

Perspectives of International Law
in the 21st Century
Perspectives du droit international
au 21e siècle

Liber Amicorum Professor Christian Dominicé
in Honour of his 80th Birthday

Edited by

Marcelo Kohen

Robert Kolb

Djacoba Liva Tehindrazanarivelo

MARTINUS

NIJHOFF

PUBLISHERS

LEIDEN • BOSTON

2012

**REMARQUES SUR LA JURISPRUDENCE RÉCENTE DE LA C.I.J.
DANS LE DOMAINE DE LA RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE**

Alain Pellet

« L'institution de la responsabilité pour fait illicite est au cœur de tout ordre juridique. S'il n'existe pas de règles définissant les effets juridiques d'une violation du droit, la notion d'ordre juridique est vide de sens, car il n'y a pas de différence entre le comportement conforme au droit et celui qui ne l'est pas. »¹

Le droit de la responsabilité internationale de l'État a toujours été d'essence prétorienne. Ce sont les tribunaux arbitraux constitués à la fin du XIX^{ème} siècle et au début du XX^{ème} qui en ont posé les bases – surtout dans les affaires opposant des États européens ou les États-Unis d'Amérique aux pays latino-américains, sommés de respecter leurs obligations internationales à l'égard surtout des intérêts étrangers menacés par les révolutions à répétition et l'instabilité régnant alors dans le sous-continent. C'est la Cour permanente qui l'a figé en des formules bien frappées devenues aujourd'hui la vulgate du droit de la responsabilité. Et, dans une large mesure, la C.D.I. a pris note, dans ses Articles de 2001, de ce droit d'essence jurisprudentielle sans en contester les éléments fondamentaux et en se contentant d'en combler certaines lacunes et d'en lever des incertitudes, tout en y ajoutant un zeste prudent mais bien venu de développement progressif.

Se bornant à relever, au coup par coup, que telle ou telle disposition des Articles de la C.D.I. exprime l'état du droit international coutumier aux fins du règlement de l'affaire qui lui est soumise, la Cour, à juste titre, ne se considère pas comme tenue de trancher la question de savoir si les Articles de la CDI sur la responsabilité de l'État – auxquels elle se réfère inégalement selon ses arrêts² – reflètent globalement des règles

¹ Ch. Dominicé, « Observations sur les droits de l'État victime d'un fait internationalement illicite », in *L'ordre juridique international entre tradition et innovation. Recueil d'études*, P.U.F., 1997, p. 261.

² Huit fois dans son arrêt du 25 septembre 1997, *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, *Rec.* 1997, p. 7 (*ibid.*, pp. 38 - 39, par. 47, p. 39, par. 50, p. 40, par. 51, p. 41, par. 53, p. 42, par. 55, p. 46, par. 58, p. 54, par. 79, p. 55, par. 83), alors même qu'il ne s'agissait que du projet adopté provisoirement par la C.D.I. en première lecture ; mais pas une seule fois dans le dernier arrêt qu'elle a rendu en matière de responsabilité le 30 novembre 2010 dans l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*.

coutumières³. À ce jour⁴, la Cour n'a pas eu l'occasion de prendre position sur les avancées que constituent (principalement) les articles 33, 40 et 41⁵, 42, 48 et 54 qui enracinent le concept de communauté internationale dans le droit de la responsabilité et en tirent quelques conséquences. En revanche elle a estimé que les dispositions suivantes exprimaient le droit positif :

- article 4 (« Comportement des organes de l'État »)⁶,
- article 5 (« Comportement d'une personne ou d'une entité exerçant des prérogatives de puissance publique »)⁷ ;
- article 8 (« Comportement sous la direction ou le contrôle de l'État »)⁸ ;
- article 14, paragraphe 3 (obligation de prévention)⁹ ;
- article 16 (« Aide ou assistance dans la commission du fait internationalement illicite »)¹⁰ ;
- article 25 (« État de nécessité »)¹¹ ;
- article 31 (« Réparation »)¹² ;

³ C.I.J., arrêt, 26 février 2007, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, *Fond, Rec.* 2007, par. 414.

⁴ La présente contribution prend en compte la jurisprudence de la Cour postérieure à l'adoption des Articles de la C.D.I. (2001), jusqu'à la date de sa rédaction (décembre 2010).

⁵ Toutefois, sans les mentionner, elle s'en est faite l'écho dans son avis consultatif *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé* ; v. *infra*, note 101.

⁶ C.I.J., arrêt, 19 décembre 2005, *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, *Rec.* 2005, p. 226, par. 160 ; *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, *supra* note 3, pars. 385 et 388.

⁷ C.I.J., *Activités armées sur le territoire du Congo*, *ibid.*, p. 226, par. 160 ; *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, *ibid.*, par. 414 .

⁸ C.I.J., *Activités armées sur le territoire du Congo*, *ibid.*, p. 226, par. 160 ; *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, *ibid.*, pars. 398-407.

⁹ C.I.J., *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, *ibid.*, par. 431.

¹⁰ *Ibid.*, par. 420.

¹¹ C.I.J., avis consultatif, 9 juillet 2004, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, *Rec.* 2004, p. 195, par. 140.

¹² C.I.J., *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, *supra* note 3, par. 460.

- article 36 (« Indemnisation »)¹³ ;
- article 45 (« Renonciation au droit d'invoquer la responsabilité »)¹⁴ ;
- article 58 (« Responsabilité individuelle »)¹⁵.

En faisant application de ces règles, la Cour a donné d'intéressantes précisions sur leur interprétation et leur portée en ce qui concerne notamment le système même de la responsabilité internationale et la notion de fait internationalement illicite (A.), l'attribution d'un tel fait à l'État (B.) ; et le contenu et la mise en œuvre de la responsabilité (C.).

A. Le système de la responsabilité internationale et la notion de fait internationalement illicite

Bien qu'elle n'ait, à juste titre, jamais considéré la question sous un angle doctrinal, la Cour a confirmé indirectement que la responsabilité de l'État est engagée au plan international lorsqu'un comportement attribuable à l'État constitue une violation d'une obligation internationale de celui-ci¹⁶ – sans se préoccuper à ce stade de son raisonnement de la question de savoir si le fait internationalement illicite en question avait causé un dommage à l'État défendeur¹⁷.

Ainsi, dans l'affaire du *Génocide*, la Cour, a constaté dans un premier temps que les massacres commis dans la région de Srebrenica étaient constitutifs du crime de génocide au sens de la Convention de 1948 (élément objectif) puis, « en vue de rechercher si la responsabilité internationale de la Serbie était susceptible d'être engagée » en liaison avec ce fait, elle s'est demandé « si les actes de génocide commis pourraient être attribués au défendeur en application des règles du droit international coutumier de la responsabilité internationale des États » en précisant que « cela revient à se demander si ces actes ont été commis par

¹³ *Ibid.*

¹⁴ C.I.J., *Activités armées sur le territoire du Congo*, *supra* note 6, p. 266, para. 293

¹⁵ C.I.J., *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, *supra* note 3, par. 173.

¹⁶ Cf. l'article 2 des Articles de la C.D.I.

¹⁷ L'exclusion du dommage en tant qu'élément *constitutif* de la responsabilité constitue l'un des apports essentiels d'Ago à la réflexion sur la responsabilité internationale (v. à ce sujet Ch. Dominicé, « The International Responsibility of States for Breach of Multilateral Obligations », *E.J.I.L.*, 1999, vol. 10, n° 2, pp. 359-360; ou A. Pellet, « Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement suite – et fin? », *A.F.D.I.* 2002, pp. 1-23.

des personnes ou des organes dont le comportement est attribuable (...) à l'État défendeur »¹⁸. De même, dans l'affaire des *Activités armées*, la Cour a commencé par vérifier la réalité des faits imputés à l'Ouganda, en les qualifiant ensuite comme « des violations massives des droits de l'homme et de graves manquements au droit international humanitaire »¹⁹, pour répondre ensuite « à la question de savoir si les actes et omissions des UPDF, de leurs officiers et de leurs soldats sont attribuables à l'Ouganda »²⁰. Et dans son avis consultatif de 2004, « [l]a Cour ayant constaté que l'édification du mur dans le territoire palestinien occupé, y compris à l'intérieur et sur le pourtour de Jérusalem-Est, et le régime qui lui est associé étaient contraires à diverses obligations internationales d'Israël », elle en déduit qu'« il s'ensuit que la responsabilité de cet État est engagée selon le droit international »²¹.

