CHAPITRE II

LA RESPONSABILITE DES ETATS POUR FAIT INTERNATIONALEMENT ILLICITE

Tout système de droit comporte, de manière plus ou moins élaborée, des mécanismes organisant la responsabilité de ses sujets. C'est dans ce sens que Jules Basdevant affirmait que les règles de la responsabilité sont des règles clés de tout ordre juridique. Si en droit interne, les individus doivent répondre de leurs actes qui causent un dommage à autrui sur le fondement de l'art. 1382 du code civil ; en droit international, les Etats et les organisations internationales doivent aussi répondre des manquements à leurs obligations internationales par la mise en jeu de leurs responsabilités (voir CIJ arrêt du 10 octobre 2002. Affaire de la délimitation de la frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria).

On entend par responsabilité internationale l'institution juridique en vertu de laquelle l'Etat auquel est imputable un acte illicite, selon le droit international, doit réparation à l'Etat à l'encontre duquel cette acte a été commis.

Seulement, pour qu'il y ait responsabilité internationale de l'Etat, il faut que soit respecté un certain nombre d'étapes : le fait générateur de la responsabilité, le dommage, ainsi que l'attribution du fait illicite à un sujet de droit international.

Section I- Le fait générateur de la responsabilité internationale

Cette question a fait l'objet d'un débat au sein de la doctrine. Certains auteurs soutenaient que tout le droit de la responsabilité internationale repose sur la faute. Cette thèse étroite pose un problème profond lorsqu'il s'agit de définir la faute d'un Etat. En réalité à partir de quand pouvait-on

considérer que tel Etat a commis une faute dès lors que l'on sait que la faute se définit comme un comportement marqué par une intention malveillante. C'est la raison pour laquelle la doctrine et la Commission du Droit Internationale (CDI) vont recourir à une formule plus neutre et plus objective, à savoir le fait internationalement illicite. Aussi, c'est à juste titre que dans le projet d'articles de la CDI de 2001 portant sur la responsabilité des Etats, l'on a affirmé clairement que « tout fait internationalement illicite de l'Etat engage sa responsabilité » (art. 1er). Le fondement de droit commun de la responsabilité internationale reste donc l'illicéité du fait.

Paragraphe I- Le fait internationalement illicite

Le projet d'articles de la CDI adopté par l'assemblée générale à sa 85e séance plénière du 12 décembre 2001 pose en effet en son article 2 « qu'il y a fait international illicite de l'Etat lorsqu'un comportement consistant en une omission ou en une action est attribuable à l'Etat en vertu du droit international et constitue une violation d'une obligation internationale de l'Etat ». Cette double considération (action ou omission) a été développée par la CIJ en 1949 dans l'affaire du Détroit de Corfou (action du Royaume Uni et l'inaction ou omission de l'Albanie).

A- LA violation d'une obligation internationale

Il ressort de la pratique internationale et de la Jurisprudence constante de la CIJ (l'Affaire LaGrand 1998 ou affaire du Cameroun-Nigéria 2002) que la violation d'une obligation internationale constitue un fait international illicite. Pour que cette condition soit réunie, il suffit que ce comportement soit non conforme à une règle de droit international coutumier ou conventionnel (violation de l'art.2 al.4 de la Charte des Nations Unies par le Nigéria ; de même violation de l'obligation qui découlait pour le Nigéria du respect des

mesures conservatoires indiquées par la CIJ). Le fait en question ne peut être qualifié d'illicite qu'en vertu du droit international. Cela veut dire *a contrario* que toute qualification faite en vertu du droit interne de l'Etat ne saurait-être pertinente.

L'illicéité peut varier en fonction du degré ou de la nature du tort causé à un sujet du droit international ou à la communauté internationale dans son ensemble. Sur cette base, l'on a essayé une difficile classification des faits internationalement illicites. Ainsi certains faits peuvent être qualifiés de crimes et d'autres de simples délits. Dans le projet d'articles de 1996 sur la responsabilité internationale de l'Etat, l'on retrouvait un article 19 relatif au crime de l'Etat aujourd'hui disparu du projet d'articles en vigueur. Etait ainsi considéré comme crime international de l'Etat au sens de l'art 19 al. 2 de cette version du projet d'articles, *« tout fait international illicite qui résulte d'une violation par un Etat d'une obligation internationale si essentielle pour la sauvegarde d'intérêts fondamentaux de la communauté internationale… »*. Il s'agissait entre autres de la pollution délibérée de la haute mer. Les raisons ayant conduit au rejet de cet article sont toutes simples. Le crime renvoie en effet à l'idée d'une condamnation ou d'une pénalisation ayant pour conséquence l'existence d'une peine privative de liberté. La question qui restait posée était celle de savoir comment condamner une personne morale telle que l'Etat à une peine privative de liberté ?

Une évolution est remarquable dans le domaine des droits de l'homme avec la prise en compte du crime d'Etat et du crime de l'individu. Pour s'en convaincre, il suffit d'analyser le contenu des quatre (04) grands crimes internationaux retenus par le Traité de Rome de 1998 créant la Cour Pénale Internationale. Il s'agit par exemple du crime d'agression, du crime contre l'humanité, du crime de guerre, du crime de génocide. A ce type de crimes

on peut rajouter les atteintes graves à l'environnement. Il y a là en réalité une similitude évidente avec le contenu substantiel du *Jus cogens.*

A la recherche de la nature de l'obligation violée, on pourrait aussi évoquer la violation d'une obligation de résultat, d'une obligation de comportement ou d'une obligation de moyen. Ces dernières obligations renvoient à la problématique du devoir général de vigilance ou de ce qu'il est convenu de qualifier plus couramment de « *due vigilence » (*Voir Sentence Arbitrale (SA) du 11 Mars 1941, *Affaire de l'Usine du Trail*, Etats Unis et Canada).

B- L'attribution du fait internationalement illicite à un sujet de droit international

Les travaux de la CDI ont relativement facilité le régime de la responsabilité internationale en aménageant sa mise en œuvre non pas autour de la faute difficilement attribuable à un sujet de droit international, mais autour du fait internationalement illicite. L'analyse du fait générateur démontre qu'il est composé de deux éléments complémentaires : un élément objectif réalisé par la violation d'une obligation internationale et un élément subjectif constitué par le lien d'imputation liant ce fait à l'Etat considéré. Ce sont des éléments constants présentés par Roberto Ago dès ses premiers rapports devant la CDI. Ce n'est pas parce qu'un fait dommageable se produit sous la juridiction d'un Etat qu'il est nécessairement susceptible d'engager la responsabilité de cet Etat. Il est indispensable qu'un rattachement puisse être opéré entre le fait ou le comportement incriminé et l'Etat dont on recherche la responsabilité.

N'étant obligatoire que pour des sujets du Droit des gens (Etat, Organisation internationale), la violation du droit international ne sera établie qu'une fois le fait en cause attribuée à un sujet relevant de cet ordre et

agissant en tant que tel. L'imputation ou l'attribution est une opération intellectuelle qui permet le rattachement entre l'élément objectif et l'élément subjectif.

Au regard des sujets en cause, ce rattachement peut être d'utilisation problématique et ambigüe. C'est donc à juste titre que Pierre Marie Dupuy affirmait que « ***l'imputation doit être mesurée à l'aune du contrôle*** ». Le chapitre II du projet d'articles de 2001 traite amplement de cette attribution différenciée. L'article 4 pose très clairement que « *est considéré comme fait de l'Etat d'après le droit international, le comportement de tout organe de l'Etat agissant en cette qualité, que cet organe exerce des fonctions législatives, exécutives, judiciaires, ou autres…* ».

Au regard de cette disposition, deux points méritent d'être singularisés. Ils manifestent tous deux, sans doute, une adaptation des conceptions classiques : le premier concerne l'importance du rôle dévolu au droit interne de l'Etat pour déterminer ses organes. Le second point est relatif au critère d'appréciation du « contrôle » (effectif ou global) exercé par l'Etat à l'égard d'une entité non étatique pour déterminer si les agissements objectivement illicites de cette dernière, au regard du droit international, peuvent être attribués aux sujets étatiques. Ce second point est tellement d'actualité qu'il mérite qu'on s'y attarde. En effet, le chapitre II du projet d'articles de 2001 en ses articles 4 à 11 en démontre la complexité. Il suffit d'observer l'article 7 sur ***« le comportement sous la direction ou le contrôle de l'Etat*** » et l'article 10 sur « ***le comportement des mouvements insurrectionnels*** ». Le lien entre l'imputation d'un fait illicite à un Etat et l'exercice effectif par ce même Etat du contrôle sur son territoire a marqué la réflexion au sein de la CDI. Cette réflexion fut attisée par une apparente contradiction de jurisprudence internationale intervenue à cet égard entre la CIJ (*Affaire du personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran en 1979* ;

Affaire des activités militaires et para militaire au Nicaragua et contre celui-ci 1986 = Affirmation de la théorie contrôle effectif) et le TPIY (*Affaire Tadic ; 1999* ; *Dragan Nikolic*, 2002 = théorie contrôle global). Les deux théories posent la question de savoir dans quelle mesure l'on peut attribuer des faits substantiellement illicites accomplis par une entité non étatique à un Etat sujet de droit international. Dans le premier cas, devant la CIJ, il s'agissait des *Contras* Nicaraguayens soutenus par les Etats-Unis et dans l'autre cas des étudiants et activistes musulmans soutenus par l'Iran. Dans les autres cas devant le TPIY, il s'agissait des activités de l'armée Serbe de Bosnie. La Chambre d'appel du TPIY n'a pas hésité à contredire la CIJ dans son arrêt du 7 mai (Tadic II, l'affaire devant la chambre d'appel). La chambre d'appel impute les actions des Serbes de Bosnie à la République de Yougoslavie alors qu'en 1986, la CIJ n'avait pas voulu attribuer aux Etats-Unis les activités du mouvement des Contras contre le gouvernement alors en place au Nicaragua. Le tribunal a adopté la notion beaucoup plus large ***de contrôle global*** préféré à celle du ***contrôle effectif*** retenu en 1986 pour rattacher à l'Etat des comportements imputables à des groupes militaires non étatiques que cet Etat avait constitué et soutenu activement. Suivant la Jurisprudence Tadic, il suffirait pour qu'il y ait imputation ou attribution à l'Etat considéré que les organes *de jure* aient été associés à la conception du plan général des actions qui se rattache au fait illicite. Ceci est vrai sans que soit nécessaire la soumission effective de l'organe *de facto* aux organes des pouvoirs publics de cet Etat. (Voir TPIY Affaire Procureur s Vlatko du 24 mars 2000 ; voir aussi procureur V Dariq Kardic 26 mai 2001.) De telles questions assurément cruciales manquent rarement d'être soulevées par des Etats confrontés à l'action meurtrière des groupes formellement privés. Pour s'en convaincre, il suffit de considérer la rédaction Américaine à la suite des attentats du 11 septembre 2001. En définitive, il suffirait que leurs actes soient imputables à

un Etat que ce dernier est exercé sur le groupe un contrôle global. L'arrêt de 1999 précise toutefois en se référant à la Jurisprudence Nicaragua que « ce contrôle global doit aller au-delà de la simple aide financière fourniture d'équipements militaires ou formation et que l'Etat doit jouer un rôle dans l'organisation, la coordination ou la planification des actions du groupe sans qu'il soit pour autant nécessaire qu'il ait émis des ordres ou des instructions particulières pour la perpétration de chacun des faits illicites commis dans le cadre de ces actions (affaire Tadic, affaire Blaskic).

De manière globale et au-delà des débats doctrinaux, le fait internationalement illicite doit être attribuable à un sujet de droit international pour produire son effet à savoir la réparation. Dans la pratique, le fait international illicite est toujours attribué à l'Etat au nom duquel agit l'auteur du comportement. Il peut s'agir d'un organe individuel (les gouvernants, les hauts fonctionnaires et même les agents le plus subalternes). Le fait internationalement illicite peut aussi être attribué à une organisation internationale sur le fondement d'un lien plus ou moins étroit de rattachement. On peut ici évoquer le fait des organes agissant dans le cadre de leur compétence, le fait des agents et organes incompétents (les actes *ultra vires* de l'organe ou de l'organisation). Il peut enfin s'agir des faits des Etats agissant pour le compte de l'organisation internationale (les opérations du maintien de la paix pour ce qui est des Nations Unies ou des frappes et bombardements de l'OTAN au Kosovo, Affaires Behramy et Saramaty devant la CEDH).

Paragraphe II- Les circonstances excluant l'illicéité

Eu égard aux circonstances dans lesquelles le fait s'est produit, on pourrait éventuellement faire jouer les causes d'exonération de la responsabilité de l'Etat auteur de l'acte. Il s'agit d'un ensemble de

circonstances dont la présence vient perturber le cours normal de la responsabilité en tant qu'institution. Les causes exonératoires de responsabilité internationale font disparaître l'un des deux éléments constitutifs de la responsabilité : soit le comportement du sujet de droit international ne peut plus être considéré comme illicite, soit le manquement au droit international ne peut plus être attribué audit sujet.

Le projet d'articles de 2001 sur la responsabilité de l'Etat pour fait international illicite a retenu dans son chapitre V (articles 20 à 27) un ensemble de circonstances excluant l'illicéité. Au-delà de l'énumération opérée par ledit projet, l'on peut tenter un regroupement des hypothèses en tenant compte du rôle joué par la volonté de la victime. Certaines circonstances sont le fait de la victime tandis que d'autres lui sont étrangères.

A- Le fait de la victime

Le sujet de droit international qui commet un acte illicite ne saurait invoquer sa souveraineté pour s'exonérer de sa responsabilité. Ce serait nier l'existence même du droit international. Ainsi, le projet d'articles de 2001 a, dans cette catégorie, pris en compte trois circonstances excluant l'illicéité. Il s'agit du consentement de la victime, de l'exercice de la légitime défense et des contre-mesures.

Dans le premier cas, le consentement donné doit être libre et provenir d'un organe *de jure* de l'Etat. C'est dire que le consentement du particulier n'est pas pertinent ici. Le consentement valablement donné exclut ou fait échec au caractère illicite de l'acte commis (Voir CIJ, affaires des activités armées sur le territoire du Congo, RDC c/ Ouganda, 2005). Il convient d'affirmer clairement que le consentement donné pour la violation d'une norme impérative de droit international général ou norme de *Jus cogens* n'est

pas valable. Cette dernière affirmation puise son fondement dans le souci de la communauté internationale de protéger les valeurs élémentaires d'humanité qui sont à la base du droit international général (Voir B. Boutros Ghali, *Le droit international à la recherche de ses valeurs*, *RCADI*).

Dans le deuxième cas relatif à la légitime défense, il s'agit de considérer comme licite le recours à la force effectué par un Etat sur la base de ce droit naturel et fondamental que lui reconnait la Charte des Nations Unies et tout le droit international conventionnel et coutumier, de se défendre en cas d'une attaque armée (article 51 de la Charte des Nations Unies). L'article 21 du projet d'articles de 2001 pose clairement que « l'illicéité du fait de l'Etat est exclue si ce fait constitue une mesure de légitime défense prise conformément à la charte des Nations Unies ». La Charte des Nations Unies reconnait en effet aux Etats un droit naturel de légitime défense individuelle et collective. Ledit article dispose clairement que « *aucune disposition de la présente charte ne porte atteinte au droit naturel de légitime défense individuelle ou collective dans les cas où un membre des Nations Unies est l'objet d'une agression* ». La Charte a ainsi codifié le droit naturel en l'inscrivant par ailleurs comme la seule exception possible ou à l'interdiction du recours à la force. Cet argument a été évoqué sans succès par le Nigéria dans l'affaire qui l'opposait au Cameroun et relativement à la frontière terrestre et maritime.

L'article 22 du projet d'articles sur la responsabilité internationale des Etats a consacré les contre-mesures comme circonstance excluant l'illicéité. Cette circonstance avait été amplement débattue dans le cadre de l'affaire du projet Gabcikovo/Nagymaros dans laquelle la Hongrie considérait le recours à « la variante C » comme une contre-mesure. A cette occasion la CIJ a rappelé la formule qui est aujourd'hui retenue par le projet d'articles de 2001. Celle-ci pose en effet que « l'illicéité du fait d'un Etat non conforme à

l'une de ses obligations internationales à l'égard d'un autre Etat est exclue si et dans la mesure où ce fait constitue une contre-mesure prise à l'encontre de cet autre Etat conformément au chapitre II de la III^{ème} partie ». La contre mesure représente donc en réalité une réaction à un acte illicite et c'est d'ailleurs ce qui justifie la prise en compte comme circonstance excluant l'illicéité.

B- Les circonstances étrangères à l'auteur de l'acte

Le sujet de droit international qui commet un acte internationalement illicite peut voir sa responsabilité exonérée du fait de la prise en compte de certaines situations ou de certains évènements qui lui seraient extérieurs. C'est le cas de la force majeure, de l'état de nécessité ou la situation de détresse.

- La force majeure et le cas fortuit sont des situations où les sujets du droit international sont amenés à agir malgré eux d'une manière incompatible avec leurs obligations internationales. Ils n'y a ni élément de volonté, ni aucun élément intentionnel. La CDI l'envisage comme une force irrésistible ou un élément extérieur imprévu et en dehors de tout contrôle de l'Etat. Ces deux notions (force majeure et cas fortuit) se distinguent par les éléments qui sont à leur origine (une force ou une contrainte pour ce qui est de la force majeure, un évènement pour ce qui est du cas fortuit). Dans le dernier projet d'articles la CDI a purement et simplement écarté le cas fortuit et n'a retenu que la force majeure en y incluant les autres évènements qui caractérisent le cas fortuit. Pour être prise en compte, la force majeure doit remplir des conditions bien prévues par l'art. 23 al. 1 et 2 dudit projet d'articles.

- L'état de nécessité quant à lui suppose un péril grave et imminent pour un intérêt essentiel de l'Etat. Le caractère d'un intérêt essentiel donné

est naturellement fonction de l'ensemble des conditions dans lesquelles un Etat se trouve même si la CIJ a cru devoir percevoir cette imminence dans le long terme (voir CIJ, affaire du Projet Gabcikovo/Nagymaros). L'état de nécessité doit être évalué par rapport aux cas d'espèce dans lequel ledit intérêt entre en considération. En réalité, pour qu'il y ait état de nécessité ou état d'extrême nécessité, il faut que le péril n'ait pas pu être écarté, qu'il ait un caractère irrésistible et surtout le comportement incriminé doit s'être révélé indispensable dans sa totalité et non pas seulement en partie pour préserver l'intérêt essentiel menacé. Tout dépassement des limites du strict nécessaire à cette fin ne peut que constituer à lui seul un fait illicite.

- Par détresse on entend une situation de péril extrême dans laquelle l'organe étatique qui adopte un comportement contraire à son obligation internationale n'a, au moment, d'autres moyens de se sauver ou de sauver des personnes confiées à sa garde que celui d'agir de manière non conforme aux prescriptions de l'obligation en question. Contrairement au cas fortuit et à la force majeure, un choix théorique existe (choisir de sauver des vies humaines en polluant la mer ou préserver cette dernière au détriment des vies humaines). Pour être accueillie, la situation d'extrême détresse doit remplir un certain nombre de conditions, à savoir :

- Le comportement ne doit pas créer un péril comparable ou supérieur ;
- Il doit s'agir véritablement d'une situation d'extrême détresse ;
- Elle ne peut être invoquée si l'on a contribué à sa survenance (nul ne peut se prévoir de sa propre turpitude) ;
- Le comportement doit, s'être révélé indispensable.

A ces deux grandes catégories de circonstances excluant l'illicéité, l'on peut sur le fondement de la pratique et de la Jurisprudence internationale

relever quelques circonstances en gestation, à savoir « la possession paisible » et la « croyance sincère ». Ce sont en effet des arguments qui ont été évoqués par la partie Nigériane dans le but d'écarter sa responsabilité engagée par le Cameroun devant la CIJ. Il peut cependant être regrettable que la Cour mondiale n'ait pas accordé une attention particulière à ces prétendues avancées dans la théorie générale des circonstances excluant l'illicéité.

Section II- Le préjudice

Le dommage ou le préjudice peut avoir une nature internationale provenant de ce qu'il affecte directement, dans ses droits, un sujet de droit international. On appelle ce type de dommage le dommage immédiat soulignant ainsi le lien direct entre le fait illicite et le droit violé. Mais il existe d'autres dommages subis par des personnes physiques ou morales qui ne sont pas des sujets de droit international. Ce type de dommage ne concerne pas en principe la responsabilité internationale. Toutefois, il peut arriver qu'un Etat prenne fait et cause pour lesdites personnes physiques qui auraient subi un dommage ; c'est le domaine de la protection diplomatique. Avant d'aborder la question de la finalité de la responsabilité internationale (paragraphe II), il conviendrait d'analyser d'abord les caractères du préjudice (paragraphe I)

Paragraphe I- Les caractères du préjudice

Le préjudice peut avoir un double caractère. Il peut être immédiat ou médiat. Cette différence de caractère du préjudice influence tout le régime juridique applicable à la responsabilité internationale soit que le préjudice est immédiat (A) soit que le préjudice est médiat (B).

A- Le dommage immédiat

Dans l'affaire de *l'Usine de Chorzow*, le juge international a clairement affirmé le principe de la responsabilité pour fait internationalement illicite. L'on a en effet posé que tout fait international illicite engage la responsabilité de son auteur et oblige celui-ci à le réparer.

Le dommage immédiat est celui subi par un sujet de droit international lésé dans un droit qu'il tire de l'ordre juridique international. Ce droit doit être juridiquement protégé et l'Etat doit en être le titulaire. Il se pose dès lors le problème de la distinction entre un droit et un intérêt. La question s'est posée dès 1963 dans le cadre de l'affaire du Cameroun septentrional où la CIJ a écarté l'intérêt d'un Etat à voir le droit international respecté. En 1966, dans l'affaire du Sud-Ouest Africain, la CIJ a également écarté la réclamation de l'empire d'Ethiopie et de la République du Libéria qui souhaitaient voir la Cour juger que l'Afrique du Sud violait ses obligations internationales. Il s'agissait toujours pour la Cour de confirmer sa thèse de départ à savoir la violation d'un droit. *Dans l'affaire de la Barcelona Tranction Light and Power Compagny Ltd* (1970), l'on a semblé voir un revirement de jurisprudence car la CIJ a, à cette occasion, fait une distinction essentielle entre les obligations des Etats envers la Communauté Internationale dans son ensemble et celles qui naissent vis-à-vis d'un autre Etat dans le cadre de la protection diplomatique. Par leur nature, les premières concernent tous les Etats et vu l'importance des droits en cause « tous les Etats peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ses droits soient protégés. Les obligations dont il s'agit sont des obligations *erga omnes* ». Le pas se trouve donc ainsi amorcé avant d'être codifié dans le projet d'articles de 2001 sur la responsabilité internationale des Etats (voir article 43 du projet d'articles).

Par ailleurs, le préjudice peut être direct ou indirect et seul le préjudice direct est susceptible d'engager la responsabilité internationale. Constitue un préjudice direct celui qui découle nécessairement de l'acte illicite. L'existence d'un préjudice matériel, quelle que soit son objet et sa nature, est toujours suffisante pour engager la responsabilité de son auteur. Mais l'on peut se poser la question de savoir quel est aujourd'hui le régime juridique du dommage moral ? Cette catégorie est restée pendant longtemps ignorée par le droit international. En d'autres termes