ci, d'autre part.

Malgré une thèse souvent soutenue, il n'y a pas là une simple différence de degrés entre ces deux catégories de faits internationalement illicites, mais, bel et bien, une différence de nature : les premiers mettent en cause les seuls intérêts des États concernés, alors que les seconds atteignent la société internationale des États (et, peut-être, des individus – c'est alors d'« humanité » qu'il faut parler) dans son ensemble. Ceci justifie la distinction entre deux formes, bien différentes, de responsabilités, ayant des conséquences et des régimes juridiques nettement séparés.

Ce n'est pas là pure argutie théorique. Qui ne voit qu'entre un génocide et la violation banale d'une clause d'un traité de commerce entre deux États, il n'existe pas de commune mesure ? – sinon une : l'un et l'autre sont à l'origine de la responsabilité de l'État auquel le comportement illicite peut être attribué. Mais, au-delà, c'est-à-dire en ce qui concerne les conséquences de ces actes, il est clair qu'elles doivent être, et qu'elles sont, soumises à deux régimes, distincts, de responsabilité : le non-respect de la clause commerciale, pour regrettable qu'il soit, comme tout manquement au droit, n'a d'incidences que dans les rapports ~~des~~ États parties au traité la contenant ; le génocide, lui, ébranle les fondements mêmes de la société internationale contemporaine. - l'acte les

17. On pourrait certes se demander si, plutôt que la nature de l'obligation violée, ce n'est pas son degré de généralité et d'opposabilité qui explique la différence entre les deux formes de responsabilité qui en découlent. Ce que

(69) La littérature consacrée aux crimes internationaux de l'État est considérable. V. not. J. WEILER, 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 G. ARANGIO-RUIZ dans son 5^e rapport (A/CN.4/453 et Add. 1 à 3) et par P.M. DUPUY, « Responsabilité et légalité » in SFDI, Colloque du Mans, *La responsabilité dans le système international*, Pédone, Paris, 1991, note 13, pp. 268-269.

(70) V. I.a) *supra*.

la Commission appelle « crime international » serait alors, tout simplement la violation d'une obligation *erga omnes* (71).

Toutefois, s'il n'est pas douteux que les crimes, au sens de l'article 19 du projet d'articles de la CDI, constituent des violations d'obligations *erga omnes*, la réciproque n'est pas exacte. Les États riverains sont tenus d'accorder à tous les navires le droit de passage en transit dans les détroits servant à la navigation internationale; il s'agit là, assurément, d'une obligation *erga omnes*, mais son non-respect n'est pas un crime. C'est que, si la règle confère bien des droits à tous les États, elle n'est pas d'une importance « essentielle pour la sauvegarde d'intérêts fondamentaux de la communauté internationale dans son ensemble ». Sa violation est, certes, contraire à un droit qui appartient à tous, mais elle n'affecte que celui qui en est la victime, et la solidarité internationale est insuffisante pour que, dans l'état actuel de son développement, encore très embryonnaire, le droit international puisse tirer des conséquences particulières du non-respect de l'obligation *erga omnes*, ce qui reviendrait en pratique à faire de la coutume générale un *jus cogens* généralisé.

C'est donc à très juste titre que la CDI, dans la définition du crime donnée à l'article 19, paragraphe 2, de son projet, met l'accent sur le caractère « essentiel » de l'obligation violée « pour la sauvegarde d'intérêts fondamentaux de la communauté internationale dans son ensemble ». Et il n'est pas sans intérêt de relever que, ce faisant, elle rejoint la CIJ qui, dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, a semblé n'admettre une « *actio popularis* » que si les droits en cause présentaient une « importance » exceptionnelle (72). Le qualificatif s'ajoute légitimement au quantitatif : il ne suffit pas que l'obligation violée soit *erga omnes*, il faut encore qu'elle soit d'une importance « essentielle » pour tous.

18. Ceci pose, de façon aiguë, la question de la détermination de ces obligations. Quoiqu'on en ait dit, le projet d'article 19 va aussi loin qu'il est possible dans la précision à cet égard et l'on a beau ironiser sur son caractère tautologique, la double précision selon laquelle :

1° la norme violée doit être « essentielle pour la sauvegarde d'intérêts fondamentaux de la communauté internationale » ; et

2° sa violation doit être reconnue comme un crime par cette communauté dans son ensemble, est suffisante pour déterminer si un fait internationalement illicite constitue un crime.

Sans doute, ceci laisse-t-il une part non négligeable à la subjectivité de l'interprète. Mais l'incertitude n'est pas plus grande que celles de quantités de notions reçues et constamment appliquées en droit international : on ne reproche pas à l'article 38, paragraphe 1.c), du Statut de la CIJ de définir la coutume comme « preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit » (73). Pourquoi serait-il plus dangereux ou plus inacceptable de définir le crime (ou la norme impérative du droit international général comme le fait l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, dont l'article 19 du projet s'inspire ouvertement) en fonction de sa reconnaissance

(71) Cf. le célèbre *dictum* de la CIJ dans son arrêt du 5 février 1970, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (nouvelle requête, 2^e phase), *Rec.* 1970, p. 32.

(72) *V. ibid.*

(73) « Acceptée » par qui ? l'article 38 ne le précise pas. Le projet d'article 19 est plus précis sur ce point.

comme tel par la communauté internationale dans son ensemble? On peut d'ailleurs se demander si, malgré les raisons avancées en 1976 contre cette assimilation (74), il ne serait pas plus simple de définir le crime international comme la violation d'une norme impérative du droit international général (75), tant est évidente la parenté entre les deux notions.

19. Si la définition des crimes ne mérite pas l'indignité dont une partie de la doctrine et certains États l'accablent, il faut bien reconnaître en revanche que l'énumération des crimes internationaux de l'État figurant au paragraphe 3 de l'article 19 n'est guère appropriée et suscite quantité d'objections et de critiques (76), dont certaines sont fondées. Il est, en particulier, fort discutable de faire figurer dans un texte à vocation normative des « exemples » de l'institution juridique dont il s'agit de régler le régime et, plus encore, d'assortir les exemples de « sous-exemples ». Ceci est d'autant plus regrettable en l'espèce que, comme tout projet de la CDI, celui consacré à la responsabilité des États fait l'objet de commentaires, où des illustrations eussent parfaitement eu leur place.

En procédant comme elle l'a fait en première lecture, la Commission se condamne non seulement à être incomplète, mais aussi à figer un droit en devenir dans une formalisation prématurée. En procédant ainsi et en cédant à d'évidents effets de mode, la CDI fait peser sur le concept même de crime le soupçon immérité de n'être qu'un « gadget juridique » au service d'objectifs purement idéologiques et politiques, ce qu'il n'est pas.

20. L'arbre ne doit pas cacher la forêt. Les critiques, dont certaines sont justifiées, que l'on peut adresser à l'article 19 dans sa rédaction actuelle, ne doivent, en aucune manière, conduire au retour en arrière que constituerait l'abandon de la distinction entre deux catégories, nettement différenciées, de faits internationalement illicites donnant les uns et les autres, mais différemment, lieu à responsabilité internationale. Ce serait revenir à l'idée que la société internationale demeure fondée sur la juxtaposition pure et simple de souverainetés dont le droit devrait se borner à assurer la coexistence. Or, si elle est très loin d'être « institutionnelle » au sens où l'entendent certains auteurs, elle n'est plus exclusivement « relationnelle » (77) comme l'attestent la « mondialisation » (ou la « globalisation ») et les solidarités plus profondes qu'elle traduit – pour le pire ou le meilleur... – et son ancrage juridique manifesté par les notions, en partie nouvelles, en tout cas nouvellement consacrées, de « communauté internationale », de *jus cogens* ou de crime international.

Il est vrai que ce dernier concept susciterait peut-être moins d'incompréhensions et de réticences si le régime juridique des crimes internationaux de l'État était clairement défini. Or autant la définition donnée à l'article

(74) Cf. le cinquième rapport de R. AGO (*Ann. CDI* 1976, vol. II, 1^{re} partie, par. 150, p. 56) et le commentaire de la Commission (*Ann. CDI* 1976, vol. II, 2^e partie, par. 62, p. 111).

(75) En ce sens, v. Ian BROWNLIE, *Principles of International Law*, Oxford U.P., 1966, pp. 415 et s. ou P.M. Dupuy, « Le fait générateur de la responsabilité internationale des États », *RCADI* 1984-V, vol. 188, p. 56 ou *op. cit.* n. 69, p. 270.

(76) V. not. P. WEIL, *op. cit.* n. 35, pp. 297-298. V. aussi les critiques, plus modérées de P. M. Dupuy, « Observations sur le crime international de l'État », *RGDIP* 1980, pp. 463-467.

(77) Sur cette distinction, v. not. Wolfgang Friedmann, *The Changing Structure of International Law*, Stevens, Londres, 1964, 410 p. ou René-Jean Dupuy, *Droit international public*, PUF, Paris, coll. « Que sais-je ? » n° 1060, 1193, 128 p. ou « Communauté internationale et disparités de développement – Cours général de droit international public », *RCADI* 1979-IV, t. 165, pp. 46-66.

19 du projet d'articles de la CDI est globalement acceptable, autant le régime juridique des crimes envisagé par les articles 51 à 53 prête le flanc à la critique, au point d'ailleurs que, si l'on devait s'en tenir à ces dispositions, on pourrait s'interroger sur la pertinence de la distinction entre crimes et délits.

21. Celle-ci se trouve d'ailleurs obscurcie par la terminologie même qu'a retenue la Commission et qui entache d'incertitude tout le régime juridique de la responsabilité en droit international en empruntant un vocabulaire pénaliste qui n'a pas sa place dans les relations entre États.

On a beaucoup dit et écrit que la responsabilité internationale présentait un caractère exclusivement civil. Comme toute analogie avec le droit interne, cette affirmation sans rigueur est trompeuse. Cette confusion tient à l'erreur de la doctrine traditionnelle qui limite la responsabilité internationale à l'obligation de réparer (78). En réalité, l'État responsable n'est pas seulement tenu de réparer les conséquences dommageables de son comportement : outre qu'il doit aussi y mettre fin et, le cas échéant, donner des garanties de non-répétition, il s'expose également à des réactions licites de la part de la ou des victimes (79). En ce sens, la responsabilité internationale s'apparente alors, quoique d'assez loin, à la responsabilité pénale par cet aspect punitif.

Ni civile, ni pénale (80), mais tenant de l'une et de l'autre, la responsabilité internationale présente des caractères propres et ne saurait être assimilée aux catégories du droit interne tant il est vrai que la société des États a peu à voir avec la communauté nationale.

22. Dans cette perspective, les vocables « délits » et « crimes » adoptés par la CDI sont particulièrement mal venus ; et ceci est sans doute plus vrai encore pour le premier que pour le second. Désignant « [t]out fait internationalement illicite qui n'est pas un crime international » (81), le délit international ne s'apparente ni de près, ni de loin à la notion de délit pénal et n'appelle – ou ne devrait appeler (82) – aucune réaction de la société internationale en tant que « corps social ». Certes, il peut en résulter une légitimation des contre-mesures, dans des conditions que les articles 47 à 50 du projet d'articles de la CDI décrivent de manière imparfaite et discutable, mais l'État victime qui y recourt agit pour la défense de ses seuls intérêts propres et dans un cadre purement inter-étatique ; en aucune manière il ne s'agit de défendre l'ordre public international ou de réprimer un manquement au droit dans l'intérêt de la communauté internationale dans son ensemble.

Pour des raisons voisines à celles qui conduisent la plupart des auteurs à bannir l'idée de « faute » dans le cadre de la responsabilité internationale (83), le mot « délit » n'y est pas à sa place : même si ceci n'est pas le

(78) V. *supra*, n° 6.

(79) V. b) *infra*.

(80) Dans son 5^e Rapport, G. ARANGIO-RUIZ a adopté la position, en fait très voisine, selon laquelle « la responsabilité internationale présente des éléments civils et pénaux » (A/CN.4/453/Add.3, par. 148, p. 33 – italiques dans le texte).

(81) Article 19, paragraphe 4, du projet d'articles, précité n° 2.

(82) L'obscur alinéa c) de l'article 45, paragraphe 1, du projet d'articles paraît accepter l'idée de dommages-intérêts punitifs pour tous les faits internationalement illicites ; c'est une idée fort contestable en matière de « délits ».

(83) V. not. D. ANZILOTTI, « La responsabilité internationale des États à raison des dommages soufferts par des étrangers », *RGDIP* 1906, pp. 289 et s. ou H. KELSEN, « Unrecht und Unrechtsfolge im Völkerrecht », *Zeitschrift für öffentliches Recht* 1932, pp. 481 et s. V. également l'ensemble des références données par Gaetano ARANGIO-RUIZ dans son 2^e Rapport, préc. n. 39, chap. 5, pp. 51-60.

cas des « délits civils », il implique une condamnation morale qui ne cadre pas avec l'« objectivité » de la définition même du fait internationalement illicite donnée par l'article 3 du projet d'articles (84).

L'objection est moins convaincante en ce qui concerne la définition des crimes internationaux de l'État, qui comporte une dimension qualitative (l'importance de l'obligation violée (85), et le caractère *essentiel* de celle-ci « pour la sauvegarde d'intérêts *fondamentaux* de la communauté internationale »), et qui, par voie de conséquence, implique une réprobation de cette communauté. Il n'en reste pas moins que l'analogie que fait naître le mot « crime » avec le droit pénal est trompeuse et a suscité des critiques nombreuses et vives, si bien que, malgré la force des arguments que l'on peut faire valoir à l'appui de cette terminologie (86) et l'onction que lui ont donnée la pratique et la doctrine depuis 1976, il n'y aurait qu'un inconvénient limité à abandonner le mot ; et cet abandon n'empêchera pas la chose d'exister.

Il n'est, à vrai dire, pas déraisonnable de renoncer à tout vocabulaire de substitution, en ce sens qu'il n'est pas indispensable d'opposer les faits internationalement illicites dénommés « délits » par le projet actuel, aux « crimes ». Il suffirait de préciser que, si tout « fait d'un État qui constitue une violation d'une obligation internationale est un fait internationalement illicite quel que soit l'objet de l'obligation violée » (comme le fait l'actuel paragraphe 1 de l'article 19) la violation d'une norme impérative du droit international général (87) *(Jus cogens)*, produit des effets particuliers qui seraient détaillés dans la seconde partie du projet. Une telle solution permettrait de résoudre l'une des plus graves difficultés rencontrées par la Commission lors de la rédaction de la première et, surtout, de la deuxième, parties du projet d'articles sur la responsabilité des États et qui repose en grande partie sur une querelle de mots, sans véritable portée autre que purement nominaliste. Il faudrait cependant prendre le plus grand soin de ne pas « jeter le bébé avec l'eau du bain » et, au prétexte de renoncer à une terminologie source de malentendus, de ne pas méconnaître la distinction évidente, claire et nécessaire entre deux catégories de faits internationalement illicites. 2

23. Force est cependant de reconnaître que, dans son état actuel, le projet de la CDI occulte ce caractère nécessaire de la distinction, tant ses articles 51 à 53 n'en tirent que des conséquences limitées, anodines même, qui en viennent à faire douter que l'opposition entre crimes et délits – quelle que soit leur appellation – produise de réels effets pratiques. Mais cette impression erronée ne tient nullement à l'inexistence du caractère propre des crimes, par opposition aux délits ; elle s'explique par le fait que le régime juridique de ceux-ci, tel que la Commission l'a fixé, est infiniment trop rigide et comporte des conséquences qui, en bonne logique, devraient s'appliquer aux seuls crimes et, en aucune manière, aux autres faits internationalement illicites.

(84) V. *supra*, n° 10.

(85) Bien que, dans l'état actuel du texte de la Commission, ce critère n'apparaisse explicitement que dans les exemples donnés au paragraphe 3, et non dans la définition du paragraphe 2 de l'article 19.

(86) V. surtout *Ann. CDI* 1976, vol. II, 2^e partie, par. 59, p. 110.

(87) Il ne serait, en revanche, pas légitime de substituer la notion de violation d'une obligation *erga omnes* à celle de crime international – v. *supra* n° 18.

Ces regrettables confusions tiennent à la méthode même suivie par la Commission pour la rédaction de la deuxième partie du projet d'articles. Conformément aux propositions de son rapporteur spécial (88), elle a, en effet, étudié dans un premier temps les conséquences des délits sans se préoccuper du régime juridique des crimes. Ceci pouvait paraître logique et l'était en effet si la méthode avait été suivie jusqu'au bout et si, après avoir terminé son analyse du régime juridique des délits et d'eux seuls, la Commission s'était attelée à celle des crimes et d'eux seuls. Mais, en pratique, la CDI et son rapporteur spécial n'ont pas maintenu strictement cette distinction rigoureuse et, se fondant sur des exemples qui portaient, indifféremment, sur des crimes ou sur des délits, ils en ont tiré abusivement des conséquences indifférenciées, « gonflant » ainsi de manière fort excessive les conséquences « de droit commun » qui s'attachent à la responsabilité et imputant aux délits des conséquences qui découlent des seuls crimes (89).

Dès lors, la CDI en est venue à inclure dans ses projets d'articles 41 à 50 des conséquences acceptables pour les crimes mais clairement excessives pour les simples délits (90). Et cet amalgame s'est trouvé encouragé par la position du Rapporteur spécial qui a manifesté une très nette tendance à vouloir réintroduire dans le régime juridique général de la responsabilité internationale la notion de faute qui en est traditionnellement bannie (91) et qui n'est guère admissible dans la société internationale que pour les crimes justement, dont le caractère intentionnel et délibéré est sans doute une composante essentielle.

24. À l'inverse, le chapitre consacré aux crimes internationaux frappe par son caractère extrêmement limité et les spécificités parfois fort discutables reconnues aux conséquences des crimes. En particulier, on peut avoir quelque doute :

– sur l'opportunité de renoncer à exiger la proportionnalité de la *restitutio in integrum* en cas de crime (article 52.a) ou

– sur la possibilité pour un État de « reconnaître comme licite » une situation créée par un fait internationalement illicite quel qu'il soit ou de prêter assistance à l'État responsable pour maintenir la situation ainsi créée, alors que les alinéas a) et b) du projet d'article 53 ne l'excluent que dans le cas des crimes.

(88) Cf. le premier rapport de G. ARANGIO-RUIZ, *Ann. CDI* 1988, vol. II, 1^{re} partie, pars. 10 à 18, pp. 8-10.

(89) Ainsi, par exemple, il est remarquable que, lorsque la Commission s'est intéressée aux contre-mesures, elle l'a fait sur la base de rapports de M. ARANGIO-RUIZ qui se fondaient indifféremment sur des exemples concernant la violation d'obligations « ordinaires » ou impératives. V. les 3^e et 4^e Rapports, *Ann. CDI* 1991, vol. II, 1^{re} partie, pp. 2-37 et 1992, vol. II, 1^{re} partie, 2-52, qui fourmillent d'exemples portant sur les réactions à un recours à la force armée, soit à un crime international par excellence.

(90) Cf. par exemple la connotation punitive du paragraphe 2 de l'article 42 qui enjoint de tenir compte de la négligence ou de l'action ou omission de caractère délibérée pour le calcul de la réparation, ce qui revient à consacrer la possibilité de dommages punitifs, acceptables en cas de crimes, mais fort douteux comme conséquence de délits; dans le même esprit, le paragraphe 2.c) de l'article 45 ne devrait pas trouver application en cas de délit; quant au régime des contre-mesures (articles 47 à 50), il est, dans l'ensemble assez adapté à l'hypothèse d'un crime mais il est trop laxiste s'agissant des simples délits (v. b) *infra*).

(91) V. les 2^e et 8^e Rapports, *Ann. CDI* 1989, vol. II, 1^{re} partie, pars. 164-170, pp. 51-60 et A/CN.4/476/ Add.1, pars. 48-55. R. Ago accordait, lui aussi, une place importante à la notion de faute (v. « La colpa nell'illecito internazionale », *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, CEDAM, Padoue, 1940, pp. 177-206, reproduit *in op. cit.* n. 18, pp. 271-302).

h)

Il ne serait pas nécessaire de tirer des conséquences artificielles de la distinction entre crimes et délits pour la justifier si l'on faisait de celle-ci une analyse rigoureuse et si l'on débarassait le délit de conséquences punitives qui ne relèvent pas de cette notion pour rendre ainsi au crime ce qui lui appartient en propre.

25. Contrairement à leur définition, le régime juridique des crimes tel qu'il ressort du projet de la CDI paraît donc hautement discutable. On peut se demander en outre s'il n'est pas incomplet sur des points importants. La question se pose notamment, à propos :

- de la probable incidence de la nature du fait internationalement illicite sur les circonstances excluant l'illicéité (92),
- de l'éventuelle « transparence » partielle de l'État en cas de crime, ce qui pose le problème des liens existant entre les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité d'une part et les crimes internationaux de l'État, d'autre part, au sujet desquels l'un comme l'autre des projets de la CDI sont muets (93), ou
- du droit de réaction - de « contre-mesure » - de tous les États à l'encontre d'un État auquel un crime international peut être attribué.

b) *Les contre-mesures et le règlement des différends*

26. Alors que l'on aurait pu s'attendre à ce que l'un des éléments les plus nets de différenciation entre les régimes juridiques respectifs des crimes et des délits, soit constitué par une faculté accrue de recourir à des contre-mesures contre l'État auteur d'un crime international, il est très remarquable que le chapitre IV de la deuxième partie du projet, consacré aux conséquences supplémentaires résultant d'un crime, soit muet sur ce point. Tout au plus peut-on remarquer que l'article 53.d) fait obligation à tous les États « de coopérer avec les autres États pour appliquer les mesures visant à éliminer les conséquences du crime » (94).

Dans le commentaire de cette disposition, qui ne dit « presque rien sur... presque rien » (95), la Commission se borne à relever que « [d]ans la pratique, cette réaction collective sera vraisemblablement coordonnée par les organes compétents de l'Organisation des Nations Unies », et à estimer qu'en dehors de cette hypothèse, « une certaine réaction minimale s'impose de la part de tous les États lorsqu'un crime international a été commis » (96), sans indiquer

(92) Dont on peut se demander si elle peuvent exclure l'illicéité d'un crime...

(93) L'article 45, par. 2.d) du projet sur la responsabilité pose le principe du « châtiment » des agents de l'État auteurs d'actes criminels. Quant à l'article 4 du projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, il se borne à indiquer : « [l]e fait que le présent code prévoit la responsabilité des individus pour les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité est sans préjudice de toute question de responsabilité des États en droit international ».

(94) Le paragraphe 3 de l'article 47 semble faire allusion à l'éventualité d'un régime juridique différencié des contre-mesures en riposte à un crime puisqu'il exclut « au titre de ce chapitre » les contre-mesures entraînant la violation d'une obligation à l'égard d'un État tiers ; *a contrario*, cela semble impliquer qu'une telle violation pourrait être justifiée au titre d'un autre chapitre, dont on voit mal ce qu'il pourrait être, si ce n'est le chapitre IV sur les crimes internationaux. Le commentaire de cette disposition ne donne cependant aucune indication sur ce point (rapport de la CDI sur sa 48^e session, préc. n. 12, pp. 181-182).

(95) Ce minimalisme se retrouve dans l'ensemble des commentaires des articles relatifs aux crimes (rapport de la CDI sur sa 48^e session, préc. n. 12, pp. 188-194). À la décharge de la Commission, il faut cependant préciser que ces commentaires ont été rédigés après la démission de M. ARANGIO-RUIZ (v. *supra*, n. 23) et sans qu'un nouveau rapporteur spécial ait été nommé.

(96) *Ibid.*, p. 194.

ni la nature, ni la consistance de cette « réaction minimale », qui ressemble davantage à une véritable sanction(-répression) que les contre-mesures telles que les envisage le projet.

Il est vrai que, dans ce domaine, la critique est plus facile que la proposition. Selon le Professeur Denis Alland, ici se heurtent des « logiques inconciliables : celle de la justice privée, qui s'enracine dans la défense de droits subjectifs, celle de la défense de l'ordre public, qui s'attache à la défense du droit objectif, celle des relations juridiques interétatiques, où s'éparpille le pouvoir d'auto-appréciation » (97). Toutefois, d'une part, ces trois « logiques » ne se situent pas au même niveau : d'une part, le pouvoir d'auto-appréciation, indiscutable dès lors que l'on sort des systèmes communautaires institutionnalisés (98), s'applique à l'une comme à l'autre des deux premières situations ; d'autre part celles-ci ne sont inconciliables que si l'on fait preuve d'esprit de système et rien n'empêche la coexistence d'une logique « répressive » (dans le cas des crimes) avec une logique « inter-subjective » (dans celle des autres faits internationalement illicites) : en pratique (sinon en logique abstraite), il paraît évident qu'un génocide commis sur le territoire d'un État et par lui (qui ne porte dès lors atteinte à aucun droit subjectif propre à quelque autre État que ce soit, mais bien à ceux de la communauté internationale dans son ensemble) n'appelle pas les mêmes réactions qu'un manquement « ordinaire » au droit (99). On voit moins bien, en revanche, en quoi pourrait consister, concrètement, la réaction au crime en dehors du système du chapitre VII de la Charte ; le projet de la CDI n'aide guère à y voir plus clair à cet égard. Il a cependant le mérite de laisser entendre qu'une telle réaction est concevable, et il n'est peut-être pas possible de se montrer plus précis à l'heure actuelle (100).

27. Indiscutablement, les contre-mesures *stricto sensu* (101) relèvent, pour leur part, de la « justice privée » au service de la défense de droits subjectifs individualisés et, sauf à méconnaître le caractère encore largement prédominant de la société internationale – la juxtaposition d'États également souverains –, il ne paraît pas possible de leur reconnaître une fonction punitive en dehors de l'hypothèse des crimes (102).

(97) *Justice privée et ordre juridique international*, Pédone, Paris, 1994, p. 371 ; v., plus généralement, l'ensemble des développements, très subtils que l'auteur consacre à l'« universalisation de la qualité pour agir en contre-mesures », pp. 357-371.

(98) « Dans l'état actuel du droit international général [...], chaque État apprécie pour lui-même sa situation juridique au regard des autres États » (sentence arbitrale du 9 décembre 1978, *Accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946 (États-Unis d'Amérique/France)*, RSA, vol. XVIII, p. 483).

(99) V. *supra*, n° 16.

(100) Sauf à tomber dans la généreuse, mais politiquement contestée et juridiquement insaisissable, problématique du « devoir d'ingérence ».

(101) L'engouement traditionnel de la doctrine pour les « représailles » a connu une éclipse ; mais on assiste aujourd'hui à un vif regain d'intérêt des auteurs pour les contre-mesures. Outre l'ouvrage préc. (n. 97) de D. ALLAND, v. Elisabeth ZOLLER, *Peacetime Unilateral Remedies : An Analysis of Countermeasures*, Transnational Publishers, New York, 1984, XVIII-196 p. ; Linos A. SICILIANOS, *Les réactions décentralisées à l'illicite – Des contre-mesures à la légitime défense*, LGDJ, Paris, 1990, 532 p. ; Laurence BOISSON de CHAZOURNES, *Les contre-mesures dans les relations internationales économiques*, IUHEI-Pédone, Genève-Paris, 1992, 246 p. et les bibliographies figurant dans les troisième et quatrième rapports de G. ARANGIO-RUIZ (*Ann. CDI*, 1991 et 1992, vol. II, 1^{res} parties, pp. 2-6 et pp. 2-6).

(102) V. cependant la position d'AGO qui, à l'origine, parlait d'« exercice légitime d'une sanction » (huitième rapport, *Ann. CDI* 1979, vol. II, 1^{re} partie, pp. 40-49) et les hésitations et la réponse indécise de G. ARANGIO-RUIZ dans le chapitre III de son troisième rapport (« Fonctions et finalités des mesures » – *Ann. CDI* 1991, pp. 15-17).

Discutées et amendées jusqu'au jour même précédant l'adoption du projet (103), les dispositions les règlementant (articles 47 à 50) ont suscité des débats passionnés, à la mesure de l'enjeu, qui est à la fois juridique et « doctrinal », et politique. Derrière les contre-mesures se profilent en effet les rapports de puissance entre les États. Généralisant la position de la CIJ à propos de l'intervention, on pourrait dire qu'elles apparaissent « comme la manifestation d'une politique de force qui, dans le passé, a donné lieu aux abus les plus graves... » et qui est « réservée par la nature des choses aux États les plus puissants » (104). Se fondant sur ces constatations, un certain nombre de membres de la Commission ont estimé qu'elles ne sauraient dès lors « trouver aucune place dans le droit international », ni, en tout cas, dans le projet sur la responsabilité des États.

Pour séduisant qu'il puisse paraître *prima facie*, le raisonnement n'emporte pas la conviction : si ses prémisses sont exactes – et elles le sont –, il est infiniment préférable de tenter de réglementer l'usage qui peut être fait de la puissance en réponse à un fait internationalement que de la laisser produire ses effets en dehors de la sphère du droit. Encore faut-il bien sûr que les conditions mises au recours aux contre-mesures soient suffisamment strictes pour décourager les abus ou, au moins, empêcher leur justification juridique. Tel n'est pas, loin s'en faut, le cas des règles énoncées par la CDI, même si les amendements qui lui ont été apportés *in extremis* les rendent plus acceptables.

28. Comme le précise l'article 30, une contre-mesure est une « mesure *légitime d'après le droit international* » prise en vue de riposter à un fait internationalement illicite. Toute réaction à l'illicite n'est donc pas légitime et seul le droit international peut légitimer le recours aux contre-mesures. Telle est la raison pour laquelle la rédaction initialement proposée par le rapporteur spécial pour ce qui allait devenir l'article 47 (105), puis celle retenue par le Comité de rédaction (106), n'étaient pas satisfaisantes : l'une et l'autre présentaient le recours aux contre-mesures comme un « droit » (dont l'exercice était, il est vrai, subordonné à un certain nombre de conditions). Ainsi se serait trouvée établie une présomption choquante de licéité des contre-mesures, consacrant formellement le droit des États de se faire justice à eux-mêmes.

En réaction contre cette position, une proposition d'amendement, faite en 1996, visait à inverser la présomption en partant du principe selon lequel les contre-mesures étaient *interdites* sauf si les conditions posées à l'article 48 étaient remplies (107). Bien qu'elle eût reçu l'appui d'un nombre important de membres de la Commission, cette proposition fut battue en brèche par une formule de compromis, adoptée de guerre lasse, qui ne présente les contre-mesures ni comme un droit ni comme une exception à une interdiction, mais, de façon neutre et à l'image de l'article 30, comme un « fait ». Ainsi se présente le texte de l'article 47, paragraphe 1.

(103) V. A/CN.4/SR.2457, 11 juillet 1996.

(104) CIJ, arrêt du 9 avril 1949, *Détroit de Corfou*, Rec. 1949, p. 35.

(105) Dans son quatrième rapport, *Ann. CDI* 1992, vol. II, 1^{re} partie, p. 23.

(106) V. *Ann. CDI*, 1994, vol. II, 2^e partie, n. 454, p. 160.

(107) V. A/CN.4/SR.2455 (9 juillet 1996), p. 15. Ce procédé était directement inspiré de celui de l'article 33, paragraphe 1, à propos de la nécessité : « L'état de nécessité *ne peut pas* être invoqué [...] à moins que : ... ».

Il va de soi que, davantage que ce problème de présentation, importent les conditions mises par le projet au recours à des contre-mesures. Tel est l'objet de certaines précisions figurant dans le paragraphe 1 de l'article 47 lui-même (108) et dans les articles 49 à 50. Elles sont de deux sortes : de fond et de procédure.

29. Les conditions de fond sont les suivantes :

1° L'article 50 ne pose pas de problèmes particuliers. On peut simplement remarquer que cette longue énumération de « contre-mesures interdites » (disposition qui n'est nécessaire que du fait de la présomption implicite de licéité initialement retenue) n'est probablement pas utile : la menace ou l'emploi de la force interdits par la Charte, les mesures de contrainte économique ou politique, les atteintes à l'inviolabilité diplomatique ou consulaire et les dérogations « aux droits de l'homme fondamentaux » (*sic*), mentionnés aux alinéas a) à d), constituent autant de violations de règles de *jus cogens* et l'alinéa e), qui exclut « tout autre comportement contrevenant à une norme impérative du droit international général », eût suffi à cet effet. Peut-être d'ailleurs serait-il préférable de dire que l'on ne peut riposter par un crime ni à un délit, ni même à un crime.

2° Aux termes de l'article 47, paragraphe 1, les contre-mesures ne peuvent viser qu'à un seul but : « inciter » l'État auteur du fait internationalement illicite « à s'acquitter de ses obligations au titre des articles 41 à 46 » relatifs à la cessation du fait illicite, à la réparation et aux assurances et garanties de non-répétition, aussi longtemps qu'il ne s'en est pas acquitté, « et pour autant que cela soit nécessaire ». Ceci peut paraître restrictif et rigoureux ; on peut douter que ce le soit vraiment. En ne mentionnant pas l'exigence d'un dommage né, actuel et irrémédiable, consistant dans une atteinte concrète à un droit subjectif, cette disposition ouvre la porte à bien des abus : en invoquant l'existence d'un dommage moral, voire « juridique » si l'expression a un sens (109), un État puissant peut justifier à peu près toute mesure de riposte à un manquement au droit et s'ériger ainsi en gardien du droit et en redresseur de torts. Ce n'est pas la fonction légitime des contre-mesures.

3° Quant à l'article 49 (« Proportionnalité »), le principe qu'il pose ne suscite évidemment pas d'objection. On remarque cependant que l'expression « hors de proportion » relève d'une conception peu exigeante de la proportionnalité (110).

Chacune des dispositions brièvement analysées ci-dessus est acceptable isolément. Le malaise que l'on ressent tient plutôt à ce que la Commission, chaque fois qu'un choix lui était ouvert, a choisi la solution la plus laxiste, celle qui ouvrait le plus largement la porte aux contre-mesures. L'accumulation de ces choix peut inquiéter.

30. S'agissant de certains membres de la CDI, ceci est le résultat d'une position délibérée, favorable par principe aux contre-mesures. Mais le ral-

(108) V. également l'article 47, paragraphe 3, qui exclut les contre-mesures portant atteinte aux droits d'un État tiers ; v. *supra* n. 94.

(109) V. *supra* n° 9.

(110) Le commentaire reconnaît d'ailleurs que « [l]a Commission a opté pour une conception souple du principe de la proportionnalité » (Rapport de la CDI sur sa 47^e session, Assemblée générale, *Doc. off.*, Suppl. n° 10, A/50/10, p. 157).

liement d'autres membres à ces solutions laxistes tient plutôt à la confiance, probablement excessive et utopique, qu'ils plaçant dans les garanties procédurales pour éviter les excès.

Tel a été le cas de l'ancien rapporteur spécial qui, dès son troisième rapport, le premier consacré aux contre-mesures, écrivait : « Si l'État lésé est tenu en droit de mettre en œuvre des moyens de règlement déterminés, cela constitue une autre limitation de sa faculté de recourir à des mesures unilatérales ; et la reconnaissance d'une telle restriction – *de lege lata* ou *de lege ferenda* – contribuerait de façon non négligeable à réduire les conséquences indésirables d'une détermination et d'une application unilatérales du droit à réparation au sens large dans un milieu aussi peu organisé que celui de la 'société des États' (111). »

De cette croyance, est résulté un mécanisme, aussi lourd qu'irréaliste, de règlement des différends, qui fait l'objet de la troisième partie du projet, et dont le déclenchement constitue, aux termes de l'article 48, à la fois la condition du recours à des contre-mesures (paragraphe 2) et de leur suspension si l'État auteur du fait internationalement illicite le met en œuvre de bonne foi et si le manquement a cessé (paragraphe 3).

31. Ce système appelle deux remarques.

En premier lieu, l'État qui recourt à des contre-mesures a « le beau rôle » puisqu'il peut maintenir celles-ci aussi longtemps que le fait (prétendument) illicite perdure. Son auteur ne peut obtenir leur levée qu'en cédant à ce qui apparaît comme une véritable injonction sans contrepartie. Sans doute si, à l'issue de la procédure, le tribunal arbitral lui donne raison, pourra-t-il reprendre le comportement contesté, mais, entre temps, il aura dû y mettre fin. Ce « *bonus* » à l'État qui prend les contre-mesures est aussi une prime à la puissance : il est improbable que le Tchad puisse beaucoup espérer intimider les États-Unis (ou la France) en les menaçant de contre-mesures...

En second lieu et surtout, s'il était accepté, le mécanisme de la troisième partie serait, assurément de nature à limiter les « abus de contre-mesures » (sous réserve de la remarque précédente), mais il est fort improbable – et c'est une litote – qu'il ait la moindre chance de l'être comme en témoigne l'accueil pour le moins réservé ~~que lui ont réservé les~~ États au sein de la Sixième Commission lors de la quarante-huitième session de l'Assemblée générale. Tout on la déplorant – car les intentions de la CDI et de son rapporteur spécial étaient les meilleures du monde –, on comprend cette réaction.

Le mécanisme envisagé par la troisième partie est extrêmement contraignant et son adoption généralisée entraînerait une novation radicale du système juridique international :

– classiquement, l'article 54 impose le recours à la négociation ; il n'y a rien à redire à cette exigence, mais elle n'ajoute rien au droit commun du règlement des différends ;

– il en va de même de l'article 55 qui envisage la possibilité de bons offices ou d'une médiation ;

– les articles 56 et 57 sont déjà plus audacieux puisqu'ils instituent, pour *tous* les différends concernant l'application du projet une conciliation

(111) *Ann. CDI* 1991, vol. II, 1^{re} partie, p. 19 ; v. aussi le quatrième rapport, *Ann. CDI*, vol. II, 1^{re} partie, p. 22.

obligatoire organisée de manière assez classique par l'annexe I sur le modèle de celle instituée par l'annexe à la Convention de 1969 sur le droit des traités (qui ne porte que sur les litiges relatifs à l'application ou l'interprétation de la partie V de la Convention);

– mais ce sont surtout les articles 58 à 60 et l'annexe II qui attirent l'attention et tranchent radicalement avec le droit commun puisqu'ils proposent le recours à l'arbitrage en cas d'échec de la conciliation et l'imposent si le différend concerne la mise en œuvre de contre-mesures.

Cette limitation ne doit pas abuser : l'application de ce mécanisme pourrait en effet obliger à soumettre pratiquement *tous* les différends internationaux à l'arbitrage. Il n'est guère de litige qui ne puisse être ramené à un problème de responsabilité (112). Certes, après quelques hésitations (113), la CDI a limité l'innovation majeure constituée par l'obligation d'arbitrage aux différends concernant les contre-mesures; mais il suffit à un État de prendre, fût-ce très artificiellement, des contre-mesures, pour « pousser à l'arbitrage » ce qui revient, en définitive, à en généraliser la possibilité.

32. L'utopie même du système déséquilibre toute la partie du projet consacrée aux contre-mesures : celle-ci repose sur l'idée que le laxisme des conditions de fond (114) est compensé par les contraintes procédurales; mais il est évident que tout l'édifice s'écroule si celles-ci sont abandonnées. Comme elles ne paraissent guère acceptables, c'est ce qui risque fort de se produire... Au surplus et de toutes manières, si, miraculeusement, l'arbitrage obligatoire passait le cap d'une hypothétique conférence diplomatique et était conservé dans une non moins hypothétique future convention, qui entrerait effectivement en vigueur entre un nombre significatif d'États, les arbitres n'en seraient pas moins tenus, *in fine*, de mettre en œuvre les dispositions substantielles de celle-ci. Si elles sont identiques à celles du projet, elles élèvent des barrières insuffisantes contre les contre-mesures abusives, qu'elles justifient trop largement.

Il est vrai cependant qu'une autre adjonction de dernière minute (115), adoptée le jour même où la présomption de validité des contre-mesures avaient été écartées (116), constitue probablement le garde-fou procédural le plus crédible contre la mise en œuvre de mesures de riposte à l'illicite illégitimes. Cet amendement, qui s'est traduit par l'ajout d'un paragraphe 1 à l'article 48 impose en effet à l'État lésé de s'acquitter de l'obligation de négocier « *avant* d'entreprendre des contre-mesures ».

Il s'agit là d'une précision importante qui empêche (ou devrait empêcher) les États puissants de mener une politique du fait accompli. Sans doute, cette exigence est-elle tempérée par la faculté ouverte à l'État lésé d'adopter les « mesures conservatoires qui sont nécessaires pour préserver ses droits », mais, aussi regrettable que puisse être, dans l'abstrait, cette possibilité, elle

(112) « There seems to be no topic that is not embraced by 'State responsibility'. It covers, in the view of some, the law of every substantive obligation » (Rosalyn HIGGINS, « International Law and the Avoidance, Containment and Resolution of Disputes – General Course on Public International Law », *RCADI* 1991-V, vol. 230, p. 215).

(113) Dans la version initiale de son cinquième rapport (A/CN.4/453), G. ARANGIO-RUIZ semblait envisager l'application de ce mécanisme à tous les différends sur un point quelconque du projet.

(114) *V. supra*, n° 29.

(115) Cf. A/CN.4/SR.2456 (10 juillet 1996).

(116) *V. supra*, n° 28.

est dictée par le réalisme : il peut se produire des hypothèses où l'exigence d'un délai viderait de toute substance la possibilité pour un État lésé de recourir à des contre-mesures efficaces ; dans ces circonstances (117), la rapidité peut être la seule garantie de l'efficacité, et il ne serait pas raisonnable d'imposer des négociations préalables. Il est, en revanche très fâcheux que l'article 48, paragraphe 1, du projet n'impose aucune condition particulière à cette faculté d'adopter des mesures conservatoires.

33. Chimérique du fait des contraintes excessives qu'il prétend imposer aux États dans le domaine des contre-mesures, le mécanisme de règlement des différends est, en revanche, abusivement souple dans d'autres domaines particuliers et, surtout, en matière de qualification de crime d'un fait internationalement illicite

Sans doute l'absence de mécanisme institutionnel chargé d'effectuer cette détermination correspond-elle à la règle générale dans l'ordre international où, en l'absence d'organe investi du pouvoir de dire le droit, c'est à chaque État qu'il appartient d'apprécier les manquements au droit en ce qui le concerne (118). Toutefois, si cette carence est « théoriquement normale », elle est difficilement acceptable dès lors que les intérêts essentiels de la communauté internationale dans son ensemble sont en cause : il semble logique et nécessaire que l'existence d'un crime soit appréciée le plus objectivement possible par un tiers impartial, dans l'intérêt tant de la ou des victimes que de l'État qui serait injustement accusé d'un tel comportement.

Il est vrai que les Nations Unies, dont on peut légitimement considérer qu'elles représentent la communauté internationale organisée, sont dotées de moyens de constatation et de répression des manquements les plus graves au droit international. C'est ce qui avait conduit le Professeur Arangio-Ruiz à préconiser, dans son septième rapport, le recours à un mécanisme compliqué de détermination de l'existence des crimes internationaux, qui aurait fait intervenir l'Assemblée générale, le Conseil de sécurité et la CIJ (119). Trop lourd, trop lent, probablement incompatible avec la Charte, ce mécanisme a été écarté par la Commission.

Plus simplement, un groupe important de membres de la CDI a suggéré d'insérer dans le projet un article prévoyant à la charge des États parties à un différend concernant l'existence d'un crime de recourir au tribunal prévu par la troisième partie du projet pour arbitrer les différends relatifs aux contre-mesures (120). Cette proposition poursuivait les mêmes objectifs que l'article 66 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (121), qui confie à un tribunal arbitral ou à la CIJ compétence pour trancher les différends relatifs à l'existence ou à l'application d'une norme de *jus cogens*. En outre, pour éviter les excès, cette proposition prévoyait un « filtre » par une commission de conciliation, dont l'intervention était destinée à éviter à un État accusé à tort de crime l'oppresse d'un procès injustifié.

(117) Qui se produisent surtout en matière commerciale et financière.

(118) V. *supra*, n. 98, la sentence arbitrale du 9 décembre 1978.

(119) Doc. A/CN.4/469, pars. 100-112, pp. 39-42 et Add.1, p.4.

(120) Doc. ILC (XLVIII)/CRD.4/Add.1. V. aussi le commentaire de l'article 51 du projet d'articles dans le Rapport de la Commission sur les travaux de sa 48^e session (préc. n. 12, pars. 9-12, p. 190).

(121) V. déjà en ce sens le 5^e rapport de R. AGO, *Ann. CDI* 1976, vol. II, 1^{re} partie, par. 152, p. 56.

Pour des raisons obscures (122), la Commission a décidé de ne pas se prononcer dans l'immédiat sur cette proposition qui a cependant le mérite, au même titre que l'article 66 de la Convention de Vienne, de prévoir l'institution d'un mécanisme impartial de détermination d'institutions juridiques dont la mise en œuvre intéresse la communauté internationale dans son ensemble.

**

34. Bien que ce soit inhabituel, il n'est pas critiquable que la CDI ait souhaité assortir son projet d'articles de propositions relatives au règlement des différends. Mais, mal conçues, pêchant tantôt par excès, tantôt par omission, celles-ci risquent fort d'être particulièrement « contre-productives » et d'effrayer les États, déjà méfiants à l'encontre d'un projet porteur d'une vision d'avenir qui met davantage l'accent sur une solidarité internationale encore balbutiante que sur les vieux schémas « westphaliens » des relations inter-étatiques.

Sur ce point, qui devrait n'être que secondaire et n'est en tout cas pas au cœur du projet, la Commission serait, assurément, bien inspirée de ne pas s'accrocher, en seconde lecture, à des schémas idéalistes qui entachent la crédibilité de son œuvre et de s'en tenir à des solutions plus réalistes dont l'efficacité serait moins improbable (123). Il serait en effet désastreux d'hypothéquer la réussite de l'œuvre entreprise par une « maladresse généreuse ».

La seconde lecture du projet devrait être l'occasion de préoccupations plus sérieuses, dont la principale devrait probablement être de « re-sourcer » l'ensemble, d'en assurer la cohérence par un retour à l'inspiration visionnaire d'Ago quelque peu mise à mal – bien que pas complètement délaissée – par la suite, sans jamais oublier que si la codification est indissociable du développement du droit, la CDI n'a pour mission que de le développer *progressivement*. La « révolution » dont Roberto Ago a été le très talentueux inspirateur était uniquement « conceptuelle »; grâce à elle, des solutions raisonnablement novatrices ont pu voir le jour, mais, comme naguère la consécration du *jus cogens* par la Convention de Vienne, elles se sont bornées à l'énoncé normatif de progrès d'ores et déjà largement amorcés dans la réalité internationale.

De cette « révolution » des esprits, encore inachevée, la distinction entre crimes et délits est la plus remarquable manifestation et c'est probablement la limite extrême d'un développement progressif du droit international. Si la Commission, qui doit s'imposer, à peine de ridicule, d'achever la seconde lecture du projet dans les cinq ans à venir, sait tenir cet équilibre nécessaire entre l'audace et le progrès, elle aura servi utilement le droit international.

Avril 1997.

(122) V. les comptes rendus des séances des 11 et 12 juillet 1996, A/CN.4/SR.2458 et 2459.

(123) Ce serait le cas si, s'inspirant des solutions retenues par les articles 65 et 66 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (qui peuvent être améliorées et dépassées, mais raisonnablement), le projet prévoyait, i/ une obligation généralisée de conciliation obligatoire, ii/ moyennant certaines conditions, le recours à l'arbitrage obligatoire (ou à la CIJ) pour les différends concernant l'existence de crimes internationaux, et iii/ le cas échéant, un protocole facultatif allant dans le même sens pour ce qui est du règlement de différends concernant d'autres catégories de problèmes, y compris, par exemple, la mise en œuvre de contre-mesures.