Sans surprise, la Cour a mis sur le même plan les violations d'obligations conventionnelles²² et coutumières²³, confirmant ainsi la non-pertinence de l'origine ou de la nature de l'obligation violée²⁴. De même, elle a confirmé qu'un État ne saurait s'exonérer de sa responsabilité internationale en s'abritant derrière les règles de son droit interne. Ainsi, dans l'affaire des *Usines de pâte à papier*, la Haute Juridiction a retenu la responsabilité de l'Uruguay pour manquement aux obligations de notification lui incombant en vertu du Statut du fleuve Uruguay de 1975 en relevant que cet État avait « donné la priorité à sa propre

¹⁸ C.I.J., *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, *supra* note 3, para. 379.

¹⁹ C.I.J., *Activités armées sur le territoire du Congo*, *supra* note 6, p. 239, par. 207.

²⁰ *Ibid.*, p. 242, par. 213.

²¹ C.I.J., *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, *supra* note 11, p. 197, par. 147.

²² Par exemples des articles II et III de la Convention sur le génocide de 1948 (C.I.J., *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, *supra* note 3, pars. 231-376 et respectivement pars. 377-424) ou l'article 13 du Pacte des droits civils et politiques et l'article 12, paragraphe 4, de la Charte africaine (C.I.J., *Diallo*, *supra* note 2, pars. 64-74).

²³ C.I.J., arrêt, 6 novembre 2003, *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)*, *Fond*, *Rec.* 2003, pp. 182-183, par. 42 ; C.I.J., *Activités armées sur le territoire du Congo*, *supra* note 6, p. 243, par. 217 ; C.I.J., *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, *supra* note 11, p. 171, par. 86.

²⁴ Cf. l'art. 12 des Articles de la C.D.I. V. aussi C.I.J., *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, *supra* note 2, p. 38, par. 47. Dans le même sens, mais avec des nuances, voir aussi Ch. Dominicé, « The International Responsibility of States for Breach of Multilateral Obligations », *op.cit.* note 17, pp. 356-357.

législation sur les obligations de nature procédurale qu'il tenait du statut de 1975 » ; mais, curieusement, au lieu de se référer au principe rappelé à l'article 3 des Articles de la C.D.I.²⁵, la Cour précise que l'Uruguay a méconnu ainsi « la règle coutumière bien établie, reflétée à l'article 27 de la convention de Vienne sur le droit des traités, aux termes duquel '[u]ne partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité' »²⁶ ; ce faisant, elle opère une confusion, sans incidence concrète, mais intellectuellement fâcheuse, entre les sphères respectives du droit des traités d'une part et du droit de la responsabilité des États d'autre part, confusion contre laquelle elle avait pourtant mis en garde dans l'affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*²⁷.

Dans ses deux arrêts de 2001 et 2004 relatifs à l'application de l'article 36 de la Convention sur les relations consulaires, la Cour semble mettre définitivement fin à une incertitude souvent soulignée sur la question de savoir si la simple contrariété d'une loi interne avec une obligation internationale suffisait à établir la responsabilité de l'État ou si celle-ci n'était engagée que par l'application effective de la disposition en cause²⁸. Dans ses arrêts *LaGrand* et *Avena*, la C.I.J. opte clairement pour la seconde solution :

« En elle-même, cette règle [de la 'carence procédurale'] ne viole pas l'article 36 de la convention de Vienne. Le problème se pose lorsque la règle de la carence procédurale ne permet pas à une personne détenue de faire recours contre sa condamnation et sa peine en prétendant, sur la base du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention, que les autorités nationales compétentes ne se seraient pas acquittées de leur obligation d'informer 'sans retard' les autorités consulaires compétentes, empêchant par là même cette personne de solliciter et d'obtenir l'assistance consulaire de l'État d'envoi »²⁹.

²⁵ Aux termes de cette disposition : « La qualification du fait de l'État comme internationalement illicite relève du droit international. Une telle qualification n'est pas affectée par la qualification du même fait comme licite par le droit interne ».

²⁶ C.I.J., arrêt, 20 avril 2010, *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, par. 121.

²⁷ C.I.J., *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, supra note 2, p. 38, par. 47 ; pour une confusion similaire, v. C.I.J., arrêt, 4 juin 2008, *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, Rec.2008, pp. 222-223, pars. 122 et 124.

²⁸ Ch. Dominicé, « Observations sur les droits de l'État victime d'un fait internationalement illicite », in *L'ordre juridique international entre tradition et innovation. Recueil d'études*, P.U.F., 1997, pp. 265-266, not. note 11.

²⁹ C.I.J., arrêt, 27 juin 2001, *LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, Rec. 2001, p. 497, par. 90 et C.I.J., arrêt, 31 mars 2004, *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique)*, Rec. 2004, p. 56, par. 112.

En se prononçant de cette manière, la Cour confirme la position – pourtant très discutable – qu’elle avait prise dans l’affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* dans laquelle elle avait dissocié la question de la responsabilité de la Slovaquie pour le recours à la « variante C » d’une part, et pour sa mise en service d’autre part³⁰.

Autre incertitude à laquelle la jurisprudence récente de la Cour met fin (et, cette fois, de façon heureuse) : dans son arrêt de 2007, elle décrit d’une manière conforme au bon sens la distinction entre obligations de comportement d’une part et obligations de résultat d’autre part :

« En deuxième lieu, il est clair que l’obligation dont il s’agit [de prévenir le génocide] est une obligation de comportement et non de résultat, en ce sens que l’on ne saurait imposer à un État quelconque l’obligation de parvenir à empêcher, quelles que soient les circonstances, la commission d’un génocide : l’obligation qui s’impose aux États parties est plutôt celle de mettre en œuvre tous les moyens qui sont raisonnablement à leur disposition en vue d’empêcher, dans la mesure du possible, le génocide. La responsabilité d’un État ne saurait être engagée pour la seule raison que le résultat recherché n’a pas été atteint ; elle l’est, en revanche, si l’État a manqué manifestement de mettre en œuvre les mesures de prévention du génocide qui étaient à sa portée, et qui auraient pu contribuer à l’empêcher »³¹.

De même, dans l’affaire des *Usines de pâte à papier*, la Cour a considéré que

« l’obligation formulée à l’article 36 [du Statut du fleuve Uruguay de 1975] incombe aux deux Parties et leur impose d’adopter un comportement spécifique consistant à prendre les mesures nécessaires de façon coordonnée, par l’intermédiaire de la commission, pour éviter toute modification de l’équilibre écologique. L’obligation d’adopter des mesures réglementaires ou administratives, que ce soit de manière individuelle ou conjointe, et de les mettre en œuvre constitue une obligation de comportement. Les deux Parties doivent donc, en application de l’article 36, faire preuve de la diligence requise (*‘due diligence’*) en agissant dans le cadre de la commission pour prendre les mesures nécessaires à la préservation de l’équilibre écologique du fleuve »³².

³⁰ C.I.J., *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, *supra* note 2, pp. 53-55, pars. 74-81 et p. 82, par. 155.1.B et C.

³¹ C.I.J., arrêt, 26 février 2007, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, *supra* note 3, pars. 429-430.

³² C.I.J., *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, *supra* note 26, par. 187.

Ces clarifications revêtent une certaine importance car, dans le projet adopté en première lecture, la C.D.I. avait, sur la proposition d'Ago, retenu des définitions hétérodoxes de ces deux catégories d'obligations³³ qui avaient fait l'objet de très vives critiques doctrinales³⁴ et, dans son projet définitif, la Commission a, suite au rapport de son Rapporteur spécial, James Crawford, qui faisait part de ses doutes sur l'utilité de la distinction³⁵, renoncé à en faire état. Dans le passage précité, la Cour revient à une définition plus classique, plus simple et plus opératoire de ces notions telles que les envisageait le droit romain dont la distinction est issue : « au sens du droit romain, les obligations de résultat comportent dans une certaine mesure une garantie du résultat, alors que les obligations de comportement s'apparentent plutôt à une obligation de faire de son mieux, de faire tout ce qui est en son pouvoir pour parvenir à un résultat, mais sans engagement quant au résultat final »³⁶.

Dans le même ordre d'idée, l'arrêt de 2007 apporte d'importantes précisions sur l'obligation de prévention – qui faisait l'objet d'un article distinct (23) dans le projet de première lecture³⁷ mais n'est que mentionnée au paragraphe 3 de l'article 14 des Articles de 2001 qui reprend – avec quelques nuances rédactionnelles – le texte de l'ancien article 26 consacré au moment et à la durée d'une obligation internationale de prévenir un évènement donné. Dans l'affaire du *Génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie)*, la Cour :

- constate le caractère subsidiaire de l'obligation de prévention : « C'est seulement si la Cour répond par la négative aux deux premières questions [consistant à se demander si la Serbie a commis un génocide ou en a été complice] qu'elle devra se demander si le défendeur a, pour l'ensemble des faits constitutifs de génocide, satisfait à

³³ V. les articles 20 et 21 du projet de première lecture, *Ann. C.D.I.* 1977, vol. II, 2^{ème} partie, pp. 13-31.

³⁴ Sur ce débat, v. not. J. Combacau, « Obligations de résultat et obligations de comportement – Quelques questions et pas de réponse », in *Le droit international : unité et diversité. Mélanges offerts à Paul Reuter*. Paris, Pedone, 1981, pp. 181-204 ; P.M. Dupuy, « Reviewing the Difficulties of Codification : On Ago's Classification of Obligations of Means and Obligations of Result in Relation to State Responsibility », *E.J.I.L.* 1999, pp. 371-385 ; ou A. Marchesi, *Obblighi di condotta e obblighi di risultato : contributo allo studio degli obblighi internazionali*, Giuffrè, Milan, 2003, X-174 p.

³⁵ V. son deuxième rapport, A/CN.4/498, pp. 24-42, pars. 55-92.

³⁶ J. Crawford, *ibid.*, p. 27, par. 57 ; dans le même sens, J. Combacau, *op. cit.* note 34, p. 196.

³⁷ V. *Ann. C.D.I.* 1978, vol. II, 2^{ème} partie, pp. 91-97.

son obligation de prévention » en vertu de l'article III de la Convention de 1948³⁸ ;

- estime que l'obligation de prévention « ne se confond pas avec l'obligation de punition » et qu'« elle ne peut pas non plus être regardée comme une simple composante de cette dernière »³⁹ ;

- relève que « [l]e contenu de l'obligation de prévention varie d'un instrument à l'autre, selon le libellé des dispositions pertinentes et en fonction de la nature même des actes qu'il s'agit de prévenir » – ce qui veut dire que, comme l'avaient relevé plusieurs États à propos de l'article 23 du projet de la C.D.I. de première lecture, celui-ci portait sur des règles de droit substantiel et concernait des obligations primaires et n'avait donc pas sa place dans un projet de ce type⁴⁰ ;

- précise que, s'agissant d'une obligation de comportement, « [p]eu importe ... que l'État dont la responsabilité est recherchée allègue, voire qu'il démontre, que s'il avait mis en œuvre les moyens dont il pouvait raisonnablement disposer, ceux-ci n'auraient pas suffi à empêcher la commission du génocide. Une telle circonstance, d'ailleurs généralement difficile à prouver, est sans pertinence au regard de la violation de l'obligation de comportement dont il s'agit »⁴¹ ; et,

- endosse le principe posé à l'article 14, paragraphe 3, des Articles de 2001 :

« En troisième lieu, la responsabilité d'un État pour violation de l'obligation de prévenir le génocide n'est susceptible d'être retenue que si un génocide a effectivement été commis. C'est seulement au moment où l'acte prohibé (le génocide ou l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III de la Convention) a commencé à être commis que la violation d'une obligation de prévention est constituée. À cet égard, la Cour rappelle une règle générale du droit de la responsabilité internationale des États, que la CDI a énoncée au paragraphe 3 de l'article 14 de ses articles sur la responsabilité de l'État (...).

Cela ne signifie évidemment pas que l'obligation de prévenir le génocide ne prend naissance qu'au moment où le génocide commence à être perpétré, ce qui serait absurde, puisqu'une telle obligation a précisément

³⁸ C.I.J., *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, supra note 3, par. 382.

³⁹ *Ibid.*, par. 427.

⁴⁰ V. J. Crawford, deuxième rapport, A/CN.4/498, p. 39, par. 84 ; telle semble avoir été également la position du Rapporteur spécial (v. *ibid.*, pp. 41-42, par. 90).

⁴¹ C.I.J., *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, supra note 3, par. 430.

pour objet d'empêcher, ou de tenter d'empêcher, la survenance d'un tel acte. En réalité, l'obligation de prévention et le devoir d'agir qui en est le corollaire prennent naissance, pour un État, au moment où celui-ci a connaissance, ou devrait normalement avoir connaissance, de l'existence d'un risque sérieux de commission d'un génocide. Dès cet instant, l'État est tenu, s'il dispose de moyens susceptibles d'avoir un effet dissuasif à l'égard des personnes soupçonnées de préparer un génocide, ou dont on peut raisonnablement craindre qu'ils nourrissent l'intention spécifique (*dolus specialis*), de mettre en œuvre ces moyens, selon les circonstances. Pour autant, si ni le génocide ni aucun des autres actes énumérés à l'article III de la Convention n'est finalement mis à exécution, la responsabilité de l'État qui se sera abstenu d'agir alors qu'il l'aurait pu ne pourra pas être recherchée a posteriori, faute que soit survenu l'événement en l'absence duquel la violation de l'obligation de prévention n'est pas constituée, selon la règle ci-dessus énoncée »⁴².

Enfin, dans l'affaire du *Génocide (Bosnie-Herzégovine)*, la Cour, confirmant dans son arrêt sur le fond de 2007, la position qu'elle avait prise dans celui de 1996 sur les *Exceptions préliminaires*⁴³, établit que responsabilité pénale des individus et responsabilité internationale ne sont pas exclusives l'une de l'autre et « qu'un État peut voir sa responsabilité engagée en vertu de la Convention pour génocide et complicité de génocide, sans qu'un individu ait été reconnu coupable de ce crime ou d'un crime connexe »⁴⁴.

Bien entendu, la jurisprudence récente de la Cour confirme qu'il n'y a fait internationalement illicite qu'en l'absence de circonstance excluant l'illicéité, au sens du chapitre V de la première partie des Articles de la C.D.I.

À cet égard, l'arrêt de 2005 dans l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo* apporte une clarification utile en ce qui concerne le

⁴² *Ibid.*, par. 431. Par douze voix contre trois, la Cour a dit que, « s'agissant du génocide commis à Srebrenica en juillet 1995, la Serbie a violé l'obligation de prévenir le génocide prescrite par la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide » (*ibid.*, par. 571.5)). Sans remonter aux affaires du *Détroit de Corfou* ou des *Otages*, la Cour s'est prononcée dans d'autres affaires récentes sur l'application d'obligations de prévention (v. par ex. : C.I.J., *Activités armées sur le territoire du Congo supra* note 6, p. 231, par. 179 ; p. 252, par. 246 ; p. 253, par. 248) ou C.I.J., *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay, supra* note 26, pars. 101 ou 185.

⁴³ V. C.I.J., arrêt, 11 juillet 1996, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, *Exceptions préliminaires*, Rec. 1996, p. 616, par. 32.

⁴⁴ C.I.J., *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de*, supra note 3 par. 182.

consentement de la victime en opérant une distinction entre d'une part le consentement au fait internationalement illicite et, d'autre part, la reconnaissance de la nécessité d'un processus permettant de mettre fin à un tel fait de manière ordonnée⁴⁵. Une telle distinction – qui peut s'avérer difficile dans certaines circonstances – pourrait avoir d'importantes conséquences pour l'analyse des accords mettant fin à un conflit armé ou des résolutions du Conseil de sécurité tirant les conséquences d'un fait internationalement illicite (y compris d'une violation grave d'une obligation découlant d'une norme impérative du droit international général).

S'agissant de la légitime défense, deux arrêts rendus durant la période étudiée en traitent longuement⁴⁶ ; mais, dans les deux cas, ils se placent non sur le terrain du droit de la responsabilité, mais sur celui du droit de la Charte⁴⁷ – dont la légitime défense relève en effet, alors que, comme l'a constamment soutenu l'auteur de ces lignes, elle constitue une *lex specialis* qui n'a aucunement sa place dans la codification du droit international général de la responsabilité⁴⁸. Il en va de même de l'avis consultatif du 9 juillet 2004 sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*⁴⁹, qui, mentionnant l'article 25 des Articles de la C.D.I., rappelle en outre que l'état de nécessité ne peut être invoqué que si les mesures adoptées étaient le seul moyen de protéger les intérêts de l'État qui s'en prévaut⁵⁰.

Les apports de la jurisprudence récente de la C.I.J. à la définition des comportements susceptibles de constituer des faits internationalement

⁴⁵ C.I.J., *Activités armées sur le territoire du Congo supra* note 6, p. 211, par. 99 ; dans le même arrêt la Cour rappelle que le consentement doit être dépourvu d'ambiguïté (*ibid.*, p. 199, pars. 50-52 ; ou p. 210, pars 95-97).

⁴⁶ C.I.J., *Plates-formes pétrolières, supra* note 23, pp. 180-199, pars. 37-78; et *Activités armées sur le territoire du Congo supra* note 6, pp. 215-223, pars. 112-147.

⁴⁷ V. *Rec.* 2003, p. 183, par. 42 ; pp. 186-187, par. 51 ; p. 189, par. 57 ; pp. 191-192, par. 64 ; ou *Rec.* 2005, pp. 221-223, pars. 142-147 ; v. aussi, p. 269, par. 304. Dans tous ces passages la Cour se prononce sur la question de savoir si les conditions posées par l'article 51 de la Charte à l'exercice de la légitime défense sont réunies ; dans aucun elle n'évoque ni formellement ni en substance l'article 21 des Articles de la C.D.I.

⁴⁸ V. A. Pellet, « Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement suite – et fin? », *op.cit.* note 17, p. 6 ; v. aussi *Ann. C.D.I.* 2001, vol. I, p. 105, par. 88.

⁴⁹ C.I.J., *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, supra* note 11, p. 194, par. 139.

⁵⁰ *Ibid.*, pp. 194 - 195, par. 140.

illicites sont loin d'être négligeables. C'est cependant en ce qui concerne l'attribution qu'ils sont les plus significatifs.

B. L'attribution à l'État d'un comportement illicite

Dans son arrêt de 2005 relatif aux *Activités armées sur le territoire du Congo*, la Cour rappelle que « [c]onformément à une règle de droit international bien établie, qui revêt un caractère coutumier, 'le comportement de tout organe d'un État doit être regardé comme un fait de cet État' »⁵¹ ; mais, alors même que l'article 4, paragraphe 1, des Articles de la C.D.I. énonce très clairement cette règle⁵², dans ce passage, la Cour ignore cet instrument⁵³ et préfère se référer à sa propre jurisprudence en citant son avis consultatif de 1999 sur le *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*⁵⁴ ; il est vrai que, dans cet avis, elle avait précisé que « [c]ette règle, qui revêt un caractère coutumier, trouve son expression à l'article 6 du projet d'articles sur la responsabilité des États, adopté à titre provisoire par la Commission du droit international en première lecture »⁵⁵. Au surplus, dans un passage antérieur de son arrêt, la Cour s'est référée expressément aux articles 4, 5 et 8 des Articles de la C.D.I. :

« De l'avis de la Cour, le comportement du MLC n'était ni celui d'un 'organe' de l'Ouganda (article 4 du projet d'articles de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite (2001)), ni celui d'une entité exerçant des prérogatives de puissance publique pour son compte (art. 5). La Cour a cherché à

⁵¹ C.I.J., *Activités armées sur le territoire du Congo*, *supra* note 6, p. 242, par. 213.

⁵² « Le comportement de tout organe de l'État est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international... ».

⁵³ Dans ce même arrêt de 2005, la Haute Juridiction préfère se fonder sur les règles propres au droit des conflits armés que sur l'article 7 des Articles de la C.D.I. pour établir que le comportement d'un organe de l'État (en l'espèce ses forces armées) engage la responsabilité de celui-ci « même s'il outrepassé sa compétence ou contrevient à ses instructions », alors même que cette disposition précise ceci expressément tandis qu'on ne peut le déduire qu'implicitement de celles que cite la Cour : « D'après une règle bien établie, de caractère coutumier, énoncée à l'article 3 de la quatrième convention de La Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre de 1907 ainsi qu'à l'article 91 du protocole additionnel I aux conventions de Genève de 1949, une partie à un conflit armé est responsable de tous les actes des personnes qui font partie de ses forces armées » (*Activités armées sur le territoire du Congo*, *supra* note 6, p. 226, par. 160).

⁵⁴ C.I.J., avis consultatif, 29 avril 1999, *Rec.* 1999 (I), p. 87, par. 62.

⁵⁵ *Ibid.*

déterminer si le MLC avait agi ‘sur les instructions ou les directives ou sous le contrôle de’ l’Ouganda (art. 8) et estime ne disposer d’aucun élément probant que tel était le cas. Point n’est donc besoin, en l’espèce, de se poser la question de savoir s’il est satisfait aux critères requis pour considérer qu’un degré de contrôle suffisant était exercé à l’égard de paramilitaires (voir *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d’Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 62-65, par. 109-115) »⁵⁶.

L’arrêt de 2005 confirme donc non seulement la teneur et la positivité des articles 4 (Comportement des organes de l’État), 5 (Comportement d’une personne ou d’une entité exerçant des prérogatives de puissance publique), 7 (Excès de pouvoir ou comportement contraire aux instructions) et 8 (Comportement sous la direction ou le contrôle de l’État), mais encore, plus généralement, cette décision confirme que le chapitre II des Articles de 2001 établit la grille normative à partir de laquelle il convient d’apprécier si un comportement peut être attribué à l’État au plan international. Cela ressort de manière encore plus nette de la démarche suivie par la Cour dans son arrêt de 2007 dans l’affaire du *Génocide (Bosnie-Herzégovine)*.

Dans un premier temps, la C.I.J. s’interroge sur la question « de savoir si sont attribuables à l’État défendeur, en tout ou en partie, les massacres commis à Srebrenica au cours de la période considérée, constitutifs du crime de génocide au sens de l’article II et du *litt. a)* de l’article III de la Convention » ; et elle précise que :

« Cette question, en vérité, se décompose en deux volets que la Cour doit considérer successivement. Il y a lieu, d’abord, de se demander si les actes commis à Srebrenica l’ont été par des organes de l’État défendeur, c’est-à-dire par des personnes ou entités dont le comportement est nécessairement attribuable à ce dernier, parce qu’elles sont les instruments mêmes de son action. Il y aura lieu ensuite, en cas de réponse négative à la question précédente, de se demander si les actes en cause ont été commis par des personnes qui, bien que ne constituant pas des organes de l’État défendeur, ont agi cependant sur les instructions ou les directives ou sous le contrôle de ce dernier »⁵⁷.

La première étape consiste à se demander si le génocide de Srebrenica a été commis par un organe de la Serbie au sens de l’article 4 des

⁵⁶ C.I.J., *Activités armées sur le territoire du Congo*, supra note 6, p. 226, par. 160.

⁵⁷ C.I.J., *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de*, supra note 3, par. 384.

Articles de la C.D.I. – ce que fait la Cour aux paragraphes 385 à 395 de son arrêt⁵⁸, conformément « à la règle bien établie, et qui constitue l'une des pierres angulaires du droit de la responsabilité internationale, selon laquelle le comportement de tout organe de l'État est considéré comme un fait de l'État selon le droit international, et engage par suite la responsabilité dudit État s'il constitue une violation d'une obligation internationale qui s'impose à ce dernier. Cette règle, qui relève du droit international coutumier, est énoncée à l'article 4 de la CDI sur la responsabilité de l'État »⁵⁹.

Puis, ayant répondu à cette première question par la négative, la Cour s'interroge, aux paragraphes 396 à 412, sur « La question de l'attribution du génocide de Srebrenica au défendeur à raison de ses instructions ou de son contrôle ». « À cet égard, » précise-t-elle, « la règle pertinente, qui appartient au droit coutumier de la responsabilité internationale, est énoncée à l'article 8 des articles de la CDI sur la responsabilité de l'État »⁶⁰.

La Haute Juridiction saisit cette occasion pour réaffirmer avec vigueur le « test du *Nicaragua* », que le T.P.I.Y. avait eu le front de contester⁶¹. Dans son arrêt de 1986, la Cour avait établi un critère particulièrement rigoureux qui l'avait conduite à écarter la responsabilité des États-Unis pour les actes des *contras* (les groupes armés contre-révolutionnaires au Nicaragua) :

« même prépondérante ou décisive, la participation des États-Unis à l'organisation, à la formation, à l'équipement, au financement et à l'approvisionnement des *contras*, à la sélection de leurs objectifs militaires ou paramilitaires et à la planification de toutes leurs opérations demeure insuffisante en elle-même (...) pour que puissent être attribués

⁵⁸ Cette section de l'arrêt est intitulée : « La question de l'attribution du génocide de Srebrenica au défendeur à raison du comportement de ses organes ».

⁵⁹ C.I.J., *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de, supra* note 3, par. 385.

⁶⁰ L'article 8 se lit ainsi : « Le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international si cette personne ou ce groupe de personnes, en adoptant ce comportement, agit en fait sur les instructions ou les directives ou sous le contrôle de cet État. ».

⁶¹ Dans les termes du Tribunal, « [l]a condition requise d'après le droit international pour que les actes commis par des personnes privées soient attribués à des États est que l'État exerce un contrôle sur ces personnes. Le degré de contrôle peut toutefois varier en fonction des faits de chaque cause. La Chambre d'appel ne voit pas pourquoi le droit international devrait imposer en toutes circonstances un seuil élevé pour le critère du contrôle » (Chambre d'appel, arrêt, 15 juillet 1999, affaire IT-94-1, *Le Procureur c. Tadić*, par. 117 (italiques dans le texte original)).

aux États-Unis les actes commis par les *contras* au cours de leurs opérations militaires ou paramilitaires au Nicaragua. (...) Pour que la responsabilité juridique [des États-Unis] soit engagée, il devrait en principe être établi qu'ils avaient le contrôle effectif des opérations militaires ou paramilitaires au cours desquelles les violations en question se seraient produites »⁶².

Se calant sur cette position, la Cour en fait une application rigide pour rejeter l'idée d'une responsabilité à ce titre de la Serbie dans le génocide perpétré à Srebrenica :

- remettant assez vertement le T.P.I.Y. « à sa place », la Cour observe que celui-ci « n'était pas appelé dans l'affaire *Tadić*, et qu'il n'est pas appelé en règle générale, à se prononcer sur des questions de responsabilité internationale des États, sa juridiction étant de nature pénale et ne s'exerçant qu'à l'égard des individus. Le Tribunal s'est donc, dans l'arrêt précité, intéressé à une question dont l'examen n'était pas nécessaire pour l'exercice de sa juridiction »⁶³ ;

- toute idée de *comitas gentium* ainsi écartée, elle fait « remarquer que le critère du 'contrôle global' [retenu par le Tribunal dans l'affaire *Tadić*] présente le défaut majeur d'étendre le champ de la responsabilité des États bien au-delà du principe fondamental qui gouverne le droit de la responsabilité internationale, à savoir qu'un État n'est responsable que de son propre comportement, c'est-à-dire de celui des personnes qui, à quelque titre que ce soit, agissent en son nom. (...) [L]e critère du 'contrôle global' est inadapté, car il distend trop, jusqu'à le rompre presque, le lien qui doit exister entre le comportement des organes de l'État et la responsabilité internationale de ce dernier »⁶⁴ ;

- et, la Cour écarte, également assez sèchement, l'argument du Nicaragua, qui lui avait suggéré « non pas [de] répudier mais [d']'oublier *Nicaragua*' »⁶⁵ en faisant

« valoir que le crime de génocide, lequel peut être constitué par un grand nombre d'actes isolés plus ou moins séparés dans le temps et dans

⁶² C.I.J., arrêt, 27 juin 1986, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, *Fond, Rec.* 1986, pp. 64-65, par. 115.

⁶³ C.I.J., *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, *supra* note 3, par. 403.

⁶⁴ *Ibid.*, par. 406.

⁶⁵ CR 2006/8, 3 mars 2006, p. 34, par. 63 (A. Pellet).

l'espace, est d'une nature particulière. Celle-ci, argue-t-il, justifierait, entre autres conséquences, que le 'contrôle effectif' de l'État dont la responsabilité est recherchée soit apprécié non point au regard de chacun de ces actes particuliers, mais au regard de l'ensemble des opérations conduites par les auteurs directs du génocide. De l'avis de la Cour, cependant, aucune particularité du génocide ne justifie qu'elle s'écarte du critère dégagé dans l'arrêt rendu en l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (*Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique*) (...). En l'absence d'une *lex specialis* expresse, les règles relatives à l'attribution d'un comportement internationalement illicite à un État sont indépendantes de la nature de l'acte illicite en question. Le génocide sera regardé comme attribuable à l'État si et dans la mesure où les actes matériels, constitutifs du génocide, commis par des organes ou des personnes autres que ses propres agents l'ont été, en tout ou en partie, selon les instructions ou sous la direction ou le contrôle effectif de cet État. Ainsi se présente aujourd'hui le droit international coutumier en la matière, tel que reflété par les articles de la CDI sur la responsabilité de l'État »⁶⁶.

On peut difficilement être plus clair : « inventeur » du concept de « contrôle effectif » au sens de l'arrêt *Nicaragua*, la Cour s'y tient et entend qu'il soit accepté par les autres juridictions internationales qui pourraient avoir vocation à l'appliquer. Du même coup, elle donne « force de droit » à l'article 8 des Articles de la C.D.I. qui, malgré des réticences en son sein⁶⁷, lui avait emboîté le pas.

L'arrêt de 2007 ne se borne pas à « verrouiller » les normes consacrées dans les Articles de la C.D.I. en matière d'attribution des faits internationalement illicites, il les prolonge et les complète. En particulier, conformément à ce qui avait été suggéré en plaidoiries au nom de la Bosnie-Herzégovine⁶⁸, la Cour introduit entre le critère institutionnel de l'article 4 et le test *Nicaragua* repris à l'article 8, la notion d'organe *de facto* – dont elle prend soin de préciser qu'il ne se confond ni avec l'un, ni avec l'autre⁶⁹. S'appuyant à nouveau sur son arrêt

⁶⁶ C.I.J., *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, supra note 3, par. 401.

⁶⁷ V. *Ann. C.D.I.* 1999, vol. I, p. 304, pars. 92-93.

⁶⁸ CR 2006/9, 6 mars 2006, pp. 55-56, pars. 12-14; v. aussi CR 2006/10, 6 mars 2006, p. 21, par. 27; pp. 27-29, pars. 36-42 (L. Condorelli).

⁶⁹ « La Cour croit devoir insister, à ce stade de son raisonnement, sur le fait que la question [du contrôle sur des personnes ne constituant pas un organe de l'État] ne se confond aucunement (...), malgré certaines apparences, avec celle de savoir si ces personnes devaient être assimilées en fait à des organes de l'État, même si elles n'avaient pas un tel statut selon le droit interne de celui-ci » (C.I.J., *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, supra note 3, par. 397 ; v. aussi le par. 400).

Nicaragua de 1986⁷⁰, la Cour répond positivement à la question « de savoir si un État peut, en principe, se voir attribuer les comportements de personnes – ou de groupes de personnes – qui, sans avoir le statut légal d’organes de cet État, agissent en fait sous un contrôle tellement étroit de ce dernier qu’ils devraient être assimilés à des organes de celui-ci aux fins de l’attribution nécessaire à l’engagement de la responsabilité de l’État pour fait internationalement illicite »⁷¹. Mais elle précise que, pour qu’il en aille ainsi, il faut que « cette personne, ce groupe ou cette entité [agisse] en fait sous la ‘totale dépendance’^[72] de l’État, dont il n’est, en somme, qu’un simple instrument »⁷³.

Toujours dans l’arrêt de 2007, la Cour aborde également la question de la complicité⁷⁴. Elle le fait principalement en se fondant sur l’article III.e) de la Convention de 1948, qui peut être considérée comme une *lex specialis* par rapport au droit international général de la responsabilité. Elle estime cependant qu’

« il y a lieu de relever que si la ‘complicité’ est, comme telle, une notion absente de l’actuelle terminologie du droit de la responsabilité internationale, elle se rapproche d’une catégorie qui est présente dans les règles coutumières qui composent le droit de la responsabilité des États, celle de l’‘aide ou assistance’ fournie par un État à la commission d’un fait illicite par un autre État.

À cet égard, il y a lieu de se référer [à l’article 16 des] articles de la CDI sur la responsabilité de l’État (...).

Bien que cette disposition ne soit pas directement pertinente en la présente affaire, puisqu’elle vise une situation caractérisée par une relation entre deux États, situation qui n’est pas celle de l’espèce, elle n’est cependant pas sans intérêt. En effet, la Cour n’aperçoit pas de raison d’établir une différence substantielle entre la ‘complicité dans le génocide’ au sens du litt. e) de l’article III de la Convention et l’‘aide ou assistance’ d’un État à la commission d’un acte illicite par un autre État au sens de l’article 16 précité –

⁷⁰ C.I.J., *Activités militaires et paramilitaires*, supra note 62, pp. 62-64, pars. 109-115.

⁷¹ C.I.J., *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, supra note 3, par. 391.

⁷² Expression reprise de l’arrêt *Nicaragua* de 1986 (*Rec.* 1986, p. 63, par. 110).

⁷³ C.I.J., *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, supra note 3, par. 392.

⁷⁴ *Ibid.*, pars. 419-424.

une fois écartée l'hypothèse de la fourniture d'instructions ou de directives ou de l'exercice d'un contrôle effectif, dont les effets vont, dans le droit de la responsabilité internationale, au-delà de la complicité »⁷⁵.

La typologie des diverses hypothèses d'attribution d'un fait internationalement illicite à l'État s'en trouve assez considérablement enrichie ; il résulte de la jurisprudence de la Cour et, singulièrement, de l'arrêt de 2007, qu'un comportement peut être attribué à un État aux fins de l'engagement de la responsabilité non seulement s'il est le fait d'un organe de l'État au sens de l'article 4 des Articles de 2001, mais aussi s'il émane d'une entité se trouvant sous sa « totale dépendance » ou d'une personne ou d'un groupe de personnes agissant en fait sous le contrôle (au sens très strict) de l'État, ou encore si l'une de ces entités s'est rendue complice d'un fait internationalement illicite, la Cour assimilant la complicité à l'aide ou assistance dans la commission du fait internationalement illicite⁷⁶.

C. Le contenu et la mise en œuvre de la responsabilité

En ce qui concerne le contenu de la responsabilité, la jurisprudence récente de la Cour, a pour caractéristique essentielle de confirmer les principes posés dans la deuxième partie des Articles de la C.D.I. qui, eux-mêmes ne font guère que codifier des principes coutumiers bien établis reflétés dans la jurisprudence de la Cour mondiale – à la possible exception du chapitre III consacré aux violations graves d'obligations découlant de normes impératives du droit international général. Ainsi la Cour a, dans plusieurs arrêts rappelé les principes suivants :

- le principe selon lequel « 'la violation d'un engagement entraîne l'obligation de réparer dans une forme adéquate' (*Usine de Chorzów, compétence, 1927, C.P.J.I. série A n° 9, p. 21*) »⁷⁷ ;

⁷⁵ C.I.J., *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, *supra* note 3, pars. 419-420.

⁷⁶ Pour une analyse éclairante de cette typologie, v. Ch Dominicé, « Attribution of Conduct to Multiple States and the Implication of a State in the Act of Another State » in Crawford (J.), Pellet (A.), Olleson (S.), Parlett (K.) (ed.), *The Law of International Responsibility*, OUP, 2010, pp. 281-289.

⁷⁷ C.I.J., *Avena*, *supra* note 29, p. 59, par. 119.

- celui de la variété des modes possibles de réparation en fonction « des circonstances concrètes de chaque affaire ainsi que de la nature exacte et de l'importance du préjudice »⁷⁸, ce qui renvoie également à l'article 34 des Articles de 2001,

- étant entendu que « [l]e principe régissant le choix du mode de la réparation due à raison d'un acte internationalement illicite consiste, ainsi qu'énoncé par la Cour permanente de Justice internationale en l'affaire de l'*Usine de Chorzów*, en ceci 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' (C.P.J.I. série A n° 17, p. 47 ; voir aussi l'article 31 des articles de la CDI sur la responsabilité de l'État) »⁷⁹ ; et

- le principe en découlant de la priorité de la *restitutio in integrum* sur tout autre mode de réparation si celle-ci est possible, confirmé par l'article 36, paragraphe 1, du projet de la C.D.I. : « dans les cas où la restitution est matériellement impossible ou emporte une charge hors de toute proportion avec l'avantage qui en dériverait, la réparation prend alors la forme de l'indemnisation ou de la satisfaction, voire de l'indemnisation et de la satisfaction ; (...) ; voir également les articles 34 à 37 des articles de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite) »⁸⁰ ;

- le fait qu'en l'absence de dommage matériel la constatation du manquement par la Cour constitue une satisfaction appropriée⁸¹ ; ou

⁷⁸ *Ibid* ; v. aussi C.I.J., *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, *supra* note 26, par. 274.

⁷⁹ C.I.J., *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, *supra* note 3, par. 460 ; v. aussi C.I.J., arrêt, 14 février 2002, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République Démocratique du Congo c. Belgique)*, *Rec.* 2002, pp. 31 -32, par. 76-77 ; C.I.J., *Avena*, *supra* note 29, p. 59, par. 119 ; C.I.J., *Activités armées sur le territoire du Congo* *supra* note 6, p. 257, par. 259.

⁸⁰ C.I.J., *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, *supra* note 26, par. 273 ; la Cour renvoie également à C.I.J., *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, *supra* note 2, p. 81, par. 152 ; C.I.J., *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, *supra* note 11, p. 198, pars. 152-153 ; C.I.J., *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, *supra* note 3, par. 460 ; v. aussi : C.I.J., *Diallo*, *supra* note 2, par. 161.

⁸¹ V. C.I.J., *Mandat d'arrêt*, *supra* note 79, p. 31, par. 75 ; C.I.J., *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, *supra* note 3, pars. 463 et 469 ; C.I.J., arrêt, 4 juin 2008, *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, *Rec.* 2008, p. 245, par. 204 ; C.I.J., *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, *supra* note 26, par. 269. L'article 37 des Articles de la C.D.I. ne mentionne pas expressément cette possibilité (qui implique un tiers au rapport de responsabilité), mais le commentaire rappelle qu'il s'agit là de l'« [u]ne des formes de satisfaction les plus fréquentes pour dommage moral ou immatériel » (Rapport de la C.D.I., 53^{ème} session (2001), Assemblée générale, documents officiels, 56^{ème} session, Supplément n° 10 (A/56/10), p. 287, par. 6) du commentaire).

- le principe de bon sens selon lequel l'État responsable n'a l'obligation de mettre fin au fait internationalement illicite⁸² que si celui-ci a un caractère continu, sans qu'il y ait en principe lieu de le préciser expressément dans le dispositif de l'arrêt de la Cour⁸³.

Certains arrêts récents donnent toutefois des précisions intéressantes sur les modalités de la *restitutio* d'une part et de l'indemnisation d'autre part, et appellent quelques observations en ce qui concerne les assurances et garanties de non-répétition.

L'arrêt de 2010 rendu dans l'affaire des *Usines de pâte à papier* montre les limites du principe de la priorité de la *restitutio* sur les autres modes de réparation. Considérant « qu'il n'était pas interdit à l'Uruguay de construire et de mettre en service l'usine Orion (Botnia) après l'expiration de la période de négociation, et que l'Uruguay n'a violé aucune des obligations de fond imposées par le statut de 1975, ordonner le démantèlement de cette installation ne saurait constituer, de l'avis de la Cour, une forme de réparation appropriée à la violation des obligations de nature procédurale »⁸⁴. Bien qu'elle ne le dise pas expressément⁸⁵, la Cour a très probablement considéré qu'un tel démantèlement aurait imposé à l'Uruguay une charge disproportionnée par rapport au manquement constaté. « Tout comme les autres formes de

⁸² V. l'article 30.a) des Articles de la C.D.I.

⁸³ V. C.I.J., *Avena*, *supra* note 29, p. 68, par. 148 ou C.I.J., *Activités armées sur le territoire du Congo* *supra* note 6, p. 255, par. 254 ; ou 13 juillet 2009, *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, par. 148 ; v. aussi l'opinion individuelle commune de Mme Higgins, MM. Kooijmans et Buergenthal, jointe à C.I.J., *Mandat d'arrêt*, *supra* note 79, p. 88, par. 89.

⁸⁴ C.I.J., *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, *supra* note 26, par. 275.

⁸⁵ Mais elle mentionne l'article 35 des Articles de 2001 qui exclut la restitution si elle impose « une charge hors de toute proportion avec l'avantage qui dériverait de la restitution plutôt que de l'indemnisation » (v. *ibid.*, par. 273).

réparation, la restitution doit être appropriée au préjudice subi, compte tenu de la nature du fait illicite dont il procède »⁸⁶.

C'est aussi en application de ce principe que, dans l'affaire *Avena*, la Cour a écarté les conclusions par lesquelles le Mexique lui demandait d'annuler ou de priver d'effet les verdicts et peines prononcés par des tribunaux des États-Unis à l'encontre de ses ressortissants privés de leurs droits consulaires car

« l'affaire portée devant elle concerne l'article 36 de la convention de Vienne [de 1963 sur les relations consulaires], et non le bien-fondé en soi de tout verdict de culpabilité rendu ou de toute peine prononcée. La question de savoir si les violations du paragraphe 1 de l'article 36 doivent être considérées comme ayant, dans l'enchaînement causal des événements, conduit finalement à des verdicts de culpabilité et à des peines sévères fait partie intégrante des procédures pénales devant les tribunaux des États-Unis et relève de l'appréciation de ces derniers dans le cadre du réexamen et de la révision. Ce faisant, il appartient aux tribunaux des États-Unis d'examiner les faits, et notamment le préjudice et ses causes, en tenant compte de la violation des droits prévus par la convention »⁸⁷.

La Cour souligne la différence existant entre cette espèce et l'affaire du *Mandat d'arrêt* dans laquelle « [l]a Cour ayant conclu que [l'émission d'un mandat d'arrêt contre le ministre congolais des affaires étrangères] violait les règles du droit international relatives à l'immunité, la conséquence juridique adéquate était d'ordonner la mise à néant du mandat d'arrêt en question (*C.I.J. Recueil 2002*, p. 33) »⁸⁸. Même si, dans cette dernière affaire, la Haute Juridiction a pris soin de laisser à la Belgique le choix des moyens par lesquels elle mettrait à néant le mandat en question⁸⁹, c'était aller très loin dans la voie de l'injonction et certains juges s'en sont émus, non sans quelque raison⁹⁰.

Toujours dans l'affaire *Avena*, la Cour a affirmé mettre en œuvre la solution qu'elle avait retenue dans l'affaire *LaGrand*⁹¹ ; cette affirmation

⁸⁶ *Ibid.*, par. 274.

⁸⁷ C.I.J., *Avena*, *supra* note 29, p. 60, par. 121.

⁸⁸ *Ibid.*, par. 123.

⁸⁹ C.I.J., *Mandat d'arrêt*, *supra* note 79, p. 32, par. 76.

⁹⁰ C.I.J., *Mandat d'arrêt*, *Opinion individuelle commune de Mme. Higgins, MM. Kooijmans et Buergenthal*, *ibid.*, p. 88, par. 88.

⁹¹ C.I.J., *Avena*, *supra* note 29, p. 59, pars. 120-121, et p. 62, par. 128.

manque quelque peu de rigueur : la solution qu'elle prétend transposer avait été énoncée, dans l'arrêt du 27 juin 2001 à propos des assurances de non-répétition demandées par l'Allemagne⁹² alors que, dans celui du 31 mars 2004, elle l'applique en matière de réparation du préjudice. Cette confusion met en lumière le caractère très artificiel de la distinction qu'opèrent les Articles de la C.D.I. entre les assurances et les garanties de non-répétition – qui sont évoquées, avec la cessation du fait illicite, dans l'article 30 – d'une part, et la restitution, qui fait l'objet de l'article 35 en tant que l'une des modalités de la réparation, d'autre part. Malgré les explications de la Commission⁹³, il semble raisonnable de considérer que les garanties de non-répétition, comme la cessation relèvent de la réparation et s'apparentent pour la première à la restitution⁹⁴ et pour la seconde à une satisfaction.

Depuis que, dans l'arrêt *LaGrand*, la C.I.J. a eu l'imprudence de se montrer réceptive à une demande de garantie de non-répétition (présentée comme distincte de la satisfaction), les États se sont sentis encouragés à en demander assez systématiquement, bien que celles qui ont été ordonnées ou, plus exactement, constatées par la Cour eussent été très largement dénuées de portée pratique. Ainsi, dans les arrêts *LaGrand* et *Avena*, elle s'est bornée à ce titre à « [p]rend[re] acte de l'engagement pris par les États-Unis d'Amérique 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 de la convention »⁹⁵ ; et, dans l'affaire des *Activités armées*, sans inclure cette constatation dans le dispositif de son arrêt, la Cour a estimé « qu'un État, en s'engageant par un accord international à respecter la souveraineté et l'intégrité territoriale des autres États parties à celui-ci (obligation qui lui incombe également au regard du droit international

⁹² C.I.J., *LaGrand*, supra note 29, pp. 513-514, par. 125.

⁹³ V. le Rapport de la C.D.I., 53^{ème} session (2001), Assemblée générale, documents officiels, 56^{ème} session, Supplément n° 10 (A/56/10), p. 235, par. 7) du commentaire de l'article 30 des Articles de la C.D.I.

⁹⁴ Dans l'affaire de la *Rivière San Juan*, la Cour souligne d'ailleurs que « la cessation d'une violation qui présente un caractère continu, et le rétablissement de la situation légale qui en découle, constituent une forme de réparation au bénéfice de l'État lésé » (arrêt, 13 juillet 2009, *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, par. 149).

⁹⁵ C.I.J., *LaGrand*, supra note 29, p. 516, par. 128.6 ; v. aussi pp. 512-513, par. 124 ; et C.I.J., *Avena*, supra note 29, p. 73, par. 153.10 ; v. aussi p. 69, par. 150).

général), et en s'engageant à coopérer avec eux afin de se conformer à une telle obligation, est clairement tenu, sur le plan juridique, de ne plus commettre d'actes illicites » et que de tels engagements satisfont à la demande de l'État requérant « tendant à obtenir des garanties et assurances de non-répétition spécifiques. La Cour attend et exige des Parties qu'elles se conforment aux obligations qui leur incombent en vertu de cet accord et du droit international général »⁹⁶.

Dans deux arrêts récents, la Cour a semblé marquer un certain agacement face à ces demandes systématiques de garanties de non-répétition. Dans les affaires relatives au *Fleuve San Juan* et aux *Usines de pâte à papier*, elle a fait la ferme mise au point suivante :

« [S]i la Cour peut, comme il lui est arrivé de le faire, ordonner à l'État responsable d'un comportement internationalement illicite d'offrir à l'État lésé des assurances et des garanties de non-répétition, c'est seulement si les circonstances le justifient, ce qu'il lui appartient d'apprécier.

En règle générale, il n'y a pas lieu de supposer que l'État dont un acte ou un comportement a été déclaré illicite par la Cour répétera à l'avenir cet acte ou ce comportement, puisque sa bonne foi doit être présumée (voir *Usine de Chorzów, fond, arrêt no 13, 1928, C.P.J.I. série A no 17*, p. 63 ; *Essais nucléaires (Australie c. France), arrêt, C.I.J. Recueil 1974*, p. 272, par. 60 ; *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France), arrêt, C.I.J. Recueil 1974*, p. 477, par. 63 ; et *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1984*, p. 437, par. 101). Il n'y a donc pas lieu, sauf circonstances spéciales ... d'ordonner [que des assurances et des garanties de non-répétition soient offertes] »⁹⁷.

Quant à l'indemnisation, il est remarquable que, depuis l'affaire du *Détroit de Corfou*, la Cour n'ait plus eu l'occasion d'en déterminer le

⁹⁶ C.I.J., *Activités armées sur le territoire du Congo supra* note 6, p. 256, par. 257.

⁹⁷ C.I.J., *Différend relatif à des droits de navigation et des droits, supra* note 94, par. 150 ; et C.I.J., *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay, supra* note 26, par. 278. V. aussi C.I.J., arrêt, 10 octobre 2002, *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria ; Guinée équatoriale (intervenant), Rec. 2002*, p. 453, par. 321 ; et C.I.J., *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* : « Demeure toutefois la question de l'opportunité d'ordonner au défendeur de fournir des garanties et assurances de non-répétition s'agissant des violations des obligations de prévenir et de punir le génocide qui ont été établies. La Cour prend note des arguments avancés à l'audience par le conseil du demandeur à l'appui de cette conclusion, lesquels ont trait, pour l'essentiel, à 'des faits récents [, qui] ne laissent pas d'être inquiétants[,] quant à la disparition réelle des mouvements appelant au génocide en Serbie-et-Monténégro'. Elle considère que ces indications ne constituent pas des motifs suffisants pour solliciter des garanties de non-répétition » (*supra* note 3, par. 466).

montant alors même que, dans plusieurs affaires, elle en a décidé le principe. Jusqu'à son tout dernier arrêt, rendu le 30 novembre 2010 dans l'affaire *Diallo*, elle a toutefois manifesté peu d'empressement à inciter les Parties à y procéder effectivement. L'affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* est caricaturale à ce point de vue : alors que, dans son arrêt du 25 septembre 1997, la Cour avait dit que les Parties avaient l'obligation de s'indemniser mutuellement pour les dommages subis suite à leurs faits internationalement illicites respectifs⁹⁸, treize ans plus tard, l'affaire est toujours inscrite au rôle de la Cour, faute pour les parties d'avoir conclu un accord sur ce point ou d'avoir saisi la Cour pour qu'elle procède à l'évaluation finale des indemnités dues. Une telle situation n'est pas saine et il appartient à la Cour d'y mettre fin en usant de ses pouvoirs inhérents pour rayer l'affaire du rôle si les Parties ou l'une d'elles ne la saisissent pas à cette fin.

Cette situation risque de se reproduire dans le cadre de l'affaire opposant la RDC à l'Ouganda à propos des *Activités armées sur le territoire du Congo*, dans laquelle la C.I.J. a constaté que chacune des Parties avaient commis à l'égard de l'autre des faits internationalement illicites engageant sa responsabilité et appelant réparation et décidé que « au cas où les Parties ne pourraient se mettre d'accord à ce sujet » cette question serait réglée par la Cour⁹⁹ sans fixer aucune date-limite à cette fin. Il en est allé différemment dans l'affaire *Diallo*, dans laquelle la Haute Juridiction a précisé que :

« La requête introductive d'instance ayant été déposée, en la présente affaire, au mois de décembre 1998, la Cour estime qu'une bonne administration de la justice commande de clore la procédure dans les meilleurs délais ; elle considère donc que la période consacrée à la négociation d'un accord sur le montant de l'indemnité doit être limitée. Par conséquent, dans l'hypothèse où les Parties ne parviendraient pas, dans un délai de six mois suivant le prononcé du présent arrêt, à s'entendre sur le montant de l'indemnité due par la RDC, la question devra être réglée par la Cour dans une phase ultérieure de la procédure »¹⁰⁰.

⁹⁸ C.I.J., *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, *supra* note 2, p. 83, par. 155.2).D.

⁹⁹ C.I.J., *Activités armées sur le territoire du Congo* *supra* note 6, p. 281, par. 345.5) et 6), et p. 282, par. 345.13) et 14).

¹⁰⁰ C.I.J., *Diallo*, *supra* note 2, par. 164. Il convient de noter que l'État demandeur avait lui-même suggéré le délai-butoir de six mois.

Enfin, et il s'agit peut-être là de l'avancée la plus significative intervenue dans la jurisprudence récente de la C.I.J. dans le domaine de la responsabilité internationale (au moins au plan symbolique), on ne saurait manquer de relever que, dans son avis consultatif de 2004 sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, la Cour, sans mentionner l'article 41 des Articles de la C.D.I. sur les conséquences particulières d'une violation grave d'obligations découlant de normes impératives du droit international général, n'en a pas moins confirmé la teneur de cette disposition controversée et heureusement (mais prudemment) « progressiste ». Ayant constaté la violation par Israël d'importantes obligations *erga omnes* (l'obligation de respecter le droit du peuple palestinien à l'autodétermination et certaines obligations de droit humanitaire), la Cour se déclare d'avis que :

« Vu la nature et l'importance des droits et obligations en cause, (...) tous les États sont dans l'obligation de ne pas reconnaître la situation illicite découlant de la construction du mur dans le territoire palestinien occupé, y compris à l'intérieur et sur le pourtour de Jérusalem-Est. Ils sont également dans l'obligation de ne pas prêter aide ou assistance au maintien de la situation créée par cette construction. Il appartient par ailleurs à tous les États de veiller, dans le respect de la Charte des Nations Unies et du droit international, à ce qu'il soit mis fin aux entraves, résultant de la construction du mur, à l'exercice par le peuple palestinien de son droit à l'autodétermination. En outre, tous les États parties à la convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, du 12 août 1949, ont l'obligation, dans le respect de la Charte des Nations Unies et du droit international, de faire respecter par Israël le droit international humanitaire incorporé dans cette convention.

La Cour est enfin d'avis que l'Organisation des Nations Unies, et spécialement l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité, doivent, en tenant dûment compte du présent avis consultatif, examiner quelles nouvelles mesures doivent être prises afin de mettre un terme à la situation illicite découlant de la construction du mur et du régime qui lui est associé »¹⁰¹.

On peut se féliciter que la Cour reconnaisse ainsi la place des intérêts de la communauté internationale dans le droit de la responsabilité internationale et englober dans une même appréciation positive la position de la C.D.I. et celle de la Cour : « *It may be noted that the International Law Commission undoubtedly showed great wisdom,*

¹⁰¹ C.I.J., *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, supra note 11, p. 200, pars. 159-160 ; v. aussi p. 202, par. 163.3).D.

following the conclusion of the Vienna Convention on the Law of Treaties and the Barcelona Traction judgment, in stressing that there exist in the international legal order particularly important norms whose breach affects the community as a whole »¹⁰².

En guise de conclusion, l'étude de la jurisprudence récente de la C.I.J. en matière de responsabilité appelle les constatations suivantes :

1° Après une période durant laquelle elle a connu de relativement peu d'affaires mettant en cause la responsabilité internationale de l'État – il est vrai qu'elle était saisie de peu d'affaires « tout court »... – celles-ci se partagent aujourd'hui le rôle de la Cour à peu près à égalité¹⁰³ avec les affaires de délimitation terrestre ou maritime ;

2° D'une manière générale, la Cour applique, en le disant ouvertement ou non, les règles dégagées par la C.D.I. et figurant dans les Articles adoptés par celle-ci en 2001 sur la Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite – ces règles étant elles-mêmes très largement issues de la jurisprudence de la Cour mondiale ; en conséquence, la valeur juridique de ces règles s'en trouve renforcée et cela confirme si c'était nécessaire qu'il n'y a aucun besoin de « conventionnaliser » le projet de la C.D.I. qui, tel qu'il est, remplit parfaitement son office de guide pour la pratique des États et pour la jurisprudence des cours et tribunaux internationaux ;

3° La généralité des Articles et leur caractère non juridiquement obligatoire a en outre la vertu de permettre des compléments et des adaptations en fonction des besoins et des circonstances et, comme sa jurisprudence récente le montre, la C.I.J. s'acquitte de cette mission avec autorité et, en règle générale, de manière satisfaisante.

¹⁰² Ch. Dominicé, « The International Responsibility of States for Breach of Multilateral Obligations », *op.cit.* note 17, p. 359.

¹⁰³ Sur les vingt-cinq arrêts rendus par la Cour dans la période 2001-2010, onze ont trait, principalement ou accessoirement, à la responsabilité. Sur les treize affaires inscrites à ce jour au rôle de la Cour, dix contiennent des conclusions relatives à la responsabilité.