



Assemblée générale

Distr.
LIMITÉE

A/CN.4/L.608/Add.3
17 juillet 2001

FRANÇAIS
Original: ANGLAIS

COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL
Cinquante-troisième session
Genève, 23 avril-1^{er} juin et 2 juillet-10 août 2001

**PROJET DE RAPPORT DE LA COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL
SUR LES TRAVAUX DE SA CINQUANTE-TROISIÈME SESSION**

Rapporteur: M. Qizhi He

CHAPITRE V

**LA RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT POUR FAIT
INTERNATIONALEMENT ILLICITE**

Additif

- E. Texte du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite
(*suite*)
2. Texte du projet d'articles et commentaires y relatifs (*suite*)

CHAPITRE V

CIRCONSTANCES EXCLUANT L'ILLICÉITÉ

1) Le chapitre V définit six circonstances excluant l'illicéité d'un comportement qui, par ailleurs, ne serait pas conforme aux obligations internationales de l'État considéré. L'existence dans un cas déterminé d'une circonstance excluant l'illicéité conformément aux dispositions du présent chapitre permet à un État de se protéger contre une accusation de violation d'une obligation internationale qui serait par ailleurs fondée. Les six circonstances sont les suivantes: consentement (art. 20), légitime défense (art. 21), contre-mesures (art. 22), force majeure (art. 23), détresse (art. 24) et état de nécessité (art. 25). L'article 26 indique clairement qu'aucune de ces circonstances ne saurait être invoquée s'il en résultait un conflit avec une norme impérative du droit international général. L'article 27 traite de certaines conséquences de l'invocation d'une de ces circonstances.

2) Conformément à l'approche retenue pour les articles, les circonstances excluant l'illicéité définies dans le chapitre V sont d'application générale. Sauf disposition contraire¹, elles s'appliquent à tout fait internationalement illicite, que l'illicéité soit due à la violation par un État d'une obligation découlant d'une règle du droit international général, d'un traité, d'un acte unilatéral ou de toute autre source. Elles n'ont pas pour effet d'annuler ou d'éteindre l'obligation; elles constituent plutôt un fait justificatif ou une excuse de l'inexécution tant que subsistent les circonstances en cause. C'est ce qu'a souligné la Cour internationale de Justice dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*. La Hongrie faisait valoir que l'illicéité de son comportement, à savoir l'interruption des travaux sur le projet en violation de ses obligations en vertu du traité de 1977, était exclue par l'état de nécessité. Répondant à l'argument de la Hongrie, la Cour a déclaré:

«L'état de nécessité allégué par la Hongrie - à le supposer établi - ne pourrait donc permettre de conclure qu'... elle aurait agi conformément à ses obligations en vertu du traité de 1977 ou que ces obligations auraient cessé de la lier. Il permettrait seulement d'affirmer que, compte tenu des circonstances, la Hongrie n'aurait pas engagé sa responsabilité internationale en agissant comme elle l'a fait². »

¹ Par exemple, une disposition d'un traité spécifiant le contraire, qui constituerait une *lex specialis* au regard de l'article 55.

² *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, C.I.J. Recueil 1997, p. 39, par. 48.

Il faut donc faire une distinction entre l'effet des circonstances excluant l'illicéité et l'extinction de l'obligation elle-même. Les circonstances prévues au chapitre V jouent plus comme un bouclier que comme une épée. Comme l'a noté Fitzmaurice, lorsque l'une des circonstances excluant l'illicéité s'applique, «la non-exécution n'est pas seulement justifiée, elle représente en fait une sorte de "transition" vers une reprise de l'exécution dès que les facteurs causant et justifiant cette non-exécution auront disparu...³».

3) Cette distinction ressort clairement des décisions rendues par des tribunaux internationaux. Dans la sentence arbitrale rendue dans l'affaire du *Rainbow Warrior*, le tribunal a estimé qu'il fallait appliquer à la fois le droit des traités et le droit de la responsabilité de l'État, le premier afin de déterminer si le traité était toujours en vigueur, et le second afin de déterminer les conséquences de toute violation du traité lorsqu'il était en vigueur, y compris la question de savoir si l'illicéité du comportement en cause était exclue⁴. Dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, la Cour a déclaré:

«[M]ême si l'existence d'un état de nécessité est établie, il ne peut être mis fin à un traité sur cette base. L'état de nécessité ne peut être invoqué que pour exonérer de sa responsabilité un État qui n'a pas exécuté un traité. Même si l'on considère que l'invocation de ce motif est justifiée, le traité ne prend pas fin pour autant; il peut être privé d'effet tant que l'état de nécessité persiste; il peut être inopérant en fait, mais il reste en vigueur, à moins que les Parties n'y mettent fin d'un commun accord. Dès que l'état de nécessité disparaît, le devoir de s'acquitter des obligations découlant du traité renaît⁵.»

4) Si les mêmes faits peuvent constituer, par exemple, une situation de force majeure au sens de l'article 23 et une situation rendant l'exécution impossible au sens de l'article 61 de la Convention de Vienne sur le droit des traités⁶, les deux situations sont distinctes. La force majeure justifie la non-exécution de l'obligation tant que la circonstance existe; la survenance d'une situation rendant l'exécution impossible justifie qu'il soit mis fin au traité ou que

³ Fitzmaurice, «Quatrième rapport sur le droit des traités», *Annuaire ... 1959*, vol. II, p. 41.

⁴ *Rainbow Warrior (New Zealand/France)*, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XX (1990), p. 251 et 252, par. 75.

⁵ *C.I.J. Recueil 1997*, p. 63, par. 101; voir aussi p. 38, par. 47.

⁶ Convention de Vienne sur le droit des traités, 23 mai 1969, Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 1155, p. 331.

l'application de ce dernier soit suspendue conformément aux conditions énoncées à l'article 61. La première a une incidence sur l'obligation en question, la seconde sur le traité qui est à la source de cette obligation. Le champ d'application des deux théories est différent, de même que leur mode d'application. La force majeure excuse la non-exécution pour le moment, mais la survenance d'une situation rendant l'exécution impossible ne met pas fin automatiquement à un traité: il faut qu'une telle décision soit prise par au moins l'une des parties.

5) On peut faire remonter le concept de circonstances excluant l'illicéité aux travaux du Comité préparatoire de la Conférence de La Haye de 1930. Parmi ses bases de discussion⁷, le Comité avait énuméré deux «circonstances dans lesquelles l'État peut décliner sa responsabilité», à savoir la légitime défense et les représailles⁸. Le Comité a estimé que la mesure dans laquelle la responsabilité de l'État se trouvait engagée dans le contexte de la protection diplomatique pouvait également varier selon que la personne lésée avait ou non adopté une «attitude provocatrice» (Base de discussion n° 19), et qu'un État ne pouvait être tenu responsable des dommages causés par ses forces armées «réprimant une insurrection, une émeute ou des troubles» (Base de discussion n° 21). Toutefois, ces questions n'ont jamais été définitivement tranchées.

6) La catégorie des circonstances excluant l'illicéité a été développée par la Commission du droit international dans le cadre de ses travaux sur la responsabilité internationale pour les dommages causés aux étrangers⁹ et l'exécution des traités¹⁰. En l'occurrence, la question des excuses à la non-exécution de traités a été laissée hors du champ d'application de la Convention de Vienne sur le droit des traités. La question relève du droit de la responsabilité des États.

⁷ *Annuaire ... 1956*, vol. II, p. 223 à 226.

⁸ *Ibid.*, p. 225. Les questions soulevées par la clause Calvo et l'épuisement des recours internes étaient traitées sous la même rubrique.

⁹ *Annuaire ... 1958*, vol. II, p. 75. Pour l'examen des circonstances proposées par García Amador, voir le premier rapport de ce dernier sur la responsabilité des États, *Annuaire ... 1956*, vol. II, p. 204 à 209 et son troisième rapport sur la responsabilité des États, *Annuaire ... 1958*, vol. II, p. 52 à 57.

¹⁰ Fitzmaurice, «Quatrième rapport sur le droit des traités», *Annuaire ... 1959*, vol. II, p. 45 à 48, et commentaire, p. 64 à 75.

7) Les circonstances excluant l'illicéité doivent être distinguées d'autres arguments qui pourraient à voir pour effet de permettre à un État d'éviter de voir sa responsabilité engagée. Elles n'ont rien à voir avec les questions de la compétence d'une cour ou d'un tribunal à l'égard d'un différend ni de la recevabilité d'une demande. Il faut les distinguer des conditions constitutives de l'obligation, c'est-à-dire des éléments qui doivent exister pour que la question de l'illicéité se pose, et qui sont en principe spécifiées par l'obligation elle-même. En ce sens, les circonstances excluant l'illicéité ont, dans les systèmes juridiques internes, valeur d'exceptions ou d'excuses, et les circonstances définies au chapitre V sont reconnues, souvent sous la même dénomination, par de nombreux systèmes juridiques¹¹. En revanche, il n'y a pas d'approche commune de ces circonstances en droit interne, et les conditions et limites énoncées au chapitre V ont été élaborées de manière indépendante.

8) Les articles ne traitent pas de questions de compétence des cours ou tribunaux, et ils ne traitent pas non plus de questions de preuve ni de charge de la preuve. Dans un différend bilatéral portant sur la responsabilité d'un État, la charge d'établir la responsabilité incombe en principe à l'État qui allègue la responsabilité. Cependant, si un comportement contraire à une obligation internationale est imputable à un État et que cet État cherche à éluder sa responsabilité en invoquant une circonstance relevant du chapitre V, la situation change et la charge de justifier ou d'excuser son comportement pèse alors sur cet État. De fait, il arrive souvent que seul cet État ait pleinement connaissance des faits qui pourraient excuser l'inexécution de son obligation.

9) Le chapitre V définit les conditions excluant l'illicéité actuellement reconnues en droit international général¹². D'autres situations ont été exclues. Par exemple, l'exception d'inexécution (*exceptio inadimpleti contractus*) est surtout perçue comme reflétant l'interprétation de certaines obligations réciproques ou synallagmatiques et non comme une règle autonome de droit international¹³. Le principe selon lequel un État ne saurait tirer avantage de

¹¹ Voir l'étude comparée de C. von Bar, *The Common European Law of Torts*, vol. 2 (Munich, Beck, 2000), p. 499 à 592.

¹² Pour l'effet de la contribution de l'État lésé ou d'une autre entité au préjudice, voir art. 39 et commentaire. Cela n'exclut pas l'illicéité, mais intéresse la détermination de l'ampleur et de la forme de la réparation.

¹³ Comparer les opinions respectivement individuelle et dissidente des juges Hudson et Anzilotti dans l'affaire des *Prises d'eau à la Meuse (Pays-Bas c. Belgique)*, 1937, C.P.J.I. série A/B n° 70,

son propre fait illicite peut avoir des conséquences dans le domaine de la responsabilité des États, mais il s'agit d'un principe général plutôt que d'une circonstance particulière excluant l'illicéité¹⁴. La théorie dite des «mains propres» a été principalement invoquée à propos de la recevabilité de demandes devant des cours et tribunaux internationaux, mais rarement appliquée. Il n'y a pas lieu non plus de l'inclure ici¹⁵.

Article 20

Consentement

Le consentement valable d'un État à la commission par un autre État d'un fait donné exclut l'illicéité de ce fait à l'égard du premier État pour autant que le fait reste dans les limites de ce consentement.

Commentaire

- 1) L'article 20 reflète le principe fondamental de droit international relatif au consentement, dans le contexte particulier de la première partie. Conformément à ce principe, le consentement donné par un État à un comportement déterminé d'un autre État exclut l'illicéité de ce fait à l'égard de l'État qui a consenti, à condition que le consentement soit valable et dans la mesure où le comportement reste dans les limites du consentement donné.
- 2) Il arrive quotidiennement que des États consentent à ce que d'autres États commettent un fait qui, sans ce consentement, constituerait la violation d'une obligation internationale.

p. 50 et 77. Voir en outre Fitzmaurice, «Quatrième rapport sur le droit des Traités», *Annuaire ...* 1959, vol. II, p. 43 à 49; D. W. Greig, «*Réciprocity, Proportionality and the Law of Treaties*», *Virginia Journal of International Law*, vol. 34 (1994), p. 295; et pour une étude comparée, G. H. Treitel, *Remedies for Breach of Contract. A Comparative Account* (Oxford, Clarendon Press, 1987), p. 245 à 317. Pour la relation entre l'exception d'inexécution et les contre-mesures, voir ci-dessous le commentaire relatif à la troisième partie, chap. II, par. 4.

¹⁴ Voir, par exemple, *Usine de Chorzów, compétence, 1927, C.P.J.I. série A n° 9*, p. 31; cf. *Projet Gabčíkovo-Nagymaros, C.I.J. Recueil 1997*, p. 67, par. 110.

¹⁵ Voir J. J. A. Salmon, «Des mains propres comme condition de recevabilité des réclamations internationales», *A.F.D.I.*, vol. 10 (1964), p. 225; A. Miaja de la Muela, «Le rôle de la condition des mains propres de la personne lésée dans les réclamations devant les tribunaux internationaux», in *Mélanges offerts à Juraj Andrassy* (La Haye, Martinus Nijhoff, 1968), p. 189, et l'opinion dissidente du juge Schwebel dans l'*Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, *Fond, C.I.J. Recueil 1986*, p. 392 à 394.

Parmi les exemples simples, on peut citer le passage par l'espace aérien ou les eaux intérieures d'un État, l'établissement d'installations sur son territoire ou la conduite de recherches ou d'enquêtes officielles sur ce territoire. Mais il faut faire une distinction entre le consentement à l'égard d'une situation particulière ou d'un comportement particulier, et le consentement à l'égard de l'obligation sous-jacente elle-même. Dans le cas d'un traité bilatéral, les États parties peuvent à tout moment convenir de mettre fin au traité ou d'en suspendre l'application, auquel cas les obligations résultant du traité seront du même coup éteintes ou suspendues¹⁶. Mais indépendamment de cette possibilité, les États ont le droit de dispenser le débiteur de l'exécution d'une obligation qui leur est due individuellement, ou, de manière générale, d'autoriser un comportement qui, à défaut d'une telle autorisation, serait illicite à leur égard. Dans de tels cas, l'obligation primaire continue de régir les relations entre les deux États, mais elle est déplacée pour l'occasion considérée ou aux fins du comportement particulier en raison du consentement donné.

3) Le consentement à la commission d'un fait par ailleurs illicite peut être donné par un État à l'avance, voire au moment où le fait est commis. Par contre, les cas dans lesquels le consentement est donné après la commission du fait sont plutôt considérés comme une forme de renonciation ou d'acquiescement, conduisant à la perte du droit d'invoquer la responsabilité. Cette question est traitée à l'article 45.

4) Pour exclure l'illicéité, le consentement à la non-exécution d'une obligation dans un cas particulier doit être «valable». La question de savoir si le consentement a été valablement donné relève de règles de droit international extérieures au cadre de la responsabilité des États. Il s'agit notamment de savoir si l'organe ou la personne qui a donné le consentement était habilité à le faire au nom de l'État (et s'il ne l'était pas, si le défaut d'habilitation était connu ou aurait dû être connu de l'État qui agit), ou si le consentement a été vicié par la contrainte ou quelque autre facteur¹⁷. De fait, la question peut se poser de savoir si l'État pouvait valablement donner son consentement.

¹⁶ Convention de Vienne sur le droit des traités, 23 mai 1969, Nations Unies, Recueil des traités, vol. 1155, p. 331, art. 54 *b*.

¹⁷ Voir, par exemple, la question du consentement autrichien à l'*Anschluss* de 1938, qui a été traitée par le Tribunal de Nuremberg. Le Tribunal a conclu que l'Autriche n'avait pas donné son

La référence à un «consentement valable», à l'article 20, met en évidence la nécessité, dans certains cas, d'envisager ces questions.

5) La question de savoir si une personne ou une entité particulière était habilitée à donner le consentement dans un cas déterminé se distingue de celle de savoir si le comportement de cette personne ou entité était attribuable à l'État aux fins du chapitre II. La question s'est posée, par exemple, de savoir si le consentement exprimé par une autorité régionale pouvait légitimer l'envoi de troupes étrangères dans le territoire d'un État ou si seul le Gouvernement central de cet État pouvait donner un tel consentement, et on ne peut régler ces questions en disant que les faits de l'autorité régionale sont attribuables à l'État en vertu de l'article 4¹⁸. Dans d'autres cas, la «légitimité» du Gouvernement qui avait donné le consentement a été mise en cause. On a parfois soulevé la question de la validité du consentement donné parce que ce consentement était exprimé en violation des dispositions pertinentes du droit interne. Ces questions dépendent des règles du droit international qui se rapportent à la manifestation de la volonté de l'État, ainsi qu'aux règles de droit interne auxquelles renvoie, dans certains cas, le droit international.

6) La question de savoir qui est habilité à consentir à une dérogation à une règle particulière peut dépendre, au moins dans une certaine mesure, de la règle considérée. Consentir à la perquisition des locaux d'une ambassade est une chose, consentir à l'établissement d'une base militaire sur le territoire d'un État en est une autre. Différents responsables ou organes peuvent être habilités à exprimer le consentement dans différents contextes, conformément aux dispositions prises par chaque État et aux principes généraux concernant les pouvoirs effectifs et apparents. Mais en tout état de cause, il faut respecter certaines modalités pour que le consentement soit réputé valable. Le consentement doit être librement donné et clairement établi. Il doit être effectivement exprimé par l'État et ne peut être simplement présumé au motif que l'État aurait donné son consentement

consentement et que même si elle l'avait donné, elle l'aurait fait sous la contrainte; cela n'aurait donc pas excusé l'annexion. Voir *International Military Tribunal for the Trial of German Major War Criminals*, jugement du 1^{er} octobre 1946, reproduit dans *A.J.I.L.*, vol. 41 (1947); p. 172, p. 192 à 194.

¹⁸ Cette question s'est posée à propos de l'envoi de troupes belges dans la République du Congo en 1960. Voir *Documents officiels du Conseil de sécurité, quinzième année, 873^e séance*, 13 et 14 juillet 1960, et notamment l'intervention du représentant de la Belgique, par. 186 à 188 et 209.

si on le lui avait demandé. Le consentement peut être vicié par l'erreur, le dol, la corruption ou la contrainte. À cet égard, les principes relatifs à la validité du consentement dans le cas des traités fournissent des orientations.

7) L'exigence d'un consentement valable appelle l'attention sur les conditions préalables d'un tel consentement, y compris les questions de compétence, mais elle remplit aussi une autre fonction, en signalant l'existence de cas où le consentement peut ne pas avoir été valablement donné. Cette question est examinée dans le cadre de l'article 26 (respect de normes impératives), qui s'applique à l'ensemble de la cinquième partie¹⁹.

8) Parmi les exemples de consentement donné par un État qui a pour effet de rendre licites certains comportements, on peut citer la constitution de commissions d'enquête siégeant sur le territoire d'un autre État, l'exercice d'une juridiction sur des forces stationnées à l'étranger, des opérations de secours et d'assistance humanitaire et l'arrestation ou la détention de personnes en territoire étranger. Dans l'affaire *Savarkar*, le tribunal d'arbitrage a estimé que l'arrestation de Savarkar n'avait pas été de nature à porter atteinte à la souveraineté de la France parce que celle-ci, par le comportement de son gendarme qui avait aidé les autorités britanniques à procéder à l'arrestation, y avait implicitement consenti²⁰. Pour déterminer si l'article 20 s'applique à de tels cas, il peut être nécessaire de considérer la règle primaire pertinente. Par exemple, seul le chef d'une mission diplomatique peut permettre aux agents de l'État accréditaire de pénétrer dans les locaux de la mission²¹.

9) L'article 20 concerne les relations entre les deux États considérés. Dans le cas où le consentement de plusieurs États est nécessaire, le consentement d'un État n'exclut pas l'illicéité à l'égard d'un autre État²². De plus, lorsque le consentement est invoqué comme circonstance

¹⁹ Voir commentaire relatif à l'article 26, par. 6.

²⁰ *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XI (1911), p. 252 à 255.

²¹ Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, 16 avril 1961, *Nations Unies, Recueil des traités*, vol. 500, p. 95, art. 22, par. 1.

²² Le consentement de l'Autriche à la proposition d'union douanière de 1931 n'aurait pas exclu son illicéité eu égard à l'obligation qui incombait à l'Allemagne à l'égard de toutes les Parties au Traité de Versailles de respecter l'indépendance autrichienne. De même, le consentement de l'Allemagne n'aurait pas exclu l'illicéité de l'union douanière en raison de l'obligation, imposée

excluant l'illicéité, il faut montrer que le comportement entrainé dans les limites du consentement donné. Le consentement donné par un État au survol de son territoire par des avions commerciaux d'un autre État n'exclurait pas l'illicéité du survol de son territoire par des avions transportant des troupes et du matériel militaire. Le consentement au stationnement de troupes étrangères pour une durée déterminée n'exclurait pas l'illicéité du stationnement des troupes au-delà de la durée fixée²³. Ces limitations sont indiquées par l'expression «fait donné» à l'article 20 ainsi que par le membre de phrase «dans les limites de ce consentement».

10) L'article 20 n'envisage que le consentement d'un État à un comportement par ailleurs contraire à une obligation internationale. Le droit international peut aussi prendre en considération le consentement d'autres entités comme des sociétés ou des particuliers. La mesure dans laquelle les investisseurs peuvent déroger aux règles de protection diplomatique par un accord préalable prête depuis longtemps à controverse, mais la Convention de Washington de 1965 prévoit que, pour un investisseur, le fait de consentir à l'arbitrage au sens de la Convention suspend le droit de protection diplomatique de l'État dont l'investisseur est ressortissant²⁴. Les bénéficiaires des droits conférés par les traités internationaux relatifs aux droits de l'homme ne peuvent y renoncer, mais le libre consentement d'une personne peut jouer un rôle dans l'exercice de ces droits²⁵. Dans ce cas, c'est la règle particulière de droit international elle-même qui autorise ce consentement et en prévoit les effets. Au contraire, l'article 20 énonce un principe général dès lors que sont concernés l'exercice des droits et l'exécution des obligations des États.

à l'Autriche par le Traité de Saint-Germain, de maintenir sa complète indépendance. Voir *Régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche*, 1931, *C.P.J.I. série A/B n° 41*, p. 46 et 49.

²³ L'inobservation d'une condition posée au consentement ne fera pas nécessairement sortir le comportement des limites du consentement. Par exemple, le consentement d'un État au stationnement de forces sur son territoire peut être subordonné à l'obligation de verser un loyer pour l'utilisation des locaux. Le non-paiement du loyer constituerait incontestablement un fait illicite, mais il ne transformerait pas les forces stationnées en armée d'occupation.

²⁴ Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, Washington, 18 mars 1965, *Nations Unies, Recueil des traités*, vol. 575, p. 159, art. 27, par. 1.

²⁵ Voir par exemple le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 16 décembre 1966, *Nations Unies, Recueil des traités*, vol. 999, p. 171, art. 7; art.8, par. 3; art. 14, par. 1, al. g; art. 23, par. 3.

Article 21

Légitime défense

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

Commentaire

- 1) L'existence d'un principe général admettant la légitime défense comme exception à l'interdiction de l'emploi de la force dans les relations internationales est incontestée. L'article 51 de la Charte des Nations Unies consacre le «droit naturel de légitime défense» des États face à une agression armée et il est compris dans la définition de l'obligation de s'abstenir de recourir à la menace ou à l'emploi de la force énoncée à l'article 2, paragraphe 4. Ainsi, un État exerçant son droit naturel de légitime défense, tel qu'il est énoncé à l'article 51 de la Charte, ne peut en aucune manière violer l'article 2, paragraphe 4²⁶.
- 2) La légitime défense peut justifier un manquement à d'autres obligations que celles énoncées à l'article 2, paragraphe 4 de la Charte. Le droit international classique traitait ce type de problèmes dans le cadre d'un régime juridique distinct, le droit de la guerre, qui définissait l'étendue des droits des belligérants et suspendait l'application de la plupart des traités en vigueur entre eux au moment où la guerre avait éclaté²⁷. Depuis l'adoption de la Charte des Nations Unies, les déclarations de guerre sont exceptionnelles et les actions militaires menées au nom de la légitime défense le sont par des États qui sont officiellement «en paix»²⁸. La Convention de Vienne sur le droit des traités laisse ces questions de côté en stipulant, à l'article 73, qu'elle ne préjuge

²⁶ Cf. *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, C.I.J. Recueil 1996, p. 244, par. 38, et p. 263, par. 96, soulignant la licéité de l'emploi de la force en cas de légitime défense.

²⁷ Voir également A. McNair et A. D. Watts, *Legal Effects of War* (4^e éd.) (Cambridge, Cambridge University Press, 1966), p. 579.

²⁸ Dans l'affaire des *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, *exception préliminaire*, C.I.J. Recueil 1996, p. 803, il n'a pas été nié que le Traité d'amitié de 1955 était resté en vigueur en dépit des nombreuses actions menées par les forces navales américaines contre l'Iran. En l'espèce, les deux parties sont convenues que de telles opérations seraient licites dans la mesure où elles auraient été commises dans l'exercice du droit de légitime défense.

«aucune question qui pourrait se poser à proposer d'un traité ... en raison de l'ouverture d'hostilités entre États».

3) Il ne s'agit pas de dire que la légitime défense exclut l'illicéité d'un comportement dans toutes les circonstances ni à l'égard de toutes les obligations. On peut citer des exemples dans le domaine du droit international humanitaire et de la protection des droits de l'homme. Les Conventions de Genève de 1949 et le Protocole I de 1977 y relatif s'appliquent également à toutes les parties à un conflit armé international, et il en va de même pour le droit international humanitaire coutumier²⁹. Les traités relatifs aux droits de l'homme prévoient des dérogations en période d'état d'urgence, y compris pour les mesures prises dans l'exercice de la légitime défense. S'agissant des obligations résultant du droit international humanitaire et des dispositions relatives aux droits de l'homme non susceptibles de dérogation, l'illicéité d'un comportement n'est pas exclue par la légitime défense.

4) Dans l'avis consultatif qu'elle a rendu sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, la Cour internationale de Justice a fourni quelques indications sur cette question. Il s'agissait notamment de déterminer si l'emploi d'armes nucléaires devait nécessairement être considéré comme une violation des obligations relatives à la protection de l'environnement en raison des dommages massifs et durables que ces armes pouvaient causer. La Cour a déclaré:

«[...] la question n'est pas de savoir si les traités relatifs à la protection de l'environnement sont ou non applicables en période de conflit armé, mais bien de savoir si les obligations nées de ces traités ont été conçues comme imposant une abstention totale pendant un conflit armé. La Cour n'estime pas que les traités en question aient entendu priver un État de l'exercice de son droit de légitime défense en vertu du droit international, au nom des obligations qui sont les siennes de protéger l'environnement. Néanmoins, les États doivent aujourd'hui tenir compte des considérations écologiques lorsqu'ils décident de ce qui est nécessaire et proportionné dans la poursuite d'objectifs militaires légitimes. Le respect de l'environnement est l'un des éléments qui permettent de juger si une action est conforme aux principes de nécessité et de proportionnalité.»³⁰

²⁹ Comme la Cour l'a déclaré dans l'affaire de la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, *C.I.J. Recueil 1996*, p. 257, par. 79, «les règles du droit humanitaire international constituent des principes intransgressibles du droit international coutumier». Pour ce qui est des relations entre les droits de l'homme et le droit humanitaire applicable dans les conflits armés, voir *ibid.*, p. 240, par. 25.

³⁰ *C.I.J. Recueil 1996*, p. 242, par. 30.

Un État agissant dans le cadre de la légitime défense est tenu à une «abstention totale» en vertu d'une obligation internationale si cette obligation a été formulée ou conçue comme une restriction formelle, s'imposant même aux États en situation de conflit armé³¹.

5) L'article 21 a pour effet essentiel d'exclure l'illicéité du fait d'un État dans l'exercice de la légitime défense vis-à-vis d'un État agresseur. Mais il peut y avoir, dans certains cas, des effets vis-à-vis d'États tiers. Dans l'avis consultatif qu'elle a émis sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, la Cour a déclaré:

«[...] dans le cas des principes du droit humanitaire, applicable dans les conflits armés, le droit international ne laisse aucun doute quant au fait que le principe de neutralité, quel qu'en soit le contenu, qui a un caractère fondamental analogue à celui des principes et règles humanitaires, s'applique (sous réserve des dispositions pertinentes de la Charte des Nations Unies), à tous les conflits armés internationaux, quel que soit le type d'arme utilisé³².»

Le droit de la neutralité distingue entre le comportement à l'égard d'un belligérant et le comportement à l'égard d'un neutre. Mais cela ne signifie pas que les États neutres ne sont pas affectés par l'existence d'un état de guerre. L'article 21 ne dit rien des effets des mesures prises dans l'exercice du droit de légitime défense vis-à-vis des États tiers.

6) Ainsi, l'article 21 reflète la position généralement admise selon laquelle la légitime défense exclut l'illicéité d'une action menée dans les limites posées par le droit international. Il vise une mesure «prise en conformité avec la Charte des Nations Unies». De plus, le terme «licite» implique que la mesure prise respecte les obligations d'abstention totale applicables même en situation de conflit armé international, ainsi que les conditions de proportionnalité et de nécessité inhérentes au concept de légitime défense. L'article 21 exprime simplement le principe fondamental aux fins du Chapitre V, en renvoyant les questions de l'étendue et de l'application de la légitime défense aux règles primaires applicables.

³¹ Voir, par exemple, la Convention multilatérale sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles du 10 décembre 1976, *Nations Unies, Recueil des traités*, vol. 1108, p. 151.

³² *C.I.J. Recueil 1996*, p. 261, par. 89.

Article 22

Contre-mesures à l'égard d'un fait internationalement illicite

L'illicéité du fait d'un État non conforme à l'une de ses obligations internationales à l'égard d'un autre État est exclue si, et dans la mesure où, ce fait constitue une contre-mesure prise à l'encontre de cet autre État conformément au chapitre II de la troisième partie.

Commentaire

- 1) Dans certaines circonstances, la commission par un État d'un fait internationalement illicite à l'encontre d'un autre État peut justifier l'adoption par l'État lésé par ce fait de contre-mesures n'impliquant pas l'emploi de la force pour obtenir la cessation du fait et réparation du préjudice subi. L'article 22 traite de cette situation du point de vue des circonstances excluant l'illicéité.
- 2) La jurisprudence, la pratique des États et la doctrine confirment que les contre-mesures, sous réserve qu'elles répondent à certaines conditions de fond et de procédure, peuvent être légitimes. Dans l'affaire relative au projet *Gabčíkovo-Nagymaros*, la Cour internationale de Justice a admis sans équivoque qu'une contre-mesure «prise pour riposter à un fait internationalement illicite d'un autre État et ... dirigée contre ledit État»³³ peut légitimer un comportement qui sinon serait illicite, sous réserve que certaines conditions soient réunies. De même, des sentences arbitrales ont reconnu la légitimité de contre-mesures prises, en particulier dans les affaires *Nautilaa*³⁴, *Cysne*³⁵ et dans l'affaire concernant l'*accord relatif aux services aériens*³⁶.

³³ Projet *Gabčíkovo-Nagymaros* (Hongrie/Slovaquie), *C.I.J. Recueil 1997*, p. 55, par. 83.

³⁴ «*Nautilaa*» (*Responsabilité de l'Allemagne à raison des dommages causés dans les colonies portugaises du sud de l'Afrique*), *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (1928), p. 1025 et 1026.

³⁵ «*Cysne*» (*Responsabilité de l'Allemagne à raison des actes commis postérieurement au 31 juillet 1914 et avant que le Portugal ne participât à la guerre*), *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (1930), p. 1052.

³⁶ *Affaire concernant l'accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946 (États-Unis c. France)*, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVIII (1979), p. 454.

3) Dans la doctrine relative aux contre-mesures, il est parfois question de l'application d'une «sanction» ou d'une «réaction» à un fait internationalement illicite survenu antérieurement; dans le passé, les expressions les plus usitées étaient «représailles légitimes» ou, plus généralement, mesures d'«autoprotection» ou d'«auto-assistance». Le mot «sanction» a été employé pour désigner des mesures prises conformément à l'acte constitutif d'une organisation internationale, en particulier le Chapitre VII de la Charte des Nations Unies, encore que dans la Charte figure le mot «mesures» et non le mot «sanctions». Le terme «représailles» n'est plus d'usage courant dans ce contexte, parce qu'il est associé au droit des représailles armées impliquant l'emploi de la force. C'est au moins depuis l'arbitrage rendu dans l'affaire concernant l'accord relatif aux services aériens³⁷ que le mot «contre-mesures» est utilisé de préférence, et c'est celui qui a été retenu aux fins des présents articles.

4) Lorsque des contre-mesures sont adoptées conformément à l'article 22, l'exécution de l'obligation sous-jacente n'est pas suspendue, et encore moins éteinte: l'illicéité du comportement en question est alors exclue au motif qu'il constitue une contre-mesure, mais uniquement si les conditions requises pour adopter des contre-mesures sont réunies et pour la durée pendant laquelle elles le sont. Ces conditions sont énoncées dans la troisième partie du chapitre II, auquel l'article 22 renvoie. En tant que réaction au comportement internationalement illicite d'un autre État, une contre-mesure ne peut être légitimée qu'à l'égard de cet État. C'est ce qu'expriment les expressions «si, et dans la mesure où,» et «une contre-mesure prise à l'égard» de l'État responsable. Un fait dirigé contre un État tiers n'entrerait pas dans cette définition et ne saurait donc être légitimé en tant que contre-mesure. En revanche, les effets indirects d'une contre-mesure sur des tierces parties qui n'entraînent pas une violation indépendante d'une quelconque obligation due auxdites parties n'emporteront pas exclusion de la contre-mesure du champ d'application de l'article 22.

5) Une contre-mesure ne peut exclure l'illicéité que dans les rapports entre l'État lésé et l'État qui a perpétré le fait internationalement illicite. Ce principe est énoncé explicitement dans l'affaire *Cysne*, dans laquelle le Tribunal a souligné que:

³⁷ *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVIII (1979), en particulier p. 482 à 486, par. 80 à 98.

«les représailles, consistant en un acte en principe contraire au droit des gens, ne peuvent se justifier qu'autant qu'elles ont été *provoquées* par un autre acte également contraire à ce droit. *Les représailles ne sont admissibles que contre l'État provocateur*. Il se peut, il est vrai, que des représailles légitimes, exercées contre un État offensé, atteignent des ressortissants d'un État innocent. Mais il s'agira là d'une conséquence indirecte, involontaire, que l'État offensé s'efforcera, en pratique, toujours d'éviter ou de limiter autant que possible.»³⁸

En conséquence, l'illicéité du comportement de l'Allemagne à l'égard du Portugal n'était pas exclue. Comme ce comportement impliquait l'emploi de la force armée, il s'agissait davantage de représailles que de contre-mesures au sens de l'article 22. Mais le même principe s'applique aux contre-mesures, comme la Cour l'a confirmé dans l'affaire relative au projet *Gabčíkovo-Nagymaros*, lorsqu'elle a souligné que la mesure en question doit être «dirigée contre» l'État responsable³⁹.

6) Si l'article 22 existait indépendamment des autres articles, il aurait été nécessaire d'énoncer les autres conditions à réunir pour rendre une contre-mesure légitime, dont, en particulier, le critère de proportionnalité, le caractère temporaire ou réversible de la contre-mesure et la situation de certaines obligations fondamentales qui ne peuvent pas faire l'objet de contre-mesures. Ces conditions étant énumérées dans la troisième partie du chapitre II, il suffit, à l'article 22, d'y renvoyer. L'article 22 s'applique à toute action qui répond auxdites conditions pour être considérée comme étant une contre-mesure. Reste à savoir si une contre-mesure peut être adoptée par des États tiers qui ne sont pas eux-mêmes, pris individuellement, lésés par le fait internationalement illicite en question, tout en étant parties à l'obligation qui a été violée⁴⁰. Par exemple, dans le cas d'une obligation à l'égard de la communauté internationale dans son ensemble, la Cour internationale de Justice a affirmé que tous les États ont un intérêt juridique à ce qu'elle soit exécutée⁴¹. L'article 54 laisse ouverte

³⁸ *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (1930), p. 1056 et 1057 (les italiques figurent dans l'original).

³⁹ *C.I.J. Recueil 1997*, p. 55, par. 83.

⁴⁰ Pour une analyse de la distinction entre les États lésés et les autres États en droit d'invoquer la responsabilité de l'État, voir les articles 42 et 48 et les commentaires y relatifs.

⁴¹ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, deuxième phase, C.I.J. Recueil 1970*, p. 32, par. 33.

la question de savoir si n'importe quel État peut prendre des mesures pour obtenir l'exécution de certaines obligations internationales dans l'intérêt général, par opposition à son intérêt particulier en tant qu'État lésé. L'article 22 ne s'applique pas aux mesures prises en pareil cas en tant qu'elles ne remplissent pas les conditions requises pour être réputées être des contre-mesures, mais il n'exclut pas la possibilité de leur être applicable.

Article 23

Force majeure

1. L'illicéité du fait d'un État non conforme à une obligation internationale de cet État est exclue si ce fait est dû à la force majeure, c'est-à-dire à la survenance d'une force irrésistible ou d'un événement extérieur imprévu qui échappe au contrôle de l'État et fait qu'il est matériellement impossible, étant donné les circonstances, d'exécuter l'obligation.
2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas:
 - a) Si la situation de force majeure est due, soit uniquement soit en conjonction avec d'autres facteurs, au comportement de l'État qui l'invoque; ou
 - b) Si l'État a assumé le risque que survienne une telle situation.

Commentaire

- 1) La force majeure est très souvent invoquée comme motif excluant l'illicéité d'un fait d'un État⁴². Elle désigne une situation où l'État considéré est effectivement contraint d'agir d'une manière qui n'est pas conforme à ce que lui impose une obligation internationale à sa charge. La force majeure diffère de la détresse (art. 24) et de l'état de nécessité (art. 25), en ce sens que le comportement de l'État qui sinon serait internationalement illicite est involontaire ou à tout le moins ne procède en aucune manière d'un choix librement opéré.
- 2) Il n'y a force majeure excluant l'illicéité que si trois éléments sont réunis: a) le fait en question doit résulter d'une force irrésistible ou d'un événement extérieur imprévu, b) qui échappe au contrôle de l'État considéré, et c) fait qu'il est matériellement impossible, étant donné les circonstances, d'exécuter l'obligation. L'adjectif «irrésistible» qui qualifie

⁴² Voir *l'Étude du secrétariat* intitulée «Force majeure» et «cas fortuit» en tant que circonstances excluant l'illicéité: pratique des États, jurisprudence internationale et doctrine», *Annuaire ... 1978*, vol. II, première partie, p. 58.

le mot «force» est employé pour rendre l'idée de l'existence d'une contrainte à laquelle l'État n'a pas pu se soustraire ni s'opposer par ses propres moyens. L'événement extérieur «imprévu» est un événement qui n'a pas été prévu ou qui ne pouvait pas être aisément prévisible. En outre, il doit exister un lien de causalité entre la «force irrésistible» ou l'«événement extérieur imprévu» et la situation d'impossibilité matérielle, comme l'indique l'expression «dû à la force majeure ... et fait qu'il est matériellement impossible». Sous réserve du paragraphe 2, lorsque ces éléments sont réunis, l'illicéité du comportement de l'État est exclue aussi longtemps que la situation de force majeure subsiste.

3) L'impossibilité matérielle d'exécuter l'obligation qui donne lieu à une situation de force majeure peut être due à un phénomène naturel ou physique (par exemple intempéries pouvant obliger l'aéronef d'un État à se dérouter vers le territoire d'un autre État, tremblements de terre, inondations ou sécheresses) ou à une activité de l'homme (par exemple perte de contrôle sur une partie du territoire d'un État consécutive à une insurrection ou dévastation d'une zone consécutive à des opérations militaires conduites par un État tiers), ou à une combinaison de ces deux éléments. Certaines situations de détresse ou de contrainte impliquant une force imposée à un État peuvent aussi équivaloir à une situation de force majeure si elles répondent aux conditions énoncées à l'article 23. En particulier, la situation doit être à ce point irrésistible que l'État en cause n'a pas vraiment la possibilité d'échapper à ses effets. La force majeure ne s'étend pas aux circonstances dans lesquelles l'exécution d'une obligation a été rendue difficile, par exemple par une crise politique ou économique. Elle ne s'étend pas non plus aux situations dues à la négligence ou à la faute de l'État considéré⁴³, même si le préjudice lui-même qui en découle était accidentel et non intentionnel⁴⁴.

⁴³ Par exemple, dans des cas où il fut reconnu que des événements tels que les bombardements de La Chaux-de-Fonds par des aviateurs allemands, le 17 octobre 1915, et de Porrentruy par un aviateur français, le 26 avril 1917, étaient dus à la négligence de la part de leurs auteurs, les belligérants s'engagèrent à punir les coupables et à réparer les préjudices causés: *Étude du secrétariat*, par. 255 et 256.

⁴⁴ Par exemple, en 1906, un officier de la marine américaine à bord du navire des États-Unis *Chattanooga*, qui entrait dans le port chinois de Tche-fou, fut atteint par une balle tirée par un navire de guerre français et tué. Le Gouvernement des États-Unis d'Amérique obtint réparation, en faisant valoir que:

4) En élaborant ce qui devait devenir l'article 61 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, la Commission du droit international a considéré que la force majeure était une circonstance excluant l'illicéité au regard de l'exécution d'un traité, tout comme la survenance d'une situation rendant l'exécution d'un traité impossible était un motif pour mettre fin au traité⁴⁵. La même opinion a prévalu à la Conférence de Vienne⁴⁶. Mais pour préserver la stabilité des traités, la Conférence de Vienne a insisté pour limiter les cas dans lesquels l'article 61 peut être invoqué pour mettre fin à un traité. La conception de la situation de force majeure en tant que circonstance excluant l'illicéité, bien que restreinte, l'est moins que celle de l'impossibilité d'exécution comme motif pour mettre fin à un traité définie à l'article 61. C'est ce que la Cour internationale de Justice a souligné dans l'affaire relative au projet *Gabčíkovo-Nagymaros*:

«Le paragraphe 1 de l'article 61 exige qu'il y ait eu disparition ou destruction définitives d'un objet indispensable à l'exécution d'un traité pour que l'impossibilité d'exécution puisse justifier la terminaison dudit traité. Au cours de la conférence, il a été proposé d'élargir la portée de cet article jusqu'à inclure des cas tels que l'impossibilité d'effectuer certains paiements en raison de difficultés financières graves... Bien qu'il ait été admis que de telles situations pourraient exclure l'illicéité de l'inexécution, par une partie, de ses obligations conventionnelles, les États participants n'ont pas été disposés à en faire un motif d'extinction ou de suspension d'un traité et ont préféré s'en tenir à une conception plus étroite.»⁴⁷

5) Dans la pratique, dans la plupart des cas où l'«impossibilité» a été invoquée, il n'y avait pas réellement impossibilité: l'exécution avait seulement été rendue plus difficile, et la force

«Si on ne peut qualifier la disparition du lieutenant England autrement que comme accidentelle, on ne peut néanmoins la considérer comme un fait inévitable dont personne n'est responsable. En effet, on ne peut concevoir que cet accident se soit produit sans qu'un élément y ait contribué, à savoir le manque de précautions suffisantes de la part des officiers du *Dupetit Thouars* qui étaient responsables des exercices de tir et ne les ont pas arrêtés lorsque le *Chattanooga*, qui empruntait normalement le chenal, s'est trouvé dans la ligne de tir.»

Whiteman, *Damages*, vol. I, p. 221 (les italiques figurent dans l'original). Voir également l'*Étude du secrétariat*, par. 130.

⁴⁵ *Annuaire ... 1966*, vol. II, p. 278.

⁴⁶ Voir par exemple la proposition du représentant du Mexique, *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, Documents de la Conférence*, p. 197, document A/CONF.39/14, par. 531, al. a.

⁴⁷ Projet *Gabčíkovo-Nagymaros* (Hongrie/Slovaquie), *C.I.J. Recueil 1997*, p. 63, par. 102.

majeure n'a donc pas été retenue. Mais il y a eu des cas d'impossibilité matérielle, par exemple celui d'un avion d'un État qu'une avarie ou une perte de contrôle de l'appareil entraîne dans l'espace aérien d'un autre État sans l'autorisation de ce dernier. Dans les cas de ce genre, il a été admis que l'illicéité était exclue⁴⁸.

6) En dehors des incidents aériens, le principe énoncé à l'article 23 est reconnu aussi au paragraphe 3 de l'article 14 de la Convention de 1958 sur la mer territoriale et la zone contiguë⁴⁹, en ce qui concerne le droit de passage inoffensif, (par. 2 de l'article 18 de la Convention des Nations Unies de 1982 sur le droit de la mer)⁵⁰ et au paragraphe 1 de l'article 7 de la Convention du 8 juillet 1965 relative au commerce de transit des États sans littoral⁵¹. Dans ces dispositions, la relâche forcée, ou la force majeure est certes citée en tant qu'élément constitutif de la règle primaire considérée, mais son acceptation dans ces cas ne fait que confirmer l'existence d'un principe général du droit international ayant le même effet.

7) Ce principe a été également accepté dans la jurisprudence internationale. Des commissions mixtes des réclamations ont fréquemment mis en avant le caractère imprévisible d'attaques lancées par des rebelles pour rejeter la responsabilité de l'État territorial pour les dommages subis par des étrangers de ce fait⁵². En l'affaire relative à la concession des *Phares de*

⁴⁸ Voir par exemple les cas d'une intrusion accidentelle dans l'espace aérien d'un État en raison du mauvais temps et les cas de bombardement accidentel d'un territoire neutre durant la Première Guerre mondiale en raison d'erreurs de navigation, analysés dans l'*Étude du Secrétariat*, par. 250 à 256. Voir également les notes échangées par les États concernés au sujet d'incidents de pénétration d'avions militaires des États-Unis dans l'espace aérien de la Yougoslavie en 1946: États-Unis d'Amérique, *Department of State Bulletin*, vol. XV, n° 376 (15 septembre 1946), p. 502, reproduit dans l'*Étude du Secrétariat*, par. 144, et l'incident qui a provoqué la saisine de la Cour internationale de Justice en 1954: *C.I.J. Mémoires, Traitement en Hongrie d'un avion des États-Unis d'Amérique et de son équipage*, note du 17 mars 1953 au Gouvernement hongrois, p. 14.

⁴⁹ Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 516, p. 205.

⁵⁰ Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 1834, p. 4.

⁵¹ Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 597, p. 43.

⁵² Voir par exemple la décision de la Commission des réclamations États-Unis d'Amérique/Royaume-Uni, dans l'affaire *Saint Albans Raid* (affaire du Raid de Saint Albans) (1873), dans Moore, *International Arbitrations*, vol. IV, p. 4042, et *Étude du Secrétariat*, par. 339; les décisions de la Commission des réclamations États-Unis d'Amérique/Venezuela

l'Empire ottoman, un phare appartenant à une société française avait été réquisitionné par le Gouvernement grec en 1915 et avait été ultérieurement détruit par un bombardement turc. Le tribunal arbitral rejeta la réclamation française tendant à la restitution du phare en invoquant la force majeure⁵³. Dans l'affaire de *l'Indemnité russe*, le principe a été accepté, mais l'excuse de force majeure n'a pas été accueillie parce que le paiement de la dette n'était pas matériellement impossible⁵⁴. Dans l'affaire des *Emprunts serbes* et dans celle des *Emprunts brésiliens*, la Cour permanente de Justice internationale a reconnu que la force majeure était un principe général de droit, sans toutefois l'admettre en l'espèce compte tenu des faits⁵⁵. Plus récemment, dans l'affaire du *Rainbow Warrior*, la France a invoqué la force majeure comme circonstance excluant l'illicéité de son comportement qui avait consisté à retirer ses officiers de Hao et à ne pas les y renvoyer après traitement médical. Le tribunal a brièvement traité ce point:

«C'est à bon droit que la Nouvelle-Zélande affirme que l'excuse de force majeure n'est pas pertinente en l'espèce car pour qu'elle soit applicable il faut que l'impossibilité soit absolue et matérielle, et parce qu'une circonstance qui rend l'exécution plus difficile ou plus lourde ne constitue pas un cas de force majeure.»⁵⁶

8) Outre qu'elle s'applique en droit international public, la force majeure est largement admise dans les arbitrages en matière de commerce international et constitue probablement un principe général du droit⁵⁷. Elle est évoquée au chapitre V de la Convention des Nations Unies

dans les affaires *Wipperman*, dans Moore, *International Arbitration*, vol. III, p. 3039 et *Étude du secrétariat*, par. 349 et 350, et *De Brissot et consorts*, dans Moore, *International Arbitrations*, vol. III, p. 2967, et *Étude du secrétariat*, par. 352; et la décision de la Commission mixte des réclamations Royaume-Uni/Mexique dans l'affaire *Gill*, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V (1931), p. 157, et *Étude du secrétariat*, par. 463.

⁵³ *Concession des phares de l'Empire ottoman*, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII (1956), p. 219 et 220.

⁵⁴ *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XI (1912), p. 443.

⁵⁵ *Emprunts serbes*, C.P.J.I, série A n° 20 (1929), p. 33 à 40; *Emprunts brésiliens*, C.P.J.I, série A n° 21 (1929), p. 120.

⁵⁶ *Rainbow Warrior (Nouvelle-Zélande/France)*, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XX (1990), p. 253.

⁵⁷ À propos de la force majeure dans la jurisprudence du Tribunal des réclamations Iran-États-Unis d'Amérique, voir G.H. Aldrich, *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal* (Oxford, Clarendon Press, 1996), p. 306 à 320. La Cour européenne de justice a

sur les contrats de vente internationale de marchandises (Convention de Vienne de 1980 sur les ventes)⁵⁸ qui s'intitule «Dispositions communes aux obligations du vendeur et de l'acheteur». L'article 79, relatif aux empêchements inévitables, ne contient pas cette expression mais traite bien de cette question. Une partie n'est pas responsable de l'inexécution si elle prouve que cette inexécution est due...

«à un empêchement indépendant de sa volonté et que l'on ne pouvait raisonnablement attendre d'elle qu'elle le prenne en considération au moment de la conclusion du contrat, qu'elle le prévienne ou le surmonte ou qu'elle en prévienne ou surmonte les conséquences».⁵⁹

Dans les Principes des contrats commerciaux internationaux d'UNIDROIT, l'article 7.1.7 a trait à la force majeure, qui est en substance définie dans les mêmes termes que dans la Convention de 1980⁶⁰.

9) Par définition, une situation qui a été causée ou provoquée par l'État qui l'invoque n'est pas une situation de force majeure. Dans l'affaire *Libyan Arab Foreign Investment Company c. République Burundi*⁶¹, le tribunal arbitral n'a pas admis la force majeure parce que «l'impossibilité alléguée n'est pas le résultat d'une force irrésistible ou d'un événement extérieur imprévu échappant à la volonté du Burundi. En fait, l'impossibilité est le résultat d'une décision unilatérale de cet État...⁶²». De la même manière, selon l'article 61 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, l'impossibilité matérielle ne peut être invoquée en tant que motif pour mettre fin à un traité «si cette impossibilité résulte d'une violation, par la partie qui l'invoque, soit d'une obligation du traité, soit de toute autre obligation internationale à l'égard de toute

reconnu elle aussi la force majeure en tant que principe général du droit: voir par exemple l'affaire 145/85, *Denkavit Belgie NV c. Belgique*, [1987] R.C.E. 565, et l'affaire 101/84, *Commission c. Italie*, [1985] R.C.E. 2629.

⁵⁸ 11 avril 1980, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1489, p. 79.

⁵⁹ Voir P. Schlechtriem & G. Thomas, *Commentary on the United Nations Convention on the International Sale of Goods* (deuxième édition, Oxford, Clarendon Press, 1998), p. 600 à 626.

⁶⁰ Voir UNIDROIT, *Principes des contrats commerciaux internationaux* (Rome, 1994), p. 176 à 178.

⁶¹ *I.L.R.*, vol. 96 (1994), p. 279.

⁶² *I.L.R.*, vol. 96 (1994), p. 317 et 318.

autre partie au traité». Par analogie avec cette disposition, l'alinéa a du paragraphe 2 exclut le motif de la force majeure lorsque celle-ci est due, soit uniquement soit en conjonction avec d'autres facteurs, au comportement de l'État qui l'invoque. Pour que la disposition de l'alinéa a du paragraphe 2 s'applique, il ne suffit pas que l'État qui invoque la force majeure ait contribué à la situation d'impossibilité matérielle: il faut que la situation de force majeure soit «due» au comportement de l'État qui l'invoque. C'est ainsi que la force majeure peut être invoquée dans des situations où un État a pu, à son insu, contribuer à la survenance de l'impossibilité matérielle en faisant quelque chose qui considéré *a posteriori*, aurait pu être fait différemment mais qui a été fait de bonne foi et n'a pas rendu l'événement moins imprévu. Selon l'alinéa a du paragraphe 2, le rôle de l'État dans la survenance de la force majeure doit être fondamental.

10) L'alinéa b du paragraphe 2 traite des situations dans lesquelles l'État a déjà accepté le risque que survienne la force majeure, dans le cadre de l'obligation elle-même, ou encore par son comportement ou par un acte unilatéral. Cette disposition reflète le principe selon lequel la force majeure ne devrait pas excuser l'inexécution de l'obligation si l'État s'était engagé à empêcher la survenance d'une situation particulière ou avait autrement assumé un tel risque⁶³. Une fois qu'un État a accepté d'assumer la responsabilité d'un risque donné, il ne peut alors invoquer la force majeure pour se soustraire à sa responsabilité. Mais le risque doit être assumé sans équivoque et à l'égard de ceux auxquels l'obligation est due.

Article 24

Détresse

1. L'illicéité du fait d'un état non conforme à une obligation internationale de cet état est exclue si l'auteur du fait en question n'a raisonnablement pas d'autre moyen, dans une situation de détresse, de sauver sa propre vie ou celle de personnes qu'il a la charge de protéger.
2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas:
 - a) Si la situation de détresse est due, soit uniquement soit en conjonction avec d'autres facteurs, au comportement de l'État qui l'invoque; ou
 - b) Si le fait en question est susceptible de créer un péril comparable ou plus grave.

⁶³ Comme indiqué au paragraphe 31 de l'*Étude du secrétariat*, les États peuvent renoncer au droit d'invoquer la force majeure par voie d'accord. La manière la plus courante de le faire est de conclure à un accord ou de contracter une obligation pour assumer à l'avance le risque d'un événement particulier constituant un cas de force majeure.

Commentaire

1) L'article 24 traite du cas particulier où un individu dont les actes sont attribuables à l'État se trouve dans une situation de péril, soit personnellement, soit à travers des personnes qu'il a la charge de protéger. Il prévoit l'exclusion de l'illicéité du comportement adopté par l'agent de l'État dans les cas où l'agent n'avait raisonnablement pas d'autre moyen de sauver les vies en question. À la différence de ce qui se produit dans le cas des situations de force majeure, visées à l'article 23, une personne qui agit sous l'effet de la détresse n'agit pas involontairement, même si la possibilité de choix est effectivement annihilée par la situation de péril⁶⁴. Il ne s'agit pas non plus de choix entre le respect des engagements internationaux de l'État et d'autres intérêts légitimes dudit État, tels ceux qui caractérisent l'état de nécessité visé à l'article 25. L'intérêt est ici l'intérêt immédiat de sauver la vie de personnes, quelle que soit leur nationalité.

2) Dans la pratique, les situations de ce type ont surtout concerné l'entrée sur le territoire d'un État de navires ou d'aéronefs, en détresse suite à des intempéries, à des problèmes mécaniques ou à des difficultés de navigation⁶⁵. Par exemple, un avion militaire des États-Unis pénétra dans l'espace aérien yougoslave en 1946. À deux occasions, un avion militaire des États-Unis pénétra sans autorisation dans l'espace aérien yougoslave et fut attaqué par la défense aérienne yougoslave. Le Gouvernement des États-Unis souleva une protestation contre l'action yougoslave, en faisant valoir que l'aéronef n'avait pénétré dans l'espace aérien yougoslave que pour échapper à un danger extrême. Le Gouvernement yougoslave répliqua en dénonçant les violations systématiques de son espace aérien, violations qui, au vu de leur fréquence, ne pouvaient à son avis qu'être intentionnelles. Dans une note adressée ultérieurement au Département d'État américain, le chargé d'affaires yougoslave fit savoir que le Maréchal Tito avait interdit de tirer sur des avions survolant sans autorisation le territoire yougoslave, en présumant que le Gouvernement des États-Unis d'Amérique «prendrait de son côté les mesures nécessaires pour empêcher ces vols sauf dans les cas d'urgence ou de mauvais temps, pour

⁶⁴ C'est pour cette raison que les auteurs qui ont analysé cette situation ont souvent dit qu'il s'agissait d'une situation d'«impossibilité relative» d'exécuter l'obligation internationale. Voir par exemple O.J. Lissitzyn, «The Treatment of Aerial Intruders in Recent Practice and International Law», *A.J.I.L.*, vol. 47 (1953), p. 588.

⁶⁵ Voir l'*Étude du secrétariat* intitulée «“Force majeure” et “cas fortuit” en tant que circonstances excluant l'illicéité: pratique des États, jurisprudence internationale et doctrine», *Annuaire ... 1978*, vol. II, première partie, p. 58, par. 141 et 142, 252.

lesquels des arrangements pourraient être prévus sur la base d'un accord entre les autorités américaines et yougoslaves⁶⁶.» Dans sa réponse, le Secrétaire d'État américain par intérim réitéra l'assertion qu'aucun avion américain n'avait, sans autorisation préalable des autorités yougoslaves, survolé intentionnellement le territoire yougoslave «à moins d'y avoir été contraint par un cas d'urgence». Le Secrétaire d'État par intérim ajouta cependant que:

«Je suppose que le Gouvernement yougoslave reconnaît que, dans le cas où un avion et ses passagers sont mis en danger, l'avion peut s'écarter de sa route pour se mettre en sécurité, même s'il doit de ce fait survoler le territoire yougoslave sans autorisation préalable.»⁶⁷

3) La situation de détresse a été invoquée aussi dans le cas de violations des frontières maritimes. Par exemple, en décembre 1975, après que des navires de la marine britannique eurent pénétré dans les eaux territoriales islandaises, le Gouvernement britannique maintint qu'ils l'avaient fait en cherchant à se mettre à l'abri du mauvais temps, comme ils en ont le droit en vertu du droit international⁶⁸. L'Islande soutenait que la présence dans ses eaux des navires de la marine britannique n'avait pour but que de provoquer un incident, mais elle ne contesta pas le point en vertu duquel, si les navires britanniques s'étaient trouvés en situation de détresse, ils pouvaient pénétrer dans les eaux territoriales islandaises.

4) Bien qu'historiquement, la pratique concerne principalement des cas de navires et d'aéronefs en détresse, l'article 24 n'est pas limité à ces cas⁶⁹. Dans l'affaire du *Rainbow Warrior*, l'exception de détresse a été invoquée en tant que circonstance excluant l'illicéité, mais la situation de détresse ne concernait ni des navires ni des aéronefs. La France cherchait à justifier le fait d'avoir transféré les deux fonctionnaires de l'île de Hao en invoquant des

⁶⁶ États-Unis d'Amérique, *Department of State Bulletin*, vol. XV (15 septembre 1946), p. 502, reproduit dans l'*Étude du secrétariat*, par. 144.

⁶⁷ *Étude du secrétariat*, par. 145. Le même argument est développé dans le mémoire du 2 décembre 1958 déposé par le Gouvernement des États-Unis d'Amérique au greffe de la Cour internationale de Justice, dans le cadre d'un autre incident aérien: voir *C.I.J. Mémoires, incident aérien du 27 juillet 1955*, p. 225 et suiv.

⁶⁸ *Documents officiels du Conseil de sécurité, trentième année*, 1866^e séance, 16 décembre 1975. Voir *Étude du secrétariat*, par. 136.

⁶⁹ Il y a eu aussi des cas de violation d'une frontière terrestre pour sauver la vie d'une personne en danger. Voir par exemple le cas de la violation de la frontière autrichienne par des militaires italiens en 1862: *Étude du secrétariat*, par. 121.

«circonstances de détresse dans un cas d'extrême urgence faisant intervenir des considérations humanitaires élémentaires touchant les organes de l'État auteurs du fait⁷⁰». Le Tribunal a admis à l'unanimité que cette exception était recevable en principe et reconnu à la majorité qu'elle était applicable aux faits dans l'une des deux causes. À propos du principe, le Tribunal a demandé à la France d'apporter la preuve de trois éléments:

- «1. L'existence de circonstances exceptionnelles d'extrême urgence comportant des considérations médicales ou autres de nature élémentaire, sous réserve, à tout moment, qu'une prompt reconnaissance de l'existence de ces circonstances exceptionnelles soit obtenue ensuite de l'autre partie intéressée ou soit clairement démontrée;
2. Le rétablissement de la situation initiale de respect de l'affectation à Hao dès que les motifs d'urgence invoqués pour justifier le rapatriement avaient disparu;
3. L'existence d'un effort de bonne foi pour tenter d'obtenir le consentement de la Nouvelle-Zélande conformément aux dispositions de l'Accord de 1986.»⁷¹

En réalité, le danger couru par l'un des fonctionnaires, sans mettre nécessairement sa vie en péril, était réel et peut-être imminent, et n'a pas été nié par le médecin néo-zélandais qui a examiné l'intéressé ultérieurement. En revanche, dans le cas du second fonctionnaire, les justifications avancées (le besoin d'un examen médical pour cause de grossesse et le désir de rendre visite à son père mourant) ne justifiaient pas la mesure d'urgence. Ni la vie de l'agent ni celle de l'enfant n'ont été menacées à aucun moment et il existait d'excellents moyens médicaux à proximité. Le Tribunal s'est prononcé comme suit:

«De toute évidence, ces circonstances n'excluent en rien la responsabilité de la France pour le transfert du capitaine Prieur et n'excusent pas non plus la violation de ses obligations causées par la décision de ne pas ramener les deux agents à Hao (dans le cas du commandant Mafart, dès que les raisons de son transfert avaient disparu). Il s'est nettement produit là une violation de ses obligations...⁷²»

5) De nombreux traités prévoient d'ailleurs la détresse en tant que circonstance justifiant un comportement qui sinon serait illicite. Le paragraphe 3 de l'article 14 de la Convention de 1958

⁷⁰ *Rainbow Warrior (Nouvelle-Zélande/France)*, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XX (1990), p. 254 et 255, par. 78.

⁷¹ *Ibid.*, p. 255, par. 79.

⁷² *Ibid.*, p. 263, par. 99.

sur la mer territoriale et la zone contiguë reconnaît aux navires le droit de stoppage et de mouillage au cours de leur passage dans les eaux territoriales étrangères dans la mesure où l'arrêt ou le mouillage s'imposent au navire en état de détresse. Cette disposition est reprise pratiquement dans les mêmes termes au paragraphe 2 de l'article 18 de la Convention de 1982 sur le droit de la mer⁷³. Des dispositions semblables figurent dans les conventions internationales sur la prévention de la pollution en mer⁷⁴.

6) L'article 24 ne s'applique que dans les cas où la vie humaine est en danger. Dans l'affaire du *Rainbow Warrior*, le Tribunal arbitral a semblé interpréter d'une manière plus large les circonstances justifiant l'invocation de l'exception de détresse, en acceptant apparemment qu'un risque sérieux pour la santé suffirait. Le problème que pose l'élargissement de l'article 24 à des situations qui ne mettent pas réellement la vie humaine en danger est de savoir où situer le seuil. Dans le cas où un aéronef se trouve dans une situation de détresse, il ne sera normalement pas difficile d'établir l'existence d'une menace pour la vie; mais dans les autres cas, l'éventail des hypothèses est large. Compte tenu du contexte du Chapitre V et étant donné qu'il y aura vraisemblablement d'autres solutions pour les cas où il n'existe pas une menace évidente pour la vie, il ne paraît pas nécessaire d'étendre le cas de détresse au-delà du cas où il y a menace pour la

⁷³ Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, Montego Bay, 10 décembre 1982, *Nations Unies, Recueil des traités*, vol. 1834, p. 4, art. 39, par. 1 c, 98 et 109.

⁷⁴ Voir, par exemple, la Convention internationale pour la prévention de la pollution des eaux de la mer par les hydrocarbures, du 12 mai 1954, *Nations Unies, Recueil des traités*, vol. 327, p. 3, art. IV, par. 1, al. a, qui stipule que l'interdiction de déverser en mer des hydrocarbures ne s'applique pas si ce fait est «effectué par un navire pour assurer sa sécurité, éviter une avarie au navire ou à la cargaison ou sauver des vies humaines en mer». Voir également la Convention sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets et autres matières, du 29 décembre 1972, *Nations Unies, Recueil des traités*, vol. 1046, p. 137, dont le paragraphe 1 de l'article V dispose que l'interdiction de rejeter à la mer les déchets et autres matières en question ne s'applique pas «lorsqu'il est nécessaire d'assurer la sauvegarde de la vie humaine ou la sécurité des navires, aéronefs, plates-formes ou autres ouvrages en mer dans les cas ... dus ... à toutes autres causes et qui mettent en péril des vies humaines ou qui constituent une menace directe pour un navire, un aéronef, une plate-forme ou d'autres ouvrages en mer, sous réserve que l'immersion apparaisse comme le seul moyen de faire face à la menace...». Voir également la Convention pour la prévention de la pollution marine par les opérations d'immersion effectuées par les navires et aéronefs, Oslo, 15 février 1972, *Nations Unies, Recueil des traités*, vol. 932, p. 4, art. 8, par. 1; Convention internationale de 1973 pour la prévention de la pollution par les navires (MARPOL), 2 novembre 1973, *Nations Unies, Recueil des traités*, vol. 1341, p. 140, annexe 1, règle 11 a).

vie elle-même. Dans les cas où un agent de l'État se trouve dans une situation de détresse et doit agir pour sauver des vies, l'existence d'une situation de détresse doit être appréciée avec une certaine souplesse. Le critère selon lequel il n'existe «raisonnablement pas d'autre moyen» fixé à l'article 24 vise à établir un équilibre entre le souci de permettre à l'agent de choisir les moyens d'agir pour sauver des vies, d'une part, et la nécessité de limiter le champ de l'exception compte tenu de son caractère exceptionnel, d'autre part.

7) La situation de détresse ne peut être invoquée comme circonstance excluant l'illicéité que dans les cas où un agent de l'État a agi pour sauver sa vie ou dans les cas où il existe une relation spéciale entre l'organe ou l'agent de l'État et les personnes en danger. Elle ne s'applique pas aux cas d'urgence plus généraux, qui relèvent davantage de l'état de nécessité que de la détresse.

8) L'article 24 n'exclut l'illicéité du comportement qu'autant que ce comportement est nécessaire pour obvier à une situation qui menace la vie. Il ne dispense donc pas l'État ni son agent de respecter les autres obligations en vigueur (nationales ou internationales), comme l'obligation de déclarer l'arrivée aux autorités compétentes ou de fournir les renseignements pertinents sur le voyage, les passagers ou la cargaison⁷⁵.

9) Comme dans le cas de la force majeure, une situation qui a été causée ou provoquée par l'État qui l'invoque n'est pas une situation de détresse. Dans de nombreux cas, l'État qui invoque la détresse peut avoir contribué, encore qu'indirectement, à la situation. Néanmoins, la priorité devrait être accordée aux mesures à prendre pour sauver des vies, et l'alinéa a du paragraphe 2 ne prévoit le rejet de l'exception de détresse que si la situation de détresse est due, soit uniquement soit en conjonction avec d'autres facteurs, au comportement de l'État qui l'invoque.

⁷⁵ Voir *Cushin and Lewis c. R.*, [1935] Ex.C.R. 103 (un navire qui entre dans un port en état de détresse n'est pas exonéré de l'obligation de déclarer son voyage). Voir également *The Rebecca* (Commission des réclamations États-Unis d'Amérique-Mexique), *A.J.I.L.*, vol. 23 (1929), 860 (navire entré dans un port en situation de détresse; marchandise saisie pour cause d'infraction douanière; décision: l'entrée était raisonnablement nécessaire dans les circonstances et n'était donc pas une décision de convenance; la saisie est illicite); *The May c. R* [1931] S.C.R. 374; *The Ship «Queen City» c. R* [1931] S.C.R. 387; *R c. Flahaut* [1935] 2 D.L.R. 685 (application du critère d'une «détresse réelle et irrésistible»).

C'est la formule qui a été retenue pour la disposition énoncée à l'alinéa *a* du paragraphe 2 de l'article 23⁷⁶.

10) La détresse ne peut exclure l'illicéité que lorsque les intérêts que l'on cherche à protéger (par exemple la vie des passagers ou des membres de l'équipage) l'emportent indiscutablement sur les autres intérêts en jeu dans les circonstances. Si le comportement que l'on cherche à justifier met en danger davantage de vies qu'il ne peut en sauver ou s'il est susceptible de créer un péril plus grave, il ne sera pas couvert par l'exception de détresse. Par exemple, un aéronef militaire transportant des explosifs peut provoquer une catastrophe en procédant à un atterrissage forcé; un sous-marin nucléaire connaissant une grave avarie peut causer une contamination radioactive dans le port où il a mouillé. L'alinéa b du paragraphe 2 dispose que la situation de détresse ne joue pas si le fait en question est susceptible de créer un péril comparable ou plus grave. Cette disposition est conforme à la disposition du paragraphe 1, qui fixe un critère objectif: déterminer si l'agent n'avait «raisonnablement pas d'autre moyen» de sauver des vies. La notion de «péril comparable ou plus grave» doit être évaluée dans le contexte du but général qui consiste à sauver des vies.

Article 25

État de nécessité

1. Un État ne peut invoquer l'état de nécessité comme cause d'exclusion de l'illicéité d'un fait non conforme à l'une de ses obligations internationales que si ce fait:
 - a) Constitue pour l'État le seul moyen de protéger un intérêt essentiel contre un péril grave et imminent; et
 - b) Ne porte pas gravement atteinte à un intérêt essentiel de l'État ou des États à l'égard desquels l'obligation existe ou de la communauté internationale dans son ensemble.
2. En tout cas, l'état de nécessité ne peut être invoqué par un État comme cause d'exclusion de l'illicéité:
 - a) Si l'obligation internationale en question exclut la possibilité d'invoquer l'état de nécessité; ou
 - b) Si l'État qui invoque l'état de nécessité a contribué à la survenance de cette situation.

⁷⁶ Voir le paragraphe 9 du commentaire relatif à l'article 23.

Commentaire

1) L'expression «état de nécessité» est utilisée pour désigner les cas exceptionnels où le seul moyen qu'a un État de sauvegarder un intérêt essentiel menacé par un péril grave et imminent est, momentanément, l'inexécution d'une obligation internationale dont le poids ou l'urgence est moindre. Sous réserve des conditions strictement définies à l'article 25, cette circonstance est reconnue comme constituant une cause d'exclusion de l'illicéité.

2) Cette excuse de nécessité est exceptionnelle à plusieurs égards. À la différence du consentement (art. 20), de la légitime défense (art. 21) ou des contre-mesures (art. 22), elle ne dépend pas du comportement préalable de l'État lésé. À la différence de la force majeure (art. 23), elle ne concerne pas un comportement involontaire ou contraint. À la différence de la détresse (art. 24), la nécessité réside non pas dans un péril pour la vie de personnes qu'un agent de l'État a la charge de protéger, mais dans un péril grave et imminent menaçant soit les intérêts essentiels de l'État lui-même soit ceux de la communauté internationale. Elle naît de l'existence d'un conflit momentanément insoluble, entre un intérêt essentiel, d'une part, et une obligation, d'autre part, de l'État invoquant l'état de nécessité. Ces caractéristiques particulières font que l'état de nécessité ne pourra être que rarement invoqué pour excuser l'inexécution d'une obligation et que cette excuse est soumise à de strictes limitations pour prévenir les abus⁷⁷.

3) L'admission de l'état de nécessité comme cause d'exclusion de l'illicéité est largement étayée. Cette circonstance a été invoquée par des États et examinée par plusieurs juridictions internationales. Le moyen ainsi invoqué lors de ces affaires a été accepté dans son principe, ou du moins n'a pas été rejeté.

⁷⁷ L'exemple classique d'un tel abus est le cas de l'occupation du Luxembourg et de la Belgique par l'Allemagne en 1914, occupation que l'Allemagne chercha à justifier par la nécessité. Voir notamment la note présentée le 2 août 1914 par le Ministre allemand à Bruxelles au Ministre belge des affaires étrangères, dans (J. B. Scott, dir. publ., *Diplomatic Documents Relating to the Outbreak of the European War* (New York, Oxford University Press, 1916), 1^{re} partie, p. 749 et 750, et le discours au Reichstag du Chancelier allemand, von Bethmann-Hollweg, du 4 août 1914, contenant la phrase bien connue: «wir sind jetzt in der Notwehr; und Not kennt kein Gebot!» («nous sommes dans un état de nécessité, et la nécessité ne connaît pas de loi»). *Jahrbuch des Völkerrechts*, vol. III (1916), p. 728.

4) Dans un différend anglo-portugais de 1832, le Gouvernement portugais avait invoqué la nécessité urgente de pourvoir à la subsistance de certains contingents de troupes engagés dans la répression de troubles intérieurs, pour justifier l'appropriation qu'il avait faite de biens appartenant à des ressortissants britanniques, nonobstant ce que stipulait un traité. L'avis donné au Gouvernement britannique par ses conseillers juridiques fut que...

«Les traités conclus entre notre pays et le Portugal [ne sont pas] de nature si rigide et inflexible qu'ils ne puissent subir aucune modification quelles que soient les circonstances, ou que leurs dispositions doivent être respectées à la lettre, au point que le Gouvernement portugais serait privé du droit d'avoir recours aux moyens qui peuvent être absolument indispensables pour assurer la sécurité de l'État, et même pour préserver son existence. L'étendue de la nécessité capable de justifier une telle saisie des biens de sujets britanniques dépend nécessairement des circonstances de l'espèce, mais elle doit être imminente et urgente.»⁷⁸

5) L'incident de la «*Caroline*» de 1837, bien que souvent cité comme un cas de légitime défense, faisait en réalité intervenir l'excuse de nécessité à une époque où le droit régissant l'emploi de la force ne reposait pas du tout sur les mêmes bases qu'aujourd'hui. Dans cette affaire, des forces armées britanniques avaient pénétré en territoire américain et attaqué et détruit un navire appartenant à des citoyens américains qui transportait des recrues et du matériel militaire et autre destinés aux insurgés canadiens. En réponse aux protestations américaines, le Ministre de Grande-Bretagne à Washington, Fox, parla de «nécessité de légitime défense et d'autoconservation»; cette excuse fut ensuite reprise par les conseillers juridiques consultés par le Gouvernement britannique, qui déclarèrent que «le comportement des autorités britanniques» était justifié car il était «absolument nécessaire comme mesure de précaution»⁷⁹. Le Secrétaire d'État américain Webster répliqua au Ministre Fox que «rien de moins qu'une nécessité claire et absolue ne [pouvait] justifier» la commission «d'actes hostiles sur le territoire d'une puissance en état de paix», et fit remarquer que le Gouvernement britannique devait prouver que l'action de ses forces avait vraiment été provoquée par «une nécessité de légitime défense, urgente,

⁷⁸ A. D. McNair, *International Law Opinions* (Cambridge University Press, 1956), vol. II, p. 231.

⁷⁹ Voir, respectivement: W. R. Manning (dir. publ.), *Diplomatic Correspondence of the United States: Canadian Relations 1784-1860* (Washington, Carnegie Endowment for International Peace, 1943), vol. III, p. 422; A. D. McNair, dir. publ., *International Law Opinions* (Cambridge University Press, 1956), vol. II, p. 22.

irrésistible et ne laissant ni le choix des moyens ni le temps de délibérer»⁸⁰. Dans son message au Congrès du 7 décembre 1841, le Président Tyler réaffirma que

«ce gouvernement ne [pourrait] jamais autoriser aucun gouvernement étranger quel qu'il soit, sauf en cas de nécessité la plus urgente et la plus extrême, à envahir son territoire, que ce [fût] pour arrêter des personnes ayant violé le droit interne de ce gouvernement étranger ou pour détruire leurs biens...»⁸¹

L'incident ne fut clos qu'en 1842, à la suite d'un échange de lettres dans lesquelles les deux gouvernements convinrent qu'«il [était] possible que surgisse une situation de nécessité irrésistible, dans laquelle ce grand principe [pouvait] et [devait] être suspendu». «Il [devait] l'être – ajoutait Lord Ashburton, envoyé *ad hoc* du Gouvernement britannique à Washington – le moins longtemps possible pendant que subsistait une situation de nécessité impérieuse et reconnue comme telle, et uniquement dans les limites les plus étroites imposées par cette situation»⁸².

6) Lors de la controverse de 1893 concernant les «otaries à fourrure russes», l'«intérêt essentiel» à protéger d'un «péril grave et imminent» était l'environnement naturel dans une région qui n'était soumise à la juridiction d'aucun État ni à aucune réglementation internationale. Pour conjurer le danger d'extermination que faisait courir à une population d'otaries à fourrure une chasse non réglementée, le Gouvernement russe prit un décret interdisant la chasse dans une zone qui faisait partie de la haute mer. Dans une lettre du 12/24 février 1893 à l'Ambassadeur britannique, le Ministre russe des affaires étrangères expliqua que cette mesure avait été adoptée à cause de la «nécessité absolue de mesures provisoires immédiates», vu l'imminence de la saison de chasse. Il soulignait qu'il s'agissait essentiellement de mesures de précaution, prises «sous la pression de circonstances exceptionnelles»⁸³, et se déclarait prêt à conclure un accord avec le Gouvernement britannique pour régler de façon plus durable la question de la chasse des otaries dans la région.

⁸⁰ *British and Foreign State Papers*, vol. 29, p. 1129.

⁸¹ *British and Foreign State Papers*, vol. 30, p. 194.

⁸² *Ibid.*, p. 195. Voir la réponse du Secrétaire d'État Webster: *ibid.*, p. 201.

⁸³ *British and Foreign State Papers*, vol. 86, p. 220; *Étude du secrétariat*, par. 155.

7) Dans l'*Affaire de l'indemnité russe*, le Gouvernement ottoman, pour justifier son retard dans le paiement de la dette qu'il avait contractée envers le Gouvernement russe, avait invoqué entre autres raisons le fait de s'être trouvé dans une situation financière extrêmement difficile, situation qu'il décrivait par l'expression de «force majeure» mais qui revêtait plutôt les aspects de l'État de nécessité. La juridiction d'arbitrage admit le principe d'un tel moyen:

«L'exception de la force majeure, invoquée en première ligne, est opposable en droit international public aussi bien qu'en droit privé; le droit international doit s'adapter aux nécessités politiques. Le Gouvernement impérial russe admet expressément [...] que l'obligation pour un État d'exécuter les traités peut fléchir "si l'existence même de l'État vient à être en danger, si l'observation du devoir international est [...] *self-destructive*".»⁸⁴

Toutefois, de l'avis de la Cour,

«Il serait manifestement exagéré d'admettre que le paiement ou la conclusion d'un emprunt pour le paiement de la somme relativement minime d'environ 6 millions de francs due aux indemnitaires russes aurait mis en péril l'existence de l'Empire ottoman ou gravement compromis sa situation intérieure ou extérieure...»⁸⁵

Selon elle, le respect de l'obligation internationale devait être «*self-destructive*» (autodestructif) pour que soit exclue l'illicéité du comportement non conforme à cette obligation⁸⁶.

8) Dans l'affaire de la *Société commerciale de Belgique*⁸⁷, le Gouvernement grec devait de l'argent à une société belge en vertu de deux sentences arbitrales. La Belgique adressa une requête à la Cour permanente de Justice internationale pour qu'elle déclare que le Gouvernement grec, en refusant d'exécuter les sentences, violait ses obligations internationales.

Le Gouvernement grec invoqua pour sa défense la grave situation budgétaire et monétaire du

⁸⁴ Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XI p. 443, (1912); *Étude du secrétariat*, par. 394; texte anglais dans *A.J.I.L.*, vol. 7 (1913), p. 195 (les italiques sont dans l'original).

⁸⁵ Ibid.

⁸⁶ Un cas dans lequel les parties au différend ont été d'accord pour reconnaître que de très graves difficultés financières pouvaient justifier un mode d'exécution de l'obligation autre que celui qui était prévu à l'origine est celui qui concernait l'exécution de la sentence arbitrale rendue dans l'affaire des *Forêts du Rhodope central*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III, p. 1405 (1933); voir Société des Nations, *Journal officiel*, 15^e année, n° 11 (1^{re} partie) (novembre 1934), p. 1432.

⁸⁷ *Société commerciale de Belgique, 1939, C.P.J.I. série A/B n° 78*, p. 160.

pays⁸⁸. La Cour indiqua qu'il n'entraînait pas dans son mandat de dire si le Gouvernement grec était justifié à ne pas exécuter les sentences arbitrales. Elle admettait toutefois implicitement le principe de base, sur lequel les deux parties étaient d'accord⁸⁹.

9) En mars 1967, le pétrolier libérien *Torrey Canyon* s'échoua sur des rochers submergés au large de la côte de Cornouailles en dehors des eaux territoriales britanniques, et de grandes quantités de pétrole se déversèrent en mer, constituant une menace pour les côtes anglaises. Après avoir tenté en vain par divers moyens de remédier à la situation, le Gouvernement britannique décida de bombarder le navire afin de détruire par le feu le pétrole resté à bord. Cette opération fut menée avec succès. Le Gouvernement britannique n'avança aucune justification juridique de son comportement mais il insista sur l'existence d'une situation de péril extrême et fit valoir que la décision de bombarder le navire n'avait été prise qu'après échec de tous les autres moyens⁹⁰. Son action ne souleva aucune protestation internationale. Par la suite, une convention fut conclue pour couvrir les cas où, dans l'avenir, une intervention pourrait s'avérer nécessaire pour prévenir une grave pollution par les hydrocarbures⁹¹.

10) Dans l'arbitrage du *Rainbow Warrior*, le Tribunal arbitral a dit douter de l'existence d'une excuse de nécessité. Il a constaté que le projet d'article de la Commission était censé «autoriser

⁸⁸ C.P.J.I. série C n° 87, p. 141, 190; *Étude du secrétariat*, par. 278. Voir d'une manière générale, pour l'argumentation grecque relative à l'état de nécessité, *ibid.*, par. 276 à 287.

⁸⁹ *Société commerciale de Belgique, 1939, C.P.J.I. série A/B n° 78*, p. 160; *Étude du secrétariat*, par. 288. Voir aussi l'affaire des *Emprunts serbes*, dans laquelle les positions prises par les parties et la Cour sur ce point étaient très semblables: *Emprunts serbes, 1929, C.P.J.I. série A n° 20; Étude du secrétariat*, par. 263 à 268; *French Company of Venezuela Railroads, Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales*, vol. X, p. 353 (1902); *Étude du secrétariat*, par. 385 et 386. Dans son opinion individuelle sur l'*Affaire Oscar Chinn*, le juge Anzilotti a admis le principe selon lequel «la nécessité peut excuser l'inobservance des obligations internationales» mais a estimé, au vu des faits, qu'il n'était pas applicable en l'espèce: *Affaire Oscar Chinn, 1934, C.P.J.I. série A/B n° 63*, p. 113.

⁹⁰ *The «Torrey Canyon»*, Cmnd. 3246 (Londres, H.M.S.O., 1967).

⁹¹ Convention internationale sur l'intervention en haute mer en cas d'accident entraînant ou pouvant entraîner une pollution par les hydrocarbures, 29 novembre 1969, *Nations Unies, Recueil des traités*, vol. 970, p. 211.

un État à agir de manière illicite en invoquant l'état de nécessité» et a déclaré que la proposition de la Commission présentait un caractère «controversé»⁹².

11) En revanche, dans l'affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*⁹³, la Cour internationale de Justice a examiné attentivement une argumentation fondée sur le projet d'article de la Commission (actuellement art. 25), acceptant explicitement le principe qu'il consacre tout en rejetant sa pertinence dans les circonstances de l'espèce. S'agissant du principe même, la Cour a relevé que les parties s'étaient toutes deux appuyées sur ledit projet d'article, qui en donnait à leurs yeux une formulation appropriée, et a ajouté:

«La Cour considère ... que l'état de nécessité constitue une cause, reconnue par le droit international coutumier, d'exclusion de l'illicéité d'un fait non conforme à une obligation internationale. Elle observe en outre que cette cause d'exclusion de l'illicéité ne saurait être admise qu'à titre exceptionnel. Telle était aussi l'opinion de la Commission du droit international lorsqu'elle a expliqué qu'elle avait opté pour une forme négative... Ainsi, d'après la Commission, l'état de nécessité ne peut être invoqué qu'à certaines conditions, strictement définies, qui doivent être cumulativement réunies; et l'État concerné n'est pas seul juge de la réunion de ces conditions. Dans la présente affaire, les conditions de base suivantes ... sont pertinentes: un "intérêt essentiel" de l'État auteur du fait contraire à l'une de ses obligations internationales doit avoir été en cause; cet intérêt doit avoir été menacé par un "péril grave et imminent"; le fait incriminé doit avoir été "le seul moyen" de sauvegarder ledit intérêt; ce fait ne doit pas avoir "gravement porté atteinte à un intérêt essentiel" de l'État à l'égard duquel l'obligation existait; et l'État auteur dudit fait ne doit pas avoir "contribué à la survenance de l'état de nécessité". Ces conditions reflètent le droit international coutumier.»⁹⁴

12) L'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries* soulevait apparemment la question de l'état de nécessité⁹⁵. L'Organisation des pêches de l'Atlantique Nord-Ouest (OPANO) avait pris des mesures réglementaires pour protéger les stocks de poissons chevauchants mais, de l'avis

⁹² *Rainbow Warrior (New Zealand/France)*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XX, p. 253 (1990). Dans l'affaire *Libyan Arab Foreign Investment Company v. Republic of Burundi, I.L.R.*, vol. 96, p. 319 (1994), le tribunal a refusé de se prononcer sur l'opportunité d'une codification de la doctrine de l'état de nécessité, en constatant que les mesures prises par le Burundi ne semblaient pas avoir été le seul moyen dont il disposait pour protéger un intérêt essentiel d'un péril grave et imminent.

⁹³ *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, *C.I.J. Recueil 1997*, p. 7.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 40 et 41, par. 51 et 52.

⁹⁵ *Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada)*, *C.I.J. Recueil 1998*, p. 431.

du Canada, ces mesures s'étaient révélées inefficaces, pour diverses raisons. Par une loi de 1994 sur la protection des pêches côtières, le Canada a déclaré que les stocks chevauchants du Grand Banc étaient «menacés d'extinction», affirmant que la loi et ses règlements d'application avaient pour objet «de permettre au Canada de prendre les mesures d'urgence nécessaires pour mettre un terme à la destruction de ces stocks et les reconstituer». Des fonctionnaires canadiens ont par la suite arraisonné et saisi en haute mer un bateau de pêche espagnol, l'*Estai*, faisant naître un litige avec l'Union européenne et l'Espagne. Le Gouvernement espagnol a refusé d'admettre que la saisie pût être justifiée par des préoccupations de conservation «car elle viol[ait] ce qui [était] établi dans la Convention [OPANO] à laquelle le Canada [était] partie»⁹⁶. Le Canada était de l'avis contraire, et a affirmé que «l'arrestation de l'*Estai* a [vait] été rendue nécessaire pour mettre fin à la surpêche du flétan du Groenland pratiquée par les pêcheurs espagnols»⁹⁷. La Cour s'est déclarée incompétente pour connaître de l'affaire⁹⁸.

13) L'existence d'une excuse de nécessité et ses limites sont depuis longtemps un objet de controverse entre les spécialistes. La plupart des auteurs anciens acceptaient implicitement cette excuse, en l'assortissant de conditions très restrictives⁹⁹. Au XIX^e siècle, les abus auxquels

⁹⁶ Cité dans l'arrêt de la Cour: *C.I.J. Recueil 1998*, p. 443, par. 20. Pour la protestation de l'Union européenne en date du 10 mars 1995, affirmant que l'arraisonnement «ne saurait se justifier de quelque manière que ce soit», voir le mémoire du Royaume d'Espagne (septembre 1995), par. 15.

⁹⁷ Voir en outre le contre-mémoire du Canada (février 1996), par. 17 à 45.

⁹⁸ Dans un Mémoire d'accord signé entre l'Union européenne et le Canada, le Canada s'est engagé à annuler les règlements appliquant la loi de 1994 aux navires espagnols et portugais dans la zone de l'OPANO et à libérer l'*Estai*. Les parties ont expressément maintenu leurs positions respectives «sur la conformité de l'amendement apporté le 25 mai 1994 à la loi sur la protection des pêches côtières du Canada et ses règlements d'application avec le droit international coutumier et la Convention de l'OPANO» et se sont réservé la faculté «de protéger et défendre leurs droits conformément au droit international». Voir Canada-Communauté européenne, Mémoire d'accord sur la conservation et la gestion des stocks de poissons, Bruxelles, 20 avril 1995, *I.L.M.*, vol. 34, p. 1260 (1995). Voir aussi l'Accord relatif à la conservation et à la gestion des stocks de poissons dont les déplacements s'effectuent tant à l'intérieur qu'au-delà de zones économiques exclusives (stocks chevauchants) et des stocks de poissons grands migrateurs, 8 septembre 1995, A/CONF.164/37 (non encore en vigueur).

⁹⁹ Voir B. Ayala, *De jure et officiis bellicis et disciplina militari libri tres* (1582) (Washington, Carnegie Institution, 1912), vol. II, p. 135; A. Gentili, *De jure belli, libri tres* (1612) (Oxford, Clarendon Press, 1933), vol. II, p. 351; H. Grotius, *De jure belli ac pacis, libri tres* (1646)

a donné lieu cette doctrine, sous couvert des «droits fondamentaux des États» ont entraîné une réaction négative à son égard. Au XX^e siècle, le nombre d'auteurs opposés à la notion d'état de nécessité en droit international s'est accru mais l'opinion lui est demeurée globalement favorable¹⁰⁰.

14) Dans l'ensemble, la pratique des États et la jurisprudence étayent le point de vue selon lequel l'état de nécessité peut constituer une circonstance excluant l'illicéité dans certaines conditions très restrictives, et c'est ce point de vue que consacre l'article 25. La jurisprudence montre que l'état de nécessité a été invoqué pour exclure l'illicéité d'actes qui contrevenaient à une large gamme d'obligations, d'origine coutumière ou conventionnelle¹⁰¹. Il a été invoqué pour protéger des intérêts très divers, qu'il s'agisse de sauvegarder l'environnement, de préserver l'existence même de l'État et de ses ressortissants dans des situations d'urgence publique ou d'assurer la sécurité d'une population civile. Mais la possibilité d'exciper d'une telle circonstance est soumise à des conditions rigoureuses. Cela se trouve reflété à l'article 25. En particulier, pour bien marquer le caractère exceptionnel de l'état de nécessité et le souci de ne pas le voir invoquer abusivement, l'article 25 est formulé négativement («Un État ne peut invoquer ... que si»¹⁰²). Cette formulation est symétrique de celle de l'article 62 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, relatif au changement fondamental de circonstances, symétrie que l'on retrouve ensuite au paragraphe 1, qui pose deux conditions en l'absence desquelles

(Oxford, Clarendon Press, 1925), vol. II, p. 193 (*Le droit de la guerre et de la paix*, tr. par J. Barbeyrac, Leyde, Aux dépens de la Compagnie, 1759, t. I^{er}, p. 232 et suiv.); S. Pufendorf, *De jure naturae et gentium, libri octo* (1688) (Oxford, Clarendon Press, 1934), vol. II, p. 295 et 296 (*Le droit de la nature et des gens*, tr. française de J. Barbeyrac, Amsterdam, Schelte, 1706, t. I^{er}, p. 253 et 254); C. Wolff, *Jus gentium methodo scientifica pertractatum* (1764) (Oxford, Clarendon Press, 1934), vol. II, p. 173 et 174; E. de Vattel, *Le droit des gens ou Principes de la loi naturelle* (1758) (Washington, Carnegie Institution, 1916), vol. I, p. 341.

¹⁰⁰ Voir *Annuaire... 1980*, vol. II, première partie, p. 45 à 47.

¹⁰¹ D'une manière générale, sur la non-pertinence de la source de l'obligation violée, voir l'article 12 et son commentaire.

¹⁰² La Cour internationale de Justice a relevé cette formulation négative dans l'affaire du *Projet de Gabčíkovo-Nagymaros*, C.I.J. Recueil 1997, p. 40, par. 51.

l'état de nécessité ne peut être invoqué, et au paragraphe 2, qui exclut entièrement deux situations du champ de l'excuse de nécessité¹⁰³.

15) La première condition, énoncée à l'alinéa a du paragraphe 1, est que l'état de nécessité ne peut être invoqué que pour protéger un intérêt essentiel contre un péril grave et imminent. La mesure dans laquelle un intérêt donné est «essentiel» dépend de l'ensemble des circonstances, et ne peut être préjugée. Il peut s'agir d'intérêts propres à l'État et à ses ressortissants, comme d'intérêts de la communauté internationale dans son ensemble. Mais quel que soit l'intérêt en cause, ce n'est que lorsqu'il est menacé par un péril grave et imminent que cette condition est satisfaite. Dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, la Cour internationale a noté que le péril devait être objectivement établi, la seule appréhension d'un péril possible ne pouvant à cet égard suffire¹⁰⁴. Outre qu'il doit être grave, le péril doit être imminent, c'est-à-dire présenter un caractère de proximité. Cependant, comme l'a dit la Cour:

«Cela n'exclut pas ... qu'un "péril" qui s'inscrirait dans le long terme puisse être tenu pour "imminent" dès lors qu'il serait établi, au moment considéré, que la réalisation de ce péril, pour lointaine qu'elle soit, n'en serait pas moins certaine et inévitable.»¹⁰⁵

En outre, la ligne de conduite suivie doit être le «seul moyen» disponible pour protéger cet intérêt. L'excuse est irrecevable si d'autres moyens (par ailleurs licites) sont disponibles, même s'ils sont plus onéreux ou moins commodes. Ainsi, dans l'affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, la Cour n'a pas été convaincue que la suspension unilatérale et l'abandon du projet étaient la seule façon d'agir possible dans les circonstances, eu égard en particulier à l'importance des travaux déjà réalisés et des sommes dépensées pour ces travaux, et à la possibilité de remédier aux problèmes éventuels par d'autres moyens¹⁰⁶. Le terme «moyen» utilisé à l'alinéa a du paragraphe 1 ne se limite pas à l'adoption de mesures unilatérales mais peut s'entendre aussi d'autres formes d'action susceptibles d'être entreprises en coopération avec d'autres États ou par l'intermédiaire d'organisations internationales (par exemple, s'agissant

¹⁰³ Un autre cas d'exclusion, commun à toutes les circonstances excluant l'illicéité, est celui qui concerne les normes impératives: voir l'article 26 et son commentaire.

¹⁰⁴ *C.I.J. Recueil 1997*, p. 41 et 42, par. 54.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 42, par. 54.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 42 et 43, par. 55.

d'une pêcherie, l'adoption de mesures de conservation par l'entremise de l'organisme régional compétent en matière de pêche). Enfin, l'exigence de nécessité étant inhérente à l'excuse invoquée, tout comportement allant au-delà de ce qui est strictement nécessaire au but énoncé est exclu.

16) Il ne suffit pas, pour les besoins de l'alinéa *a* du paragraphe 1, que le péril soit simplement appréhendé ou qu'il ait un caractère éventuel. Mais force est d'admettre que sur les questions ayant trait, par exemple, à la conservation et à l'environnement ou à la sécurité de grands ouvrages, il existe souvent des incertitudes scientifiques, les spécialistes compétents pouvant avoir des avis divergents sur le point de savoir s'il y a péril ou dans quelle mesure le péril est grave ou imminent et si les moyens envisagés sont les seuls disponibles dans les circonstances. Par définition, l'état de nécessité suppose que le péril ne s'est pas encore matérialisé. Dans l'affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, la Cour a déclaré que l'État invoquant la nécessité ne pouvait être seul juge de l'existence de celle-ci¹⁰⁷, mais le fait qu'une certaine incertitude demeure quant à l'avenir n'interdit pas forcément à un État d'invoquer cette circonstance si le péril est clairement avéré sur la base des éléments dont on peut raisonnablement disposer au moment considéré.

17) La seconde condition requise pour pouvoir invoquer l'état de nécessité, qui est énoncée à l'alinéa b du paragraphe 1, est que le comportement en cause ne doit pas porter gravement atteinte à un intérêt essentiel de l'autre État ou des autres États concernés ou de la communauté internationale dans son ensemble¹⁰⁸. Autrement dit, le poids de l'intérêt invoqué doit être tel qu'il l'emporte sur toutes les autres considérations, non seulement du point de vue de l'État auteur du fait dont il s'agit, mais selon une appréciation raisonnable des intérêts en présence, qu'ils soient individuels ou collectifs¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Ibid., p. 40, par. 51.

¹⁰⁸ Sur l'emploi de l'expression «communauté internationale dans son ensemble», voir le commentaire de l'article 26, par. 5).

¹⁰⁹ Dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, la Cour a affirmé la nécessité de tenir compte de tout intérêt concurrent de l'autre État concerné: *C.I.J. Recueil 1997*, p. 46, par. 58.

18) Outre les conditions énoncées au paragraphe 1 de l'article 25, le paragraphe 2 fixe deux limites à la possibilité d'invoquer l'état de nécessité, qui sont d'application générale, ainsi qu'il ressort des mots «en tout cas». L'alinéa a du paragraphe 2 vise les cas où la possibilité d'invoquer l'état de nécessité par l'obligation internationale en cause est exclue explicitement ou implicitement. Ainsi, certaines conventions humanitaires applicables aux conflits armés excluent expressément la possibilité d'invoquer une nécessité militaire. D'autres, sans exclure explicitement l'excuse de nécessité, sont destinées à s'appliquer dans des situations anormales de péril pour l'État responsable et mettent manifestement en jeu ses intérêts essentiels: en pareil cas, l'impossibilité d'invoquer la nécessité découle clairement de l'objet et du but de la règle énoncée.

19) Aux termes de l'alinéa b du paragraphe 2, l'État responsable ne peut invoquer l'état de nécessité s'il a contribué à la survenance de cette situation. Ainsi, dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, la Cour a considéré que la Hongrie ayant «contribué, par action ou omission, à la survenance» de l'état de nécessité allégué, elle ne pouvait plus faire valoir cet état comme cause d'exclusion de l'illicéité¹¹⁰. L'alinéa b du paragraphe 2 n'interdit à l'État d'invoquer la nécessité que si sa contribution à la survenance de la situation de nécessité est substantielle et non pas simplement accessoire ou secondaire. L'alinéa b du paragraphe 2 est formulé en termes plus catégoriques que les alinéas a des paragraphes 2 de l'article 23 et de l'article 24, parce que la nécessité doit être plus étroitement délimitée.

20) Tel qu'il est conçu à l'article 25, l'état de nécessité n'est pas censé être invoqué à propos de comportements qui sont en principe réglés par les obligations primaires. Ce point revêt une importance particulière à propos des règles relatives à l'emploi de la force dans les relations internationales et de la question de la «nécessité militaire». Dans un petit nombre de cas, l'état de nécessité a certes été invoqué pour justifier une action militaire à l'étranger, notamment dans le contexte d'interventions présentées comme humanitaires¹¹¹. Mais la licéité ou l'illicéité de telles

¹¹⁰ Ibid, p. 46, par. 57.

¹¹¹ Ainsi, en 1960, la Belgique a invoqué la nécessité pour justifier son intervention militaire au Congo. La question a été débattue au sein du Conseil de sécurité, mais non sous l'angle de l'excuse de nécessité en tant que telle. Voir: *Documents officiels du Conseil de sécurité, quinzième année*, 873^e séance, 13/14 juillet 1960, par. 144, 182, 192; 877^e séance, 20/21 juillet 1960, par. 31 et suiv., par. 142; 878^e séance, 21 juillet 1960, par. 23, 65;

actions doit être déterminée par référence au paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies ainsi qu'aux règles primaires qui lui sont associées. La question de savoir si des mesures d'intervention humanitaire assorties de l'usage de la force et n'ayant pas la sanction du Chapitre VII ou VIII de la Charte des Nations Unies peuvent être légitimes au regard du droit international moderne n'entre pas dans le champ de l'article 25¹¹². Il en va de même pour la doctrine de la «nécessité militaire», critère qui est à la base même d'une série de règles de fond du droit de la guerre et de la neutralité et qui est en outre expressément prévu par un grand nombre de dispositions conventionnelles du droit international humanitaire¹¹³. Dans les deux cas, même si des considérations voisines de celles qui sous-tendent l'article 25 peuvent intervenir, il en sera tenu compte dans le contexte de la formulation et de l'interprétation des obligations primaires¹¹⁴.

879^e séance, 21/22 juillet 1960, par. 80 et suiv., 118, 151. Pour l'incident de la «*Caroline*», voir par. 5 ci-dessus.

¹¹² Voir aussi l'article 26 et son commentaire au sujet des comportements violant une norme impérative et de leur exclusion générale du champ des circonstances excluant l'illicéité.

¹¹³ Voir par exemple l'alinéa g de l'article 23 du Règlement de La Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre (annexé à la Convention II de 1899 et à la Convention IV de 1907), qui interdit de détruire des propriétés ennemies «sauf les cas où ces destructions ou ces saisies seraient impérieusement commandées par les nécessités de la guerre»: J.B. Scott (dir. pub.), *The Proceedings of the Hague Peace Conferences* (New York, Oxford University Press, 1920), vol. I, p. 623. De même, le paragraphe 5 de l'article 54 du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949, relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), du 8 juin 1977 (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1125, p. 3), paraît autoriser les attaques contre des biens indispensables à la survie de la population civile si «des nécessités militaires impérieuses» l'exigent.

¹¹⁴ Voir par exemple M. Huber, «Die kriegsrechtlichen Verträge und die Kriegsraison», *Zeitschrift für Völkerrecht*, vol. VII (1913), p. 351; D. Anzilotti, *Corso di diritto internazionale* (Rome, Athenaeum, 1915), vol. III, p. 207; C. de Visscher, «Les lois de la guerre et la théorie de la nécessité», *R.G.D.I.P.*, vol. XXIV (1917), p. 74; N.C.H. Dunbar, «Military necessity in war crimes trials», *B.Y.I.L.*, vol. 29 (1952), p. 442; C. Greenwood, dans: *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts* (D. Fleck, dir. pub.) (Oxford, Oxford University Press, 1995), p. 30 à 33; Y. Dinstein, «Military Necessity», dans: *Encyclopedia of Public International Law*, vol. III (R. Bernhardt, dir. pub.) (Amsterdam, North Holland, 1997), p. 395 à 397.

Article 26

Respect de normes impératives

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

1) Selon l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, tout traité qui est en conflit avec une norme impérative du droit international général est nul. Selon l'article 64, un traité antérieur qui est en conflit avec une norme impérative nouvelle devient nul et prend fin¹¹⁵ La question se pose de savoir quelles incidences ces dispositions peuvent avoir dans les matières faisant l'objet du chapitre V.

2) Fitzmaurice, en sa qualité de Rapporteur spécial sur le droit des traités, a fondé son traitement de cette question sur une condition implicite de «maintien de la compatibilité avec le droit international», déclarant:

«Une obligation conventionnelle dont l'observation est incompatible avec une nouvelle règle ou interdiction du droit international (*jus cogens*) justifie (et exige même) la non-exécution de cette obligation conventionnelle... Le même principe vaut lorsque, postérieurement à la conclusion du traité, des circonstances surviennent qui font jouer une règle existante du droit international, laquelle ne s'appliquait pas à la situation telle qu'elle existait au moment de la conclusion du traité.»¹¹⁶

La Commission n'a pas toutefois proposé d'article particulier sur cette question en plus des articles 53 et 64 de la Convention elle-même.

3) Lorsqu'il y a un conflit apparent entre des obligations primaires, dont l'une a un caractère impératif en ce sens qu'elle découle directement pour un État d'une norme impérative du droit international général, il est évident que l'obligation impérative doit prévaloir. Les processus d'interprétation et d'application devraient permettre de résoudre de telles questions sans qu'il soit besoin de recourir aux règles secondaires de la responsabilité des États. En théorie, il est concevable

¹¹⁵ Convention de Vienne sur le droit des traités, 23 mai 1969, *Nations Unies, Recueil des traités*, vol. 1155, p. 331, art. 64. Voir aussi le paragraphe 5 de l'article 44, selon lequel, dans les cas relevant de l'article 53, la division des dispositions du traité n'est pas admise.

¹¹⁶ Fitzmaurice, «Quatrième rapport sur le droit des traités», *Annuaire ... 1959*, vol. II, p. 47. Voir aussi Rosenne, *Breach of Treaty* (Cambridge, Grotius, 1984), p. 63.

qu'un conflit puisse survenir ultérieurement entre une obligation conventionnelle à première vue licite et d'objet innocent et une norme impérative. Si un tel cas se présentait, il serait excessif d'annuler l'ensemble du traité en cause simplement parce que son application dans le cas considéré n'a pas été prévue. Mais, dans la pratique, il ne semble pas que de telles situations se soient produites¹¹⁷. Même si le cas venait à se poser, les normes impératives du droit international général génèrent de puissants principes d'interprétation qui devraient permettre de résoudre la totalité ou la plupart des conflits apparents.

4) Il apparaît néanmoins souhaitable de faire ressortir clairement que les circonstances excluant l'illicéité prévues au chapitre V de la première partie n'autorisent ni n'excusent aucune dérogation à une norme impérative du droit international général. Ainsi, il n'est pas permis à un État prenant des contre-mesures de déroger à une telle norme: un génocide, par exemple, ne saurait justifier un contre-génocide¹¹⁸. De même, la nécessité ne peut excuser la violation d'une norme impérative. On pourrait incorporer ce principe en termes exprès dans chacun des articles du chapitre V mais il est plus économique, en même temps que plus approprié eu égard au caractère prépondérant de cette catégorie de normes, d'énoncer ce principe fondamental séparément. D'où l'article 26, qui précise qu'aucune disposition du chapitre V ne peut exclure l'illicéité d'un fait quelconque d'un État qui ne serait pas conforme à une obligation découlant d'une norme impérative du droit international général¹¹⁹.

5) Les critères à appliquer pour identifier les normes impératives du droit international général sont exigeants. Selon l'article 53 de la Convention de Vienne, la norme considérée doit non seulement satisfaire à tous les critères régissant sa reconnaissance en tant que norme du droit

¹¹⁷ Pour une possible analogie, voir les remarques de M. Lauterpacht, juge ad hoc, dans l'affaire de l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, mesures conservatoires, ordonnance du 13 septembre 1993, C.I.J. Recueil 1993*, p. 439 à 441. La Cour n'a pas abordé ces questions dans son ordonnance.

¹¹⁸ Comme l'a noté la Cour internationale dans son ordonnance sur les demandes reconventionnelles dans l'affaire de l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, «en aucun cas une violation de la Convention ne pourrait servir d'excuse à une autre violation de celle-ci»: *Application de la Convention sur la prévention et la répression du crime de génocide, demandes reconventionnelles, C.I.J. Recueil 1997*, p. 258, par. 35.

¹¹⁹ Par commodité, cette limitation est à nouveau énoncée à propos des contre-mesures dans la troisième partie, au chapitre II. Voir l'article 50 et son commentaire, par. 10 à 12.

international général, obligatoire à ce titre, mais en outre être reconnue comme impérative par la communauté internationale des États dans son ensemble. Jusqu'à présent, assez peu de normes impératives ont été reconnues comme telles. Mais diverses juridictions, nationales et internationales, ont affirmé l'idée de normes impératives dans des contextes ne se limitant pas à la validité de traités¹²⁰. Les normes impératives qui sont clairement acceptées et reconnues sont les interdictions de l'agression, du génocide, de l'esclavage, de la discrimination raciale, des crimes contre l'humanité et de la torture, ainsi que le droit à l'autodétermination¹²¹.

6) Du point de vue terminologique, il suffit de parler de «la communauté internationale dans son ensemble», plutôt que de reprendre la formule «la communauté internationale des États dans son ensemble» qui est utilisée dans le contexte particulier de l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. L'insertion des mots «des États», dans cet article de la Convention de Vienne, était destinée à souligner l'importance primordiale qu'ont les États dans la formation du droit international, et notamment dans l'établissement d'obligations internationales de caractère impératif. La Cour internationale, quant à elle, a utilisé dans l'affaire de la *Barcelona Traction* la formule «communauté internationale dans son ensemble»¹²², et cette formule est souvent employée dans des traités et autres instruments internationaux dans le même sens qu'à l'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'article 25¹²³.

¹²⁰ Voir par exemple les décisions rendues par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dans l'affaire IT-95-17/1-T, *Le Procureur c. Anto Furundzija*, jugement du 10 décembre 1998, *I.L.M.*, vol. 38 (1999), p. 317, et par la Chambre des lords britannique dans l'affaire *R v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte (n° 3)* [1999] 2 All ER 97, particulièrement p. 108 et 109 et 114 et 115 (Lord Browne-Wilkinson). Cf. *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, *C.I.J. Recueil 1996*, p. 257, par. 79.

¹²¹ *Timor oriental (Portugal c. Australie)*, *C.I.J. Recueil 1995*, p. 102, par. 29.

¹²² *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, arrêt, deuxième phase*, *C.I.J. Recueil 1970*, p. 32, par. 33.

¹²³ Voir par exemple: Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques, 14 décembre 1973, *Nations Unies, Recueil des traités*, vol. 1035, p. 167, 3^e alinéa du préambule; Convention internationale contre la prise d'otages, 17 décembre 1979, *Nations Unies, Recueil des traités*, vol. 1316, p. 205, 4^e alinéa du préambule; Convention pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime, Rome, 10 mars 1988 (OMI, document SUA/CON/15), *I.L.M.*, vol. 27 (1988), p. 665, 5^e alinéa du préambule; Convention sur la sécurité du personnel

7) Selon l'article 26, les circonstances excluant l'illicéité ne peuvent servir à justifier ou excuser l'inobservation par un État des obligations qui lui incombent en vertu d'une règle impérative du droit international général. L'article 26 ne s'intéresse pas à la question de savoir s'il y a eu préalablement, dans le cas considéré, semblable inobservation. Ce point présente une pertinence particulière à propos de certains articles du chapitre V. Un État ne peut exonérer un autre État de l'obligation de se conformer à une norme impérative, concernant par exemple le génocide ou la torture, que ce soit par traité ou autrement. Mais, pour l'application de certaines normes impératives, le consentement d'un État particulier peut être pertinent. Par exemple, un État peut valablement consentir à une présence militaire étrangère sur son territoire dans un but licite. Quant à déterminer dans quelles circonstances un tel consentement est donné valablement, cela relève, là encore, d'autres règles du droit international, et non des règles secondaires de la responsabilité des États¹²⁴.

Article 27

Conséquences de l'invocation d'une circonstance excluant l'illicéité

L'invocation d'une circonstance excluant l'illicéité conformément au présent chapitre est sans préjudice:

- a) Du respect de l'obligation en question si, et dans la mesure où, la circonstance excluant l'illicéité n'existe plus;
- b) De la question de l'indemnisation de toute perte effectivement causée par le fait en question.

Commentaire

1) L'article 27 est une clause «sans préjudice» qui traite de certaines conséquences de l'invocation de circonstances excluant l'illicéité en vertu du chapitre V. Il s'articule autour

des Nations Unies et du personnel associé, 9 décembre 1994 (A/RES/49/59), 3^e alinéa du préambule; Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif, 15 décembre 1997, A/RES/52/164, 10^e alinéa du préambule; Statut de Rome de la Cour pénale internationale, 17 juillet 1998 (A/CONF.183/9), 9^e alinéa du préambule; Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, 9 décembre 1999 (A/RES/54/109), ouverte à la signature le 10 janvier 2000, 9^e alinéa du préambule.

¹²⁴ Voir le commentaire de l'article 20, par. 4 à 7.

de deux questions. En premier lieu, il indique clairement que les circonstances excluant l'illicéité n'affectent pas en tant que telles l'obligation sous-jacente, de sorte que si la circonstance n'existe plus, l'obligation est à nouveau pleinement en vigueur et son effet est pleinement restauré.

En deuxième lieu, il fait mention de la possibilité d'une indemnisation dans certains cas. L'article 27 est présenté sous forme de clause «sans préjudice» parce que, s'agissant du premier point, il se peut que les faits qui dénotent l'existence d'une circonstance excluant l'illicéité et que cela ait aussi pour effet de mettre fin à l'obligation et, s'agissant du deuxième point, il n'est pas possible de préciser de manière générale à quel moment l'indemnisation doit être versée.

2) L'alinéa a de l'article 27 pose la question de savoir ce qui arrive lorsqu'une condition faisant obstacle au respect d'une obligation n'existe plus ou cesse progressivement de s'appliquer. Il en ressort clairement que le chapitre V a uniquement pour effet d'exclure l'illicéité dans certaines circonstances. Une fois que et dans la mesure où une circonstance excluant l'illicéité cesse d'exister, ou cesse d'avoir un effet exonératoire pour une raison quelconque, l'obligation en question (à supposer qu'elle soit toujours en vigueur) devra de nouveau être observée, et l'État dont l'inobservation antérieure a été excusée devra agir en conséquence. Les mots «et dans la mesure où» sont destinés à couvrir les situations dans lesquelles les conditions empêchant le respect de l'obligation disparaissent progressivement et permettent de l'exécuter partiellement.

3) Ce principe a été affirmé par le Tribunal arbitral dans l'affaire du *Rainbow Warrior*¹²⁵ et encore plus clairement par la Cour internationale de Justice dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*¹²⁶. Lorsqu'elle a examiné l'argument de la Hongrie, qui faisait valoir que l'état de nécessité constituait une circonstance excluant l'illicéité du comportement qu'elle avait adopté en cessant tous travaux sur le projet, la Cour a fait observer:

«[M]ême si l'existence d'un état de nécessité est établie, il ne peut être mis fin à un traité sur cette base. L'état de nécessité ne peut être invoqué que pour exonérer de sa responsabilité un État qui n'a pas exécuté un traité. Même si l'on considère que l'invocation de ce motif est justifiée, le traité ne prend pas fin pour autant; il peut être privé d'effet tant que l'état de nécessité persiste; il peut être inopérant en fait, mais il reste

¹²⁵ *Rainbow Warrior (Nouvelle Zélande/France)*, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XX (1990), p. 251 et 252, par. 75.

¹²⁶ *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, *C.I.J. Recueil 1997*, p. 7.

en vigueur, à moins que les parties n'y mettent fin d'un commun accord. Dès que l'état de nécessité disparaît, le devoir de s'acquitter des obligations découlant du traité renaît.»¹²⁷

Il peut arriver que les circonstances particulières qui excluent l'illicéité constituent simultanément, une base suffisante pour mettre fin à l'obligation sous-jacente. Ainsi, une violation d'un traité justifiant des contre-mesures peut être «substantielle» au sens de l'article 60 de la Convention de Vienne de 1969 et autoriser l'extinction du traité par l'État lésé. Inversement, l'obligation peut être pleinement rétablie ou son effet peut être pleinement restauré en principe, mais il faut régler les modalités de la reprise de son exécution. Ce ne sont pas là des aspects que le projet d'article 27 peut régler, sauf à prévoir que l'invocation de circonstances excluant l'illicéité est sans préjudice «du respect de l'obligation en question, si, et dans la mesure où, la circonstance excluant l'illicéité n'existe plus». Ici, l'expression «respect de l'obligation en question» s'entend également de la cessation du comportement illicite.

4) L'alinéa b de l'article 27 énonce une réserve au sujet de l'indemnisation éventuelle des dommages dans les cas visés par le chapitre V. Bien que le mot «indemnisation» y soit employé, cet alinéa ne traite pas de l'indemnisation dans le cadre de la réparation d'un comportement illicite, qui fait l'objet de l'article 34. Il porte plutôt sur la question de savoir si un État qui invoque une circonstance excluant l'illicéité devrait néanmoins réparer toute perte effectivement subie par tout État lésé directement. Il est fait référence à une «perte effectivement subie» ce qui est plus restrictif que la notion de dommage que l'on trouve dans d'autres articles: l'article 27 ne traite que de la réparation des pertes qui peuvent se produire lorsqu'une des parties invoque une circonstance visée au chapitre V.

5) L'alinéa b énonce une condition légitime, dans certains cas, pour permettre au premier État de se prévaloir d'une circonstance excluant l'illicéité. En l'absence d'une telle possibilité, l'État dont le comportement serait normalement illicite pourrait faire supporter à un État tiers innocent le coût de la défense de ses propres intérêts ou préoccupations. La Hongrie a accepté ce principe lorsqu'elle a invoqué le moyen de la nécessité dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*. Comme la Cour l'a relevé, «la Hongrie a expressément reconnu qu'en tout état de cause un tel état

¹²⁷ Ibid., p. 63, par. 101; voir également ibid., p. 38, par. 47.

de nécessité ne la dispenserait pas de devoir dédommager son partenaire»¹²⁸. Comme le moyen tiré de l'état de nécessité a été rejeté, la question de l'étendue précise de l'indemnisation dans les circonstances de l'espèce n'a pas été examinée.

6) L'alinéa *b* ne vise pas à préciser dans quelles circonstances une indemnisation doit être versée. En général l'éventail des situations possibles visées par le chapitre V est tel qu'il n'est pas approprié d'établir un régime détaillé de l'indemnisation. Il appartiendra à l'État qui invoque une circonstance excluant l'illicéité de s'entendre avec les États atteints sur le versement éventuel d'indemnités et le montant de celles-ci en l'espèce.

¹²⁸ Ibid., p. 39, par. 48. Une autre question se posait, celle du montant des dommages et intérêts dus associés au projet: *ibid.*, p. 81, par. 152 et 153.

Deuxième partie

Contenu de la responsabilité internationale de l'État

- 1) Alors que la première partie des articles définit les conditions générales qui doivent être réunies pour que la responsabilité de l'État soit engagée, la deuxième partie traite des conséquences juridiques à la charge de l'État responsable. Il est vrai qu'un État peut avoir à supporter les conséquences juridiques d'un comportement qui est internationalement illicite en dehors du champ de la responsabilité des États. Par exemple, la violation substantielle d'un traité peut donner à un État lésé le droit de mettre fin au traité ou de suspendre son application en totalité ou en partie¹²⁹. La deuxième partie est axée toutefois sur la nouvelle relation juridique qui découle de la commission par un État d'un fait internationalement illicite. C'est ce qui constitue le fond ou le contenu de la responsabilité internationale d'un État en vertu des articles.

- 2) Dans le domaine de la responsabilité des États, les conséquences qui découlent du fait internationalement illicite d'un État peuvent être expressément prévues de façon à exclure d'autres conséquences, en totalité ou en partie¹³⁰. En l'absence de disposition spécifique, le droit international attribue toutefois à l'État responsable de nouvelles obligations et en particulier l'obligation de réparer les conséquences néfastes résultant de ce fait. Le lien étroit qui existe entre la violation d'une obligation internationale et sa conséquence juridique immédiate, soit l'obligation de réparation, a été reconnu à l'article 36, paragraphe 2, du Statut de la Cour permanente de Justice internationale qui a été repris tel quel dans l'article 36, paragraphe 2, du Statut de la Cour internationale de Justice. Conformément à cet article, les États parties au Statut peuvent déclarer reconnaître comme obligatoire la juridiction de la Cour sur tous les différends d'ordre juridique ayant pour objet notamment...:

«c) La réalité de tout fait qui, s'il était établi, constituerait la violation d'un engagement international;

¹²⁹ Convention de Vienne sur le droit des traités, 23 mai 1969, *Nations Unies, Recueil des traités*, vol. 1155, p. 331, art. 60.

¹³⁰ À propos du principe de la *lex specialis* en relation avec la responsabilité des États, voir l'article 55 et le commentaire y relatif.

d) La nature ou l'étendue de la réparation due pour la rupture d'un engagement international.»

Les règles juridiques générales applicables aux questions qui font l'objet de ces deux alinéas sont énoncées pour l'alinéa *c* dans la première partie et pour l'alinéa *d* dans la deuxième partie des articles.

3) La deuxième partie comprend trois chapitres. Le chapitre premier énonce certains principes généraux et précise la portée de la deuxième partie. Le chapitre II est axé sur les formes de la réparation (restitution, indemnisation, satisfaction) et les relations entre elles. Le chapitre III traite de la situation spéciale qui se présente en cas de violation grave d'une obligation découlant d'une norme impérative du droit international général et précise certaines conséquences juridiques de ces violations tant pour l'État responsable que pour d'autres États.

CHAPITRE PREMIER

PRINCIPES GÉNÉRAUX

1) Le chapitre premier de la deuxième partie comprend six articles qui définissent de manière générale les conséquences juridiques du fait internationalement illicite d'un État. Les violations individuelles du droit international peuvent considérablement varier allant de violations relativement légères ou mineures à des violations qui mettent en danger la survie de collectivités et de peuples, l'intégrité territoriale et l'indépendance politique d'États ainsi que l'environnement de régions tout entières. Il peut en être ainsi qu'il s'agisse d'obligations envers un autre État, certains États ou tous les États ou envers la communauté internationale dans son ensemble. Mais au-delà de la gravité ou des effets de ces violations individuelles, les règles et les institutions qui régissent la responsabilité des États sont importantes pour le maintien du respect du droit international et pour la réalisation des objectifs que les États s'efforcent d'atteindre par l'élaboration de normes au niveau international.

2) Dans le chapitre premier, l'article 28 est un article introductif, qui énonce le principe selon lequel tout fait internationalement illicite d'un État a des conséquences juridiques. L'article 29 indique clairement que ces conséquences sont sans préjudice de l'obligation de l'État responsable de continuer à exécuter l'obligation violée et ne remplacent pas cette obligation. Ce point est explicité par l'article 30 qui traite de l'obligation de cessation et des assurances et

garanties de non-répétition. L'article 31 énonce l'obligation générale de réparation du préjudice subi par suite d'une violation du droit international par un État. L'article 32 indique clairement que l'État responsable ne peut pas se prévaloir de son droit interne pour échapper à l'obligation de cessation et de réparation prévue dans la deuxième partie. Enfin, l'article 33 précise la portée de cette partie en ce qui concerne tant les États auxquels des obligations sont dues que certaines conséquences juridiques secondaires qui, parce qu'elles découlent directement au profit d'entités autres que des États, ne sont pas visées par la deuxième ou la troisième partie des articles.

Article 28

Conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite

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

Commentaire

- 1) L'article 28 sert d'introduction à la deuxième partie et a un caractère général. Il lie les dispositions de la première partie, qui indiquent quand la responsabilité internationale d'un État est engagée, avec les dispositions de la deuxième partie, qui énoncent les conséquences juridiques que comporte la responsabilité résultant d'un fait internationalement illicite.
- 2) Les conséquences juridiques essentielles d'un fait internationalement illicite énoncées dans la deuxième partie sont l'obligation pour l'État responsable de mettre fin au comportement illicite (art. 30) et de réparer intégralement le préjudice causé par le fait internationalement illicite (art. 31). Lorsque le fait internationalement illicite constitue une violation grave par l'État d'une obligation découlant d'une norme impérative du droit international général, d'autres conséquences peuvent résulter de cette violation tant pour l'État responsable que pour d'autres États. En particulier, tous les États ont en pareil cas l'obligation de coopérer pour mettre fin à la violation, de ne pas reconnaître comme licite la situation créée par la violation et de ne pas prêter aide ou assistance à l'État responsable en vue du maintien de la situation ainsi créée (art. 40 et 41).
- 3) L'article 28 n'exclut pas la possibilité qu'un fait internationalement illicite puisse entraîner des conséquences juridiques dans les relations entre l'État responsable de ce fait et des personnes

ou des entités autres que des États. C'est ce qui découle de l'article premier qui vise toutes les obligations internationales de l'État et non pas seulement celles qui sont dues à d'autres États. Ainsi, la responsabilité des États s'étend par exemple aux violations des droits de l'homme et autres violations du droit international lorsque le bénéficiaire principal de l'obligation violée n'est pas un État. Toutefois, alors que la première partie s'applique à tous les cas dans lesquels un fait internationalement illicite peut être commis par un État, la deuxième partie a une portée plus limitée. Elle ne s'applique pas aux obligations de réparation dans la mesure où celles-ci s'exercent envers une entité autre qu'un État ou sont invoquées par cette entité. Autrement dit, les dispositions de la deuxième partie sont sans préjudice de tout droit que la responsabilité internationale d'un État peut faire naître directement au profit d'une personne ou d'une entité autre qu'un État et l'article 33 l'indique clairement.

Article 29

Maintien du devoir d'exécuter l'obligation

Les conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite prévues dans la présente partie n'affectent pas le maintien du devoir de l'État responsable d'exécuter l'obligation violée.

Commentaire

- 1) Lorsqu'un État commet une violation d'une obligation internationale, le rétablissement et l'avenir de la relation juridique à laquelle il a été ainsi porté atteinte revêtent une importance essentielle. Outre la question de la réparation, deux problèmes immédiats se posent, à savoir celui des conséquences du comportement de l'État responsable pour l'obligation qui a été violée et celui de la cessation de la violation si elle a un caractère continu. Le premier problème fait l'objet de l'article 29 et le deuxième de l'article 30.
- 2) L'article 29 énonce le principe général selon lequel les conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite n'affectent pas le maintien du devoir de l'État responsable d'exécuter l'obligation qu'il a violée. Par suite du fait internationalement illicite, un nouvel ensemble de relations juridiques est établi entre l'État responsable et l'État ou les États auxquels l'obligation internationale est due. Cela ne signifie pas que la relation juridique préexistante établie par l'obligation primaire disparaît. Même si l'État responsable respecte l'obligation prévue dans la deuxième partie de mettre fin au comportement illicite et de réparer intégralement le préjudice

causé, il n'est pas dispensé de ce fait de son devoir d'exécuter l'obligation qu'il a violée. Le maintien de l'obligation d'exécuter une obligation internationale, nonobstant une violation de celle-ci, sous-tend la notion de fait illicite continu (voir art. 14) et d'obligation de cessation (voir art. 30 a).

3) Il est vrai que dans certaines situations, l'effet de la violation d'une obligation peut être en définitive de mettre fin à l'obligation elle-même. Par exemple un État lésé par une violation substantielle d'un traité bilatéral peut choisir de mettre fin au traité¹³¹. Mais comme les dispositions pertinentes de la Convention de Vienne sur le droit des traités l'indiquent clairement, le simple fait de violer et même de rejeter un traité ne met pas fin au traité¹³². C'est à l'État lésé de réagir face à la violation dans la mesure permise par la Convention de Vienne. Il se peut que l'État lésé n'ait pas intérêt à mettre fin au traité plutôt qu'à demander le maintien de son application. Lorsqu'il est dûment mis fin à un traité par suite d'une violation, l'extinction du traité n'affecte pas les relations juridiques que le traité a fait naître avant son extinction, y compris l'obligation de réparer toute violation¹³³. La violation d'obligations au regard du droit international général est encore moins susceptible d'affecter l'obligation sous-jacente et n'aura d'ailleurs jamais cet effet en tant que telle. Par contre, l'obligation juridique secondaire de la responsabilité de l'État naît au moment où survient une violation et sans que l'État lésé ait à l'invoquer.

¹³¹ Convention de Vienne sur le droit des traités, 23 mai 1969, Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 1155, p. 331, art. 60.

¹³² Dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, la Cour n'a pas voulu considérer que des violations substantielles continues par les deux parties avaient pour effet de mettre fin au traité de 1977: *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, C.I.J. *Recueil* 1997, p. 68, par. 114.

¹³³ Voir par exemple *Rainbow Warrior (Nouvelle-Zélande/France)*, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XX (1990), p. 266, avec renvoi à l'opinion dissidente de Sir McNair, Président, concernant l'affaire *Ambatielos, Exception préliminaire*, C.I.J. *Recueil* 1952, p. 63. Sur ce point particulier, la Cour elle-même était d'accord: *ibid.*, p. 45. Dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, la Hongrie a admis que les conséquences juridiques de sa décision de mettre fin au traité de 1977 en raison de la violation commise par la Slovaquie n'avaient qu'un caractère prospectif et ne portaient pas atteinte aux droits nés du traité pour l'une ou l'autre partie: C.I.J. *Recueil* 1997, p. 73 et 74, par. 125 à 127. La Cour a estimé que le traité était toujours en vigueur et n'a donc pas abordé la question..

4) L'article 29 n'a pas à traiter de ces éventualités. Tout ce qu'il prévoit, c'est que les conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite dans le domaine de la responsabilité de l'État n'affectent pas le maintien du devoir de respecter l'obligation qui a été violée. La question de savoir si et dans quelle mesure cette obligation subsiste en dépit de la violation ne relève pas du droit de la responsabilité des États mais des règles relatives à l'obligation primaire pertinente.

Article 30

Cessation et non-répétition

L'État responsable du fait internationalement illicite est tenu:

- a) D'y mettre fin si ce fait continue;
- b) D'offrir des assurances et des garanties de non-répétition appropriées si les circonstances l'exigent.

Commentaire

1) L'article 30 traite de deux questions distinctes mais liées entre elles que soulève la violation d'une obligation internationale: la cessation du comportement illicite et l'offre d'assurances et garanties de non-répétition par l'État responsable si les circonstances l'exigent. Ce sont deux aspects du rétablissement et de la restauration de la relation juridique à laquelle la violation a porté atteinte. La cessation est pour ainsi dire l'aspect négatif de l'exécution future, à savoir mettre fin à un comportement illicite continu alors que les assurances et garanties ont une fonction préventive et peuvent être considérées comme un renforcement positif de l'exécution future. Le maintien en vigueur de l'obligation sous-jacente doit être implicite dans les deux cas étant donné que si l'obligation a cessé d'exister du fait de sa violation, la question de la cessation ne se pose pas et il ne saurait être question d'assurances ni de garanties¹³⁴.

2) L'alinéa *a* de l'article 30 traite de l'obligation de l'État responsable du fait internationalement illicite de mettre fin au comportement illicite. Conformément à l'article 2, le mot «fait» désigne aussi bien une action qu'une omission. La cessation s'applique donc à tous

¹³⁴ Cf. Convention de Vienne sur le droit des traités, 23 mai 1969, Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 1155, p. 331, art. 70 1).

les faits illicites qui se prolongent dans le temps, «que le comportement de l'État auteur soit une action ou une omission ... puisqu'il peut y avoir cessation dans une abstention d'agir ...»¹³⁵.

3) Dans l'affaire du *Rainbow Warrior*, le Tribunal arbitral a souligné que deux conditions essentielles étroitement liées entre elles devaient être réunies pour que naisse l'obligation de cessation du comportement illicite, à savoir «que l'acte illicite ait un caractère continu et que la règle violée soit toujours en vigueur au moment de l'émission de cette ordonnance»¹³⁶.

L'obligation de mettre fin à un comportement illicite naît le plus couramment dans le cas d'un fait illicite continu¹³⁷, mais l'article 30 englobe également les situations dans lesquelles un État a violé une obligation à plusieurs occasions, ce qui implique un risque de répétition. La formule «si ce fait continue» qui figure à la fin de l'alinéa *a* de l'article vise à couvrir les deux situations.

4) La cessation du comportement en violation d'une obligation internationale est la première condition à remplir pour éliminer les conséquences du comportement illicite. Avec la réparation, c'est l'une des deux conséquences générales d'un fait internationalement illicite. La cessation est souvent le principal objet de la controverse suscitée par un comportement qui viole une obligation internationale¹³⁸. Elle est fréquemment exigée non seulement par les États mais aussi par les organes d'organisations internationales tels que l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité en cas de violation grave du droit international. Par contre, la réparation, aussi

¹³⁵ *Rainbow Warrior, Recueil des sentences arbitrales*, vol. XX (1990), p. 270, par. 113.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 270, par. 114.

¹³⁷ Pour la notion de fait illicite continu, voir le commentaire de l'article 14, par. 3) à 11).

¹³⁸ Le mécanisme de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce s'intéresse beaucoup plus aux problèmes de cessation que de réparation: Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce, 15 avril 1994, annexe 2, Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends, notamment l'article 3 7), qui prévoit l'indemnisation seulement «si le retrait immédiat de la mesure en cause est irréalisable, et à titre temporaire en attendant le retrait de la mesure incompatible avec un accord visé». Sur la distinction entre cessation et réparation dans le cadre de l'OMC, voir par exemple *Subventions australiennes fournies aux producteurs et exportateurs de cuir pour automobile*, Rapport du Groupe spécial de règlement des différends de l'OMC, 21 janvier 2000 (document WT/DS126/RW), par. 6.49.

importante qu'elle soit dans de nombreux cas, peut ne pas être la question essentielle dans un litige entre États concernant les questions de responsabilité¹³⁹.

5) La cessation a pour fonction de mettre fin à une violation du droit international et de préserver la validité et l'efficacité de la règle primaire sous-jacente. L'obligation de cessation qui incombe à l'État responsable sert ainsi à protéger aussi bien l'intérêt de l'État ou des États lésés que l'intérêt de la communauté internationale dans son ensemble à préserver l'état de droit et à s'appuyer sur lui.

6) Il existe plusieurs raisons de considérer la cessation comme étant plus qu'un simple élément du devoir d'exécuter l'obligation primaire. Premièrement, la question de la cessation ne se pose qu'en cas de violation. Ce qui doit se produire alors dépend non seulement de l'interprétation de l'obligation primaire mais aussi des règles secondaires relatives aux recours et il est approprié de les traiter, du moins d'une manière générale, dans les articles relatifs aux conséquences d'un fait internationalement illicite. Deuxièmement, les faits illicites continus sont une caractéristique commune des affaires de responsabilité des États et font l'objet d'une disposition distincte, l'article 14. Il est nécessaire d'énoncer les conséquences de tels faits dans la deuxième partie.

7) La question de la cessation est souvent étroitement liée à celle de la réparation et en particulier de la restitution. Le résultat de la cessation est parfois impossible à distinguer de la restitution, par exemple dans les cas impliquant la libération d'otages ou la restitution d'objets ou de locaux confisqués. Il convient toutefois de les distinguer. À la différence de la restitution, la cessation n'est pas soumise aux limitations imposées par le critère de la proportionnalité¹⁴⁰. Elle peut donner lieu à une obligation continue alors même que le retour au *statu quo ante* est exclu ou n'est réalisable que de manière approximative.

¹³⁹ Pour les cas où la Cour internationale a reconnu qu'il peut en être ainsi, voir par exemple l'*Affaire de la compétence en matière de pêche* (République fédérale d'Allemagne c. Islande), C.I.J. Recueil 1974, p. 201 à 205, par. 65 à 76; l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, C.I.J. Recueil 1997, p. 81, par. 153. Voir également C. Gray, *Judicial Remedies in International Law* (Oxford, Clarendon Press, 1987), p. 77 à 92.

¹⁴⁰ Voir art. 35 *b* et commentaire y relatif.

8) La difficulté à distinguer entre la cessation et la restitution est illustrée par l'affaire du *Rainbow Warrior*. La Nouvelle-Zélande demandait le retour des deux agents sur l'île d'Hao. Selon la Nouvelle-Zélande, la France était dans l'obligation de les renvoyer et de les détenir sur l'île jusqu'à la fin du délai de trois ans; cette obligation n'avait pas expiré, le temps passé hors de l'île ne pouvant compter à cette fin. Le Tribunal arbitral exprima son désaccord. De son point de vue, l'obligation valait pour une période fixe qui avait expiré et le problème de la cessation ne pouvait donc se poser¹⁴¹. À l'évidence, le retour des deux agents sur l'île n'avait aucune valeur pour la Nouvelle-Zélande si la France n'avait pas l'obligation continue de les y maintenir. Ainsi, le retour au *statu quo ante* peut avoir peu de valeur, voire aucune, si l'obligation violée ne reste pas en vigueur. Inversement, l'État lésé peut ne pas avoir le choix de renoncer à la restitution si l'exécution continue de l'obligation violée incombe à l'État responsable et si l'État lésé n'a pas le pouvoir de le libérer de ce pouvoir d'exécution. La distinction entre cessation et restitution peut avoir des conséquences importantes du point de vue des États concernés.

9) Le paragraphe *b* de l'article 30 traite de l'obligation de l'État responsable d'offrir des assurances et garanties appropriées de non-répétition, si les circonstances l'exigent. Comme la cessation, les assurances et garanties visent à rétablir la confiance dans une relation continue, bien qu'elles offrent beaucoup plus de souplesse que la cessation et ne soient pas exigées dans tous les cas. Elles sont le plus souvent demandées lorsque l'État lésé a des raisons de penser que le simple retour à la situation préexistante ne le protège pas de manière satisfaisante. Par exemple, à la suite de manifestations répétées contre l'ambassade des États-Unis à Moscou en 1964-1965, le Président Johnson a affirmé que:

«Les États-Unis doivent insister pour que leurs propriétés et leur personnel diplomatique reçoivent la protection exigée par le droit international et par l'usage, protection qui est nécessaire à la conduite des relations diplomatiques entre les États. Des expressions de regret et l'offre d'une indemnité ne sauraient tenir lieu de protection adéquate.»¹⁴²

Ces mesures de réparation ne sont pas toujours exprimées sous forme de demande d'assurances ou de garanties, mais les assurances et garanties ont l'avantage d'être tournées vers l'avenir et

¹⁴¹ *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XX (1990), p. 266, par. 105.

¹⁴² Publié dans ILM, vol. IV (1965), p. 698.

visent à empêcher d'autres violations potentielles. Elles sont axées sur la prévention plutôt que sur la réparation et sont comprises dans l'article 30.

10) La question de savoir si les assurances et garanties de non-répétition peuvent être des conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite a été débattue dans le cadre de l'*affaire LaGrand*¹⁴³. Celle-ci portait sur le manquement reconnu à l'obligation de notification consulaire prévue à l'article 36 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires de 1963. Dans sa quatrième conclusion, l'Allemagne a demandé des assurances et garanties générales et spécifiques quant aux moyens mis en œuvre pour assurer le respect ultérieur de la Convention. Les États-Unis ont fait valoir qu'offrir de telles assurances ou garanties allait bien au-delà de l'étendue des obligations découlant de la Convention et que la Cour n'était pas compétente pour ordonner de telles mesures. En tout état de cause, des assurances et garanties de ce type étaient sans précédent et ne devraient pas être exigées. Le droit à réparation de l'Allemagne n'allait pas au-delà d'excuses, excuses que les États-Unis avaient présentées. Par ailleurs, des assurances ou garanties n'étaient pas appropriées compte tenu des nombreuses mesures qu'ils avaient prises pour que ses agents au niveau fédéral et au niveau des États respectent à l'avenir la Convention. Sur la question de la compétence, la Cour a estimé

«qu'un différend portant sur les voies de droit à mettre en œuvre au titre d'une violation de la Convention qu'invoque l'Allemagne est un différend concernant l'interprétation ou l'application de la Convention et qui de ce fait relève de la compétence de la Cour. S'il est établi que la Cour a compétence pour connaître d'un différend portant sur une question déterminée, elle n'a pas besoin d'une base de compétence distincte pour examiner les remèdes demandés par une partie pour la violation en cause. La Cour a par suite compétence en l'espèce pour connaître de la quatrième conclusion de l'Allemagne»¹⁴⁴.

Sur la question du caractère approprié de la demande, la Cour a considéré que des excuses ne suffisaient pas chaque fois que des étrangers avaient «fait l'objet d'une détention prolongée ou été condamnés à des peines sévères» par suite d'un manquement à l'obligation de notification

¹⁴³ *Affaire LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, *Fond*, arrêt du 27 juin 2001.

¹⁴⁴ *Ibid.*, par. 48, avec renvoi à l'affaire relative à l'*Usine de Chorzów*, *Compétence*, 1927, *C.P.J.I. série A n° 9*, p. 22.

consulaire¹⁴⁵. Compte tenu des informations données par les États-Unis concernant les mesures prises pour assurer désormais le respect de cette obligation, la Cour a toutefois estimé

«que l'engagement pris par les États-Unis d'assurer la mise en œuvre des mesures spécifiques adoptées en exécution de leurs obligations au titre de l'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'article 36 doit être considéré comme satisfaisant à la demande de l'Allemagne visant à obtenir une assurance générale de non-répétition»¹⁴⁶.

En ce qui concerne les assurances spécifiques demandées par l'Allemagne, la Cour s'est bornée à dire que...

«... si les États-Unis, en dépit de l'engagement visé au ... manquaient à leur obligation de notification consulaire au détriment de ressortissants allemands, des excuses ne suffiraient pas dans les cas où les intéressés auraient fait l'objet d'une détention prolongée ou été condamnés à des peines sévères. Dans le cas d'une telle condamnation, les États-Unis devraient permettre le réexamen et la révision du verdict de culpabilité et de la peine en tenant compte de la violation des droits prévus par la Convention»¹⁴⁷.

La Cour a donc confirmé sa compétence pour examiner la quatrième conclusion de l'Allemagne et a répondu à celle-ci dans le dispositif. Elle n'a toutefois pas examiné la base juridique pour l'obtention d'assurances de non-répétition.

11) Un État peut chercher à obtenir des assurances ou garanties de non-répétition par voie de satisfaction (par exemple abrogation d'une loi qui a permis à la violation de se produire) et les deux formes de réparation se recouvrent donc dans la pratique¹⁴⁸. Il vaut mieux toutefois considérer les assurances ou garanties de non-répétition comme un aspect du maintien et du rétablissement de la relation juridique à laquelle la violation a porté atteinte. Lorsqu'un État lésé cherche à obtenir des assurances et garanties de non-répétition, c'est essentiellement pour renforcer une relation juridique continue et l'accent est mis sur le respect futur d'une obligation et non pas sur sa violation passée.

¹⁴⁵ *LaGrand, Fond*, arrêt du 27 juin 2001, par. 123.

¹⁴⁶ *Ibid.*, par. 124; voir aussi le dispositif, par. 128 6).

¹⁴⁷ *Ibid.*, par. 125 ; voir aussi *ibid.*, par. 127, et le dispositif, par. 128 7).

¹⁴⁸ Voir commentaire de l'article 36, par. 5).

12) Les assurances sont normalement données oralement alors que les garanties de non-répétition impliquent davantage - par exemple l'adoption par l'État responsable de mesures préventives pour éviter que la violation ne se reproduise. En ce qui concerne le type de garanties qui peuvent être demandées, la pratique internationale n'est pas uniforme. L'État lésé demande généralement soit des garanties contre la répétition du fait illicite sans préciser la forme qu'elles doivent prendre¹⁴⁹ soit, si l'acte illicite affecte ses nationaux, une meilleure protection des personnes et des biens¹⁵⁰. Dans l'*affaire LaGrand*, la Cour a énoncé expressément l'obligation qui naîtrait pour les États-Unis d'une violation future, mais a ajouté que «cette obligation peut être mise en œuvre de diverses façons. Le choix des moyens doit revenir aux États-Unis»¹⁵¹. Elle a noté en outre qu'un État peut ne pas être en mesure de fournir une ferme garantie de non-répétition¹⁵². La question de savoir s'il pourrait convenablement le faire dépendrait de la nature de l'obligation en question.

13) Dans certains cas, l'État lésé peut demander à l'État responsable d'adopter des mesures spécifiques ou d'agir d'une manière déterminée pour éviter que le fait illicite ne se reproduise. Parfois l'État lésé demande simplement à l'État responsable de lui donner l'assurance qu'il respectera à l'avenir les droits de l'État lésé¹⁵³. Dans d'autres cas, l'État lésé demande à l'État responsable de donner des instructions précises à ses agents¹⁵⁴, ou d'adopter une certaine ligne

¹⁴⁹ Dans l'incident du «Dogger Bank» en 1904, le Royaume-Uni avait demandé une «garantie contre la répétition de tels incidents intolérables»: Martens, *Nouveau recueil*, deuxième série, vol. XXXIII, p. 642. Voir aussi l'échange de notes entre la Chine et l'Indonésie après l'attaque en mars 1966 contre le consulat général de Chine à Jakarta. Le Vice-Ministre chinois des affaires étrangères avait demandé une garantie contre tout renouvellement de pareils incidents à l'avenir: RGDIP, vol. 70 (1966), p. 1013.

¹⁵⁰ De telles assurances ont été données dans l'affaire «Doane» (1886): Moore, *Digest*, vol. VI, p. 345 et 346.

¹⁵¹ *Affaire LaGrand, Fond*, arrêt du 27 juin 2001, par. 125.

¹⁵² *Ibid.*, par. 124.

¹⁵³ Voir par exemple l'affaire en 1901 dans laquelle l'Empire ottoman donna l'assurance formelle que désormais les postes anglaises, autrichiennes et françaises fonctionneraient librement sur son territoire: RGDIP, vol. 8 (1901), p. 788, 792.

¹⁵⁴ Voir par exemple l'affaire du «*Herzog*» et du «*Bundesrath*», deux vaisseaux allemands saisis durant la guerre des Boers en décembre 1899 et janvier 1900 par la marine de guerre britannique, dans laquelle l'Allemagne avait appelé l'attention de la Grande-Bretagne sur la «nécessité de

de conduite¹⁵⁵. Mais les assurances et garanties de non-répétition ne sont pas toujours appropriées même si elles sont exigées. Beaucoup dépendra des circonstances de l'espèce, y compris de la nature de l'obligation et de la violation. Les assurances et garanties ne sont susceptibles d'être appropriées que lorsqu'il existe un risque réel de répétition au détriment de l'État qui les demande. Le caractère exceptionnel de ces mesures est indiqué par les mots «si les circonstances l'exigent» à la fin de l'alinéa *b*. L'obligation de l'État responsable en matière d'assurances et garanties de non-répétition est formulée en termes souples pour éviter les demandes abusives ou excessives d'assurances et de garanties comme celles présentées par certains États dans le passé.

Article 31

Réparation

1. L'État responsable est tenu de réparer intégralement le préjudice causé par le fait internationalement illicite.
2. Le préjudice comprend tout dommage, tant matériel que moral, résultant du fait internationalement illicite d'un État.

Commentaire

1) L'obligation de réparer intégralement le préjudice est la seconde obligation générale qui découle pour l'État responsable de la commission d'un fait internationalement illicite. Le principe général des conséquences de la commission d'un fait internationalement illicite a été énoncé par la Cour permanente dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów*:

donner pour instruction à tout commandant naval britannique de ne pas molester les navires marchands allemands qui ne se trouvent pas dans les parages du théâtre des opérations»: Martens, *Nouveau recueil*, deuxième série, vol. XXIX, p. 456, 486.

¹⁵⁵ Dans l'affaire de la *Fonderie de Trail*, le Tribunal arbitral avait précisé les mesures que devait adopter la Fonderie de Trail, y compris les mesures de nature à «prévenir efficacement des émissions importantes de fumée aux États-Unis à l'avenir»: *Fonderie de Trail (États-Unis d'Amérique/Canada)*, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (1938, 1941), p. 1934. Des demandes visant à modifier ou à abroger une législation sont fréquemment formulées par des organes internationaux. Voir par exemple les décisions du Comité des droits de l'homme: affaire *Torres Ramirez c. Uruguay*, décision du 23 juillet 1980, par. 19, A/35/40, p. 133; affaire *Lanza c. Uruguay*, décision du 3 avril 1980, *ibid.*, p. 126, par. 17; affaire *Dermitt Barbato c. Uruguay*, décision du 21 octobre 1982, A/38/40, p. 142, par. 11.

«C'est un principe de droit international que la violation d'un engagement entraîne l'obligation de réparer dans une forme adéquate. La réparation est donc le complément indispensable d'un manquement à l'application d'une convention, sans qu'il soit nécessaire que cela soit inscrit dans la convention même. Des divergences relatives à des réparations, éventuellement dues pour manquement à l'application d'une convention, sont, partant, des divergences relatives à l'application.»¹⁵⁶

Dans ce passage, cité est appliqué en maintes occasions¹⁵⁷, la Cour a utilisé le mot «réparation» dans son sens le plus large. Elle a rejeté la thèse avancée par la Pologne selon laquelle la compétence pour interpréter et appliquer un traité ne donne pas compétence pour régler les différends concernant la forme et l'étendue de la réparation. À ce stade du différend, l'Allemagne ne cherchait plus à obtenir, pour le compte de son national, la restitution de l'usine en question ni des biens saisis avec cette dernière.

2) Lors d'une phase ultérieure de la même affaire, la Cour a défini de manière plus détaillée le contenu de l'obligation de réparer:

«Le principe essentiel, qui découle de la notion même d'acte illicite et qui semble se dégager de la pratique internationale, notamment de la jurisprudence des tribunaux arbitraux, est que la réparation doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis. Restitution en nature, ou, si elle n'est pas possible, paiement d'une somme correspondant à la valeur qu'aurait la restitution en nature; allocation, s'il y a lieu, de dommages-intérêts pour les pertes subies et qui ne seraient pas couvertes par la restitution en nature ou le paiement qui en prend la place; tels sont les principes desquels doit s'inspirer la détermination du montant de l'indemnité due à cause d'un fait contraire au droit international.»¹⁵⁸

Dans la première phrase, la Cour a donné une définition générale de la réparation, soulignant que sa fonction était de rétablir la situation affectée par le fait illicite¹⁵⁹. Dans la deuxième phrase, elle envisage l'aspect de la réparation évoquée par le terme «indemnisation» pour un fait illicite

¹⁵⁶ *Usine de Chorzów, Compétence, C.P.J.I. série A n° 9 (1927)*, p. 21.

¹⁵⁷ C'est ainsi que la Cour internationale de Justice a cité cette décision, dans le contexte des assurances et garanties de non-répétition, dans l'affaire *LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, *Fond*, arrêt du 27 juin 2001, par. 48.

¹⁵⁸ *Usine de Chorzów, Fond, C.P.J.I. série A n° 17 (1928)*, p. 47.

¹⁵⁹ Voir P.-M. Dupuy, «Le fait générateur de la responsabilité internationale des États», *Recueil des cours*, Vol. 188 (1984-V), p. 94, qui utilise le terme «restauration».

- à savoir la restitution en nature ou le paiement d'une somme correspondant à la valeur qu'aurait la restitution en nature et, en outre, des dommages et intérêts pour les pertes subies à cause du fait illicite.

3) L'obligation mise à la charge de l'État responsable par l'article 31 consiste à procéder à la «réparation intégrale» au sens de l'arrêt de l'*Usine de Chorzów*. En d'autres termes, l'État responsable doit s'efforcer d'«effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'État qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis»¹⁶⁰ au moyen d'une ou plusieurs des formes de réparation définies dans le chapitre II de la présente partie.

4) L'obligation générale de réparer est énoncée à l'article 31 en tant que corollaire immédiat de la responsabilité de l'État, c'est-à-dire en tant qu'obligation de l'État responsable résultant du fait illicite, et non en tant que droit de l'État ou des États lésés. On évite ainsi les difficultés qui pourraient se poser lorsque la même obligation est due simultanément à plusieurs États, à de nombreux États ou à tous les États dont seulement quelques-uns sont particulièrement affectés par la violation. Mais outre les questions qui se posent lorsque plus d'un État est habilité à invoquer la responsabilité¹⁶¹, l'obligation générale de réparer naît automatiquement dès la commission d'un fait internationalement illicite et ne dépend pas, en elle-même, de la formulation d'une exigence ou d'une protestation par un État, même si la forme que devrait prendre la réparation étant donné les circonstances peut dépendre de la réaction de l'État ou des États lésés.

5) L'obligation de l'État responsable de réparer intégralement concerne le «préjudice causé par le fait internationalement illicite». La notion de «préjudice», définie au paragraphe 2, doit être entendue au sens large comme englobant tout dommage causé par le fait illicite. L'adjectif «moral» qui, outre «matériel», qualifie le dommage, vise à permettre d'interpréter largement le terme «préjudice». D'où le mot «comprend», au paragraphe 2. Par dommage «matériel», on entend le dommage causé à des biens ou à d'autres intérêts de l'État ou de ses nationaux susceptible d'être aisément évalué en termes pécuniaires. Par dommage «moral», on vise les souffrances causées à l'individu, la perte d'êtres chers ou une injure personnelle associée à une intrusion dans le domicile ou une atteinte à la vie privée. Aux termes du paragraphe 2, le

¹⁶⁰ *Usine de Chorzów, Fond, C.P.J.I. série A n°17 (1928)*, p. 47.

préjudice n'est pas limité au dommage matériel ou moral. Il comprend le dommage causé aux intérêts juridiques d'un État en tant que tels, que ce dommage puisse ou non être considéré comme un dommage «moral»¹⁶². La question de la réparation de ces types de dommage est examinée plus en détail au chapitre II de la présente partie¹⁶³.

6) La question de savoir si le dommage causé à un intérêt protégé est un élément nécessaire du fait internationalement illicite a déjà été examinée¹⁶⁴. D'une manière générale, cela n'est pas nécessaire; cette question est déterminée par la règle primaire applicable. Dans certains cas, l'essence du fait illicite est qu'il cause effectivement un dommage à un autre État. Dans d'autres cas, ce qui compte est que les précautions nécessaires pour prévenir un dommage n'ont pas été prises, même si aucun dommage n'a été effectivement causé. Dans certains cas, il y a un engagement exprès d'accomplir un acte précis, par exemple d'incorporer des règles uniformes dans le droit interne. Dans chaque cas, c'est l'obligation primaire qui définit ce qu'il faut faire. C'est pourquoi l'article 12 définit le manquement à une obligation internationale comme le fait de ne pas exécuter cette obligation.

7) De ce fait, il n'y a pas de règle générale, qui viendrait s'ajouter aux prescriptions énoncées par l'obligation primaire applicable, exigeant qu'un État ait subi un dommage matériel ou moral pour pouvoir demander réparation pour une violation. L'existence d'un dommage effectif est extrêmement pertinente en ce qui concerne la forme et le quantum de la réparation. Mais il n'y a pas d'exigence générale de dommage matériel ou moral pour qu'un État soit habilité à demander une forme ou une autre de réparation. Dans l'affaire du *Rainbow Warrior*, il avait été initialement argué que «dans la théorie de la responsabilité internationale, le dommage est

¹⁶¹ Pour les États habilités à invoquer la responsabilité, voir art. 42 et 48 et commentaires y relatifs. Pour la situation lorsqu'il y a une pluralité d'États lésés, voir art. 46 et commentaire.

¹⁶² Sur les notions de préjudice et de dommage en général, voir B. Bollecker-Stern, *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale* (Paris, Pédone, 1973); B. Graefrath, «Responsibility and damage caused: relations between responsibility and damages», *Recueil des cours*, vol. 185 (1984-II), p. 9; A. Tanzi, «Is Damage a Distinct Condition for the Existence of an Internationally Wrongful Act?», M. Spinedi & B. Simma (dir. pub.), *United Nations Codification of State Responsibility* (New York, Oceana, 1987), p. 1; I. Brownlie, *State Responsibility, Part I* (Oxford, Clarendon Press, 1983), p. 53 à 88.

¹⁶³ Voir en particulier l'article 36 et son commentaire.

¹⁶⁴ Voir commentaire de l'article 2, par. 10.

nécessaire pour fonder l'obligation de réparer», mais les parties sont ultérieurement convenues qu'...

«[u]ne atteinte illicite à des intérêts non matériels, par exemple des actes affectant l'honneur, la dignité ou le prestige d'un État, habilite l'État qui en est victime à recevoir une réparation adéquate, même si les actes en question n'ont pas causé à cet État de perte pécuniaire ou matérielle.»¹⁶⁵

Le Tribunal a jugé que le fait illicite commis par la France avait «provoqué l'indignation et scandalisé l'opinion publique en Nouvelle-Zélande et causé un nouveau dommage non matériel ... de caractère moral, politique et juridique, résultant de l'affront fait à la dignité et au prestige non seulement de la Nouvelle-Zélande en tant que telle mais également à ses plus hautes autorités judiciaires et exécutives»¹⁶⁶. Il n'était en conséquence pas nécessaire de résoudre «la controverse doctrinale opposant les parties sur le point de savoir si l'existence d'un dommage est ou non une condition de la responsabilité.»¹⁶⁷

8) Lorsque deux États sont convenus d'adopter un comportement particulier, le fait pour l'un d'eux de ne pas exécuter son obligation affecte nécessairement l'autre. Une promesse a été rompue, et le droit de l'autre État à l'exécution a dans cette mesure été violé. Il serait injustifié que les règles secondaires de la responsabilité des États interviennent à ce stade et excluent la responsabilité parce qu'aucun préjudice ou dommage identifiable ne s'est produit. Si les parties avaient voulu, en s'engageant, formuler ainsi l'obligation, elles auraient pu le faire. Souvent, le dommage qui peut découler d'un fait illicite (par exemple, le dommage causé à des pêcheries par des captures effectuées alors que la pêche n'est pas ouverte, le dommage causé à l'environnement par des émissions dépassant la limite prescrite, le prélèvement dans un fleuve d'un volume d'eau supérieur au volume autorisé) peut être lointain, contingent ou incertain. Néanmoins, les États peuvent dans de tels domaines contracter des engagements immédiats et inconditionnels dans leur intérêt mutuel à long terme.

9) En conséquence, l'article 31 donne du «préjudice» une définition large et étendue, laissant aux obligations primaires le soin de préciser ce qui est requis dans chaque cas. Le préjudice

¹⁶⁵ *Rainbow Warrior (New Zealand/France)*, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XX, p. 217 (1990), p. 267, par. 109.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 267, par. 110.

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 267, par. 109.

comprend le préjudice matériel, moral et juridique, selon le cas d'espèce, compte tenu de l'obligation violée. La définition du préjudice au paragraphe 2 englobe ces deux types de préjudice donnant naissance aux obligations de restitution et d'indemnisation ainsi que ceux qui peuvent donner naissance à une obligation de satisfaction en vertu des articles.

10) Le paragraphe 2 envisage une autre question, à savoir celle du lien de causalité entre le fait internationalement illicite et le préjudice. C'est uniquement «le préjudice ... résultant du fait internationalement illicite d'un État» qui doit être intégralement réparé. Cette formulation vise à indiquer que l'objet de la réparation est, globalement, le préjudice résultant du fait internationalement illicite et imputable à celui-ci, et non toutes les conséquences de ce fait.

11) L'imputation du préjudice ou de la perte à un fait illicite est en principe un processus juridique et pas seulement historique ou causal. De nombreuses expressions sont utilisées pour décrire le lien qui doit exister entre le fait illicite et le préjudice pour que naisse l'obligation de réparer. Par exemple, il peut être fait référence aux pertes «attribuables [au fait illicite] en tant que cause immédiate»¹⁶⁸, ou à un dommage qui est «trop indirect, trop éloigné et trop incertain pour être évalué»¹⁶⁹, ou à «toute perte ... tout dommage directs - y compris les atteintes à l'environnement et la destruction des ressources naturelles - et ... tous autres préjudices directs subis par des États étrangers et des personnes physiques et sociétés étrangères» par le fait illicite¹⁷⁰. Ainsi, l'existence d'un lien de causalité est en fait une condition nécessaire mais

¹⁶⁸ Voir Commission mixte des réclamations États-Unis–Allemagne, *Administrative Decision No. II, Recueil des sentences arbitrales*, vol. VII, p. 23 (1923), p. 30. Voir également Dix, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IX (1902), p. 121, et la réclamation formulée par le Canada à la suite de la désintégration du satellite nucléaire soviétique *Cosmos 954* au-dessus de son territoire en 1978: *I.L.M.*, vol. 18 (1979), p. 907, par. 23.

¹⁶⁹ Voir la sentence arbitrale rendue dans l'affaire de la *Fonderie de Trail*, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III, p. 1905 (1938, 1941), p. 1931. Voir aussi A. Hauriou, «Les dommages indirects dans les arbitrages internationaux», *R.G.D.I.P.*, vol. 31 (1924), p. 209, citant la sentence arbitrale rendue dans l'affaire de l'*Alabama* comme l'application la plus frappante de la règle excluant le dommage «indirect».

¹⁷⁰ Résolution 687 (1991) du Conseil de sécurité, par. 16. Cette résolution relève du chapitre VII, mais réaffirme que l'Iraq est responsable «en vertu du droit international ... du fait de son invasion et de son occupation illicites du Koweït». La Commission d'indemnisation des Nations Unies et son Conseil d'administration ont fourni des indications sur l'interprétation des critères de préjudice direct et de causalité en vertu du paragraphe 16. Voir, par exemple, *Réclamations à l'encontre de l'Iraq (Réclamations de la catégorie «B»)*, Rapport du

non suffisante de la réparation. Un autre élément contribue à exclure la réparation du préjudice trop «lointain» ou «indirect» pour donner lieu à réparation. Dans certains cas, c'est le caractère «direct» du préjudice qui est visé¹⁷¹, dans d'autres sa «prévisibilité»¹⁷² ou sa «proximité»¹⁷³. D'autres facteurs peuvent toutefois entrer en ligne de compte: par exemple, si les organes de l'État ont délibérément causé le préjudice en question, ou si le préjudice causé entrait dans le cadre de la règle qui a été violée, eu égard au but de cette règle¹⁷⁴. En droit international comme en droit interne, la question du préjudice indirect «n'est pas un aspect du droit qui peut être résolu de manière satisfaisante par la recherche d'une formule unique»¹⁷⁵. L'idée que le lien de causalité doit être suffisant ou que le dommage ne doit pas être trop lointain est implicite dans la prescription générale énoncée à l'article 31, à savoir que le préjudice doit être une conséquence du fait illicite, mais aucune condition particulière n'a été ajoutée.

14 avril 1994 (S/AC.26/1994/1), reproduit dans *I.L.R.*, vol. 109, p. 127; approuvées par la décision 20 du Conseil d'administration de la Commission d'indemnisation, en date du 26 mai 1994 (S/AC.26/Dec.20), reproduite dans *I.L.R.*, vol. 109, p. 622; *Demande d'indemnisation des frais afférents à la maîtrise des éruptions de puits*, Rapport du 15 novembre 1996 (S/AC.26/1996/5), reproduit dans *I.L.R.*, vol. 109, p. 506 à 511, par. 66 à 86; approuvé par le Conseil d'administration dans sa Décision 40 du 17 décembre 1996 (S/AC.26/Dec.40), reproduite dans *I.L.R.*, vol. 109, p. 669.

¹⁷¹ Comme dans la résolution 687 (1991) du Conseil de sécurité, par. 16.

¹⁷² Voir, par exemple, l'affaire *Naulilaa (Responsabilité de l'Allemagne à raison des dommages causés dans les colonies portugaises du sud de l'Afrique) (Portugal c. Allemagne)*, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (1928), p. 1031.

¹⁷³ Pour l'examen comparatif de la question du lien de causalité et de la notion de dommage «lointain», voir, par exemple, H. L. A. Hart & A. M. Honoré, *Causation in the Law* (2^e éd.) (Oxford, Clarendon Press, 1985); A. M. Honoré, «Causation and Remoteness of Damage», dans *International Encyclopedia of Comparative Law* (dir. pub. A. Tunc), vol. XI, première partie, chap. VII, p. 156; K. Zweigert et H. Kötz, *Introduction to Comparative Law* (3^e éd.) (traduction J. A. Weir) (Oxford, Clarendon Press, 1998), p. 601 à 627 (en particulier p. 609 et suiv.); B. S. Markesinis, *The German Law of Obligations. Vol. II. The Law of Torts: A Comparative Introduction* (Oxford, Clarendon Press, 3^e éd., 1997), p. 95 à 108, avec de nombreuses références doctrinales.

¹⁷⁴ Voir, par exemple, la décision du Tribunal des réclamations États-Unis-Iran dans *République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique, affaires n^{os} A15(IV) et A24*, sentence n^o 590-A15(IV)/A24-FT, 28 décembre 1998.

¹⁷⁵ P. S. Atiyah, *An Introduction to the Law of Contract* (5^e éd.) (Oxford, Clarendon Press, 1995), p. 466.

12) L'atténuation du dommage est un autre élément affectant l'étendue de la réparation. Même la victime totalement innocente d'un comportement fautif est censée agir raisonnablement face au préjudice. Bien que cette règle soit souvent appelée «obligation d'atténuer le dommage», il ne s'agit pas d'une obligation d'ordre juridique dont la non-exécution engage la responsabilité. C'est plutôt que la partie lésée peut perdre son droit à indemnisation dans la mesure où elle n'a pas atténué le dommage¹⁷⁶. C'est ce qu'a clairement indiqué la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*:

«La Slovaquie a aussi soutenu que son action était motivée par une obligation d'atténuer des dommages lorsqu'elle a réalisé la variante C. Elle a déclaré que "c'est un principe de droit international qu'une partie lésée du fait de la non-exécution d'un engagement pris par une autre partie doit s'employer à atténuer les dommages qu'elle a subis". Il découlerait d'un tel principe qu'un État lésé qui n'a pas pris les mesures nécessaires à l'effet de limiter les dommages subis ne serait pas en droit de réclamer l'indemnisation de ceux qui auraient pu être évités. Si ledit principe pourrait ainsi fournir une base pour le calcul de dommages et intérêts, en revanche, il ne saurait justifier ce qui constitue par ailleurs un fait illicite.»¹⁷⁷

13) Souvent, deux facteurs distincts s'associent pour causer le dommage. Dans l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*¹⁷⁸, la prise initiale des otages par les étudiants militants (n'agissant pas à ce moment-là en tant qu'organe ou agent de l'État) était attribuable à la fois à une initiative indépendante des étudiants et au fait que les autorités iraniennes n'avaient pas pris les mesures nécessaires pour protéger l'ambassade. Dans l'affaire du *Détroit de Corfou*¹⁷⁹, les dommages subis par des navires britanniques étaient imputables à la fois aux mines posées par un État tiers et au fait que l'Albanie avait omis de signaler leur présence. Bien que dans de tels cas le préjudice en question ait été effectivement causé par une combinaison de facteurs dont un seulement doit être attribué à l'État responsable, la pratique

¹⁷⁶ Dans l'affaire de la *Demande d'indemnisation des frais afférents à la maîtrise des éruptions de puits*, un comité de la Commission d'indemnisation des Nations Unies a noté qu'«en vertu des principes généraux du droit international concernant l'atténuation des dommages ... le requérant a non seulement le droit mais est aussi tenu de prendre des mesures raisonnables ... en vue d'atténuer les pertes, les dommages ou le préjudice causés»: rapport du 15 novembre 1996 (S/AC.26/1994/5), reproduit dans *I.L.R.*, vol. 109, p. 502 et 503, par. 54.

¹⁷⁷ *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, C.I.J. Recueil 1997, p. 55, par. 80.

¹⁷⁸ *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, C.I.J. Recueil 1980, p. 29 à 32.

¹⁷⁹ *Détroit de Corfou, Fond*, C.I.J. Recueil 1949, p. 17, 18, 22 et 23.

internationale et les décisions des tribunaux internationaux ne consacrent pas la réduction ou l'atténuation de la réparation pour des causes concomitantes¹⁸⁰, sauf dans les cas de faute ayant contribué au dommage¹⁸¹. Dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, par exemple, le Royaume-Uni a obtenu le montant intégral des dommages et intérêts qu'il réclamait à l'Albanie parce que cette dernière avait commis une faute en ne mettant pas en garde contre la présence de mines, alors même que ce n'était pas elle qui les avait posées¹⁸². Il en serait de même a fortiori dans les cas où la cause concomitante n'est pas le fait d'un autre État (dont la responsabilité pourrait être engagée séparément) mais de particuliers, ou est une cause naturelle, par exemple une inondation. Dans l'affaire du *Personnel consulaire et diplomatique des États-Unis à Téhéran*, la République islamique d'Iran a été jugée pleinement responsable de la détention des otages dès lors qu'elle avait manqué à son obligation de les protéger¹⁸³.

14) Il est vrai que dans certains cas un élément identifiable du préjudice peut légitimement être attribué à une cause parmi plusieurs causes concomitantes. Mais, à moins qu'il ne soit possible de prouver qu'une partie du préjudice peut être distinguée du point de vue de la cause de celui attribué à l'État responsable, ce dernier est tenu responsable de toutes les conséquences qui ne

¹⁸⁰ Ces questions sont d'une manière générale traitées de la même manière en droit interne. «Selon une règle très générale, si l'on considère que les actes commis par l'auteur d'un délit civil ont causé un préjudice à la victime, l'auteur du délit est tenu de réparer la totalité du préjudice ainsi causé, en dépit du fait qu'il existe une cause contributive et qu'une autre partie en est responsable... En d'autres termes, la responsabilité de l'auteur d'un délit civil à l'égard de la victime n'est pas altérée par le fait qu'une autre partie est simultanément responsable»: J. A. Weir, «Complex Liabilities», dans *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XI, *Torts* (dir. pub. A. Tunc, 1983), p. 41. Les États-Unis se sont fondés sur cette jurisprudence comparée pour leur argumentation dans les *Affaires des incidents aériens (États-Unis d'Amérique c. Bulgarie)* lorsqu'ils ont déclaré, au sujet des alinéas *c* et *d* du paragraphe 1 de l'article 38: «Dans tous les pays civilisés, la règle est fondamentalement identique. Un plaignant peut intenter un procès contre un ou plusieurs des auteurs d'un délit civil ou tous les auteurs, conjointement ou solidairement, mais il ne peut revendiquer de leur part, de l'un quelconque ou de plusieurs d'entre eux, que l'équivalent du montant intégral du dommage qu'il a subi». Mémoire en date du 2 décembre 1958, dans *C.I.J., Mémoires..., Incident aérien du 27 juillet 1955*, p. 229.

¹⁸¹ Voir l'article 39 et son commentaire.

¹⁸² Voir *Détroit de Corfou (Fixation du montant des réparations)*, *C.I.J. Recueil 1949*, p. 250.

¹⁸³ *C.I.J. Recueil 1980*, p. 31 à 33.

sont pas trop lointaines de son comportement illicite. De fait, dans l'affaire *Zafiro*, le tribunal est allé plus loin et a considéré qu'il incombait à l'État responsable d'établir quelle proportion du dommage *n'était pas* attribuable à son comportement:

«Il nous semble être évident que les dommages n'ont pas été entièrement causés par l'équipage chinois du *Zafiro*. Les éléments de preuve recueillis montrent que les insurgés philippins ont un degré de responsabilité indéterminable et que, en toute probabilité, les employés chinois de la société étaient partiellement impliqués dans les dommages causés. Mais nous ne considérons pas qu'il incombe à la Grande-Bretagne de fournir des preuves sur la nature exacte des dommages imputables à l'équipage du *Zafiro*. Comme il a été démontré que la responsabilité de l'équipage chinois du navire était engagée dans une large mesure et que le degré de responsabilité de certains auteurs non identifiés ne peut pas être déterminé, nous sommes contraints d'imputer la responsabilité aux États-Unis pour la totalité des dommages. Ayant toutefois constaté qu'une partie considérable (mais qui ne peut pas être déterminée avec certitude) des dommages n'a pas été causée par l'équipage chinois du *Zafiro*, nous considérons que la revendication d'intérêts sur les réclamations ne devrait pas être autorisée¹⁸⁴.»

15) Certains disent craindre qu'un principe général prescrivant la réparation de tous les préjudices découlant d'une violation n'entraîne une réparation disproportionnée par rapport à la gravité de la violation. Néanmoins, la notion de «proportionnalité» s'applique différemment aux différentes formes de réparation¹⁸⁵. Elle est envisagée, le cas échéant, dans les divers articles du chapitre II relatifs aux formes de la réparation.

Article 32

Non-pertinence du droit interne

L'État responsable ne peut pas se prévaloir des dispositions de son droit interne pour justifier un manquement aux obligations qui lui incombent en vertu de la présente partie.

Commentaire

1) L'article 3 concerne le rôle du droit interne dans la qualification d'un fait comme illicite. L'article 32 précise que le droit interne d'un État n'est pas pertinent s'agissant de savoir si ce dernier a exécuté ses obligations de cessation et de réparation. Il dispose qu'un État qui a

¹⁸⁴ *The Zafiro, Recueil des sentences arbitrales*, vol. VI (1925), p.164 et 165.

¹⁸⁵ Voir art. 35, al. b, 37, par. 3, 39 et les commentaires y relatifs.

commis un fait internationalement illicite ne peut pas invoquer son droit interne pour justifier un manquement aux obligations qui lui incombent en vertu de la présente partie. Pris ensemble, les articles 3 et 32 donnent effet, aux fins de la responsabilité des États, au principe général selon lequel un État ne peut invoquer son droit interne pour justifier la non-exécution de ses obligations internationales¹⁸⁶. Bien qu'un État dont l'exécution est entravée par les règles de son ordre juridique interne dans le cadre desquelles il est tenu d'opérer puisque connaître des difficultés concrètes, il ne peut pas invoquer son droit ni sa pratique internes comme constituant un obstacle juridique à l'exécution d'une obligation internationale que la deuxième partie met à sa charge.

2) L'article 32 est calqué sur l'article 27 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités¹⁸⁷, qui disposent qu'une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité. Ce principe général est également applicable aux obligations internationales découlant des règles secondaires de la responsabilité des États énoncées dans la deuxième partie. Le principe peut être tempéré par la règle primaire applicable, ou par une *lex specialis* secondaire, comme l'article 41 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui prévoit une satisfaction équitable au lieu de la réparation intégrale «si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences» de la violation¹⁸⁸.

3) Le principe selon lequel un État responsable ne peut invoquer les dispositions de son droit interne pour justifier la non-exécution de ses obligations secondaires découlant de la commission d'un fait internationalement illicite est confirmé aussi bien par la pratique des États que par la jurisprudence internationale. C'est ainsi, par exemple, que le différend né en 1906 entre le Japon et les États-Unis au sujet des politiques discriminatoires de la Californie en matière

¹⁸⁶ Voir commentaire de l'article 3, par. 2 à 4.

¹⁸⁷ Convention de Vienne sur le droit des traités, 23 mai 1969, *Nations Unies, Recueil des traités*, vol. 1155, p. 331.

¹⁸⁸ *Nations Unies, Recueil des traités*, vol. 213, p. 221, tel que renuméroté par le Protocole n° 11 de 1994. On peut aussi citer l'article 32 de l'Acte général révisé pour le règlement pacifique des différends internationaux, en date du 23 avril 1949, *Nations Unies, Recueil des traités*, vol. 71, p. 101, et l'article 30 de la Convention européenne pour le règlement pacifique des différends (1957), *Nations Unies, Recueil des traités*, vol. 320, p. 243.

d'enseignement a été réglé par une révision de la législation californienne¹⁸⁹. Lors de l'incident concernant le paragraphe 2 de l'article 61 de la Constitution de Weimar, il a fallu un amendement constitutionnel pour que l'Allemagne s'acquitte de l'obligation découlant pour elle de l'article 80 du Traité de Versailles¹⁹⁰. Dans l'affaire de l'*Université Peter Pázmány*, la Cour permanente a jugé que les biens réclamés devaient être restitués «libérés de toutes mesures de disposition, d'administration forcée ou de séquestre»¹⁹¹. En bref, le droit international n'admet pas que les obligations d'un État responsable en vertu de la deuxième partie soient assujetties à l'ordre juridique interne de cet État pas plus qu'il ne permet d'invoquer le droit interne comme excusant la non-exécution des obligations de cessation et de réparation.

Article 33

Portée des obligations internationales énoncées dans la présente partie

1. Les obligations de l'État responsable énoncées dans la présente partie peuvent être dues à un autre État, à plusieurs États ou à la communauté internationale dans son ensemble, en fonction notamment de la nature et du contenu de l'obligation internationale violée et des circonstances de la violation.
2. La présente partie est sans préjudice de tout droit que la responsabilité internationale d'un État peut faire naître directement au profit d'une personne ou d'une entité autre qu'un État.

Commentaire

1) L'article 33 clôt le chapitre I de la deuxième partie en précisant la portée et l'effet des obligations internationales envisagées dans cette partie. En particulier, le paragraphe 1 indique clairement que l'identification de l'État ou des États auxquels les obligations de l'État responsable en vertu de la deuxième partie sont dues est fonction à la fois de la règle primaire établissant l'obligation violée et des circonstances de la violation. Par exemple, la pollution du milieu marin, si elle est massive et généralisée, peut affecter la communauté internationale dans

¹⁸⁹ Voir R. L. Buell, «The development of the anti-Japanese agitation in the United States», *Political Science Quarterly*, vol. 37 (1922), p. 620.

¹⁹⁰ *British and Foreign State Papers*, vol. 112, p. 1094.

¹⁹¹ *Appel contre une sentence du Tribunal arbitral mixte hongaro-tchécoslovaque (Université Peter Pázmány)*, C.P.J.I. série A/B n° 61 (1933), p. 249.

son ensemble ou les États côtiers d'une région; dans d'autres circonstances, elle peut n'affecter qu'un État voisin. Certaines violations graves constituent, du point de vue juridique, des faits illicites distincts en eux-mêmes, parce que leur définition elle-même garantit que seuls les cas graves ou extrêmes sont visés (par exemple le génocide, ou les crimes contre l'humanité), alors que d'autres sont des faits illicites généraux qui, s'ils sont extrêmes ou systématiques, peuvent être équivalents à des violations graves qui affectent tous les membres de la communauté internationale. À l'évidence, la gravité de la violation peut aussi affecter la portée des obligations secondaires de cessation et de réparation.

2) Aux termes du paragraphe 1, les obligations de l'État responsable peuvent être dues à un autre État, à plusieurs États ou à la communauté internationale dans son ensemble. Elles sont dues à plusieurs autres États dans le cas, par exemple, d'une violation qui affecte toutes les autres parties à un traité ou à un régime juridique établi par le droit international coutumier. C'est ainsi que lorsqu'une obligation peut être définie comme une obligation «intégrale», sa violation par un État affecte nécessairement toutes les autres parties au traité¹⁹².

3) Lorsqu'une obligation de réparation est due à un État, la réparation n'est pas nécessairement effectuée au bénéfice de cet État. Par exemple, la responsabilité d'un État peut être engagée pour la violation d'une obligation conventionnelle concernant la protection des droits de l'homme envers toutes les autres parties du traité en question, mais les individus concernés doivent être considérés comme les bénéficiaires ultimes et, en ce sens, comme les titulaires, des droits en question. Des droits individuels peuvent aussi, en droit international, naître en dehors du domaine des droits de l'homme¹⁹³. L'éventail des possibilités est attesté par l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire *LaGrand*¹⁹⁴, dans lequel la Cour a jugé que l'article 36 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires «cré[ait] des

¹⁹² Voir également l'article 42, al. B, ii, et le commentaire y relatif.

¹⁹³ Voir *Compétence des tribunaux de Danzig, 1928, C.P.J.I. série B n° 15*, p. 17 à 21.

¹⁹⁴ *Affaire LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique), Fond*, arrêt du 27 juin 2001.

droits individuels qui, en vertu de l'article 1^{er} du Protocole de signature facultative, peuvent être invoqués devant la Cour par l'État dont la personne détenue a la nationalité»¹⁹⁵.

4) Ces possibilités rendent nécessaire le paragraphe 2 de l'article 33. La deuxième partie concerne les obligations secondaires des États en relation avec la cessation et la réparation, et ces obligations peuvent être dues, notamment, à un État ou à plusieurs États ou à la communauté internationale dans son ensemble. Dans les cas où l'obligation primaire est due à une entité autre qu'un État, il peut exister une procédure permettant à cette entité d'invoquer la responsabilité pour son propre compte et sans l'intervention d'un État. Tel est le cas, par exemple, s'agissant des traités relatifs aux droits de l'homme qui confèrent aux individus affectés le droit de saisir un tribunal ou un autre organe. Ceci est également vrai dans le cas des droits conférés par des accords bilatéraux ou régionaux de protection des investissements. La troisième partie concerne l'invocation de la responsabilité par d'autres États, qu'ils soient considérés comme des «États lésés» en vertu de l'article 42, ou comme d'autres États intéressés en vertu de l'article 48, ou qu'ils exercent des droits spécifiques d'invoquer la responsabilité en vertu d'une règle particulière (voir art. 55). Les articles n'envisagent pas la possibilité que la responsabilité soit invoquée par des entités autres que des États, et c'est ce que précise le paragraphe 2. C'est à la règle primaire particulière qu'il incombe de déterminer si et dans quelle mesure des entités autres que des États peuvent invoquer la responsabilité en leur nom propre. Le paragraphe 2 ne fait que constater cette possibilité: d'où l'expression «peut faire naître directement au profit d'une personne ou d'une entité autre qu'un État».

¹⁹⁵ Ibid., par. 77. En l'espèce, la Cour n'a pas jugé nécessaire de décider si le droit individuel invoqué revêtait «le caractère de droit de l'homme»: ibid., par. 78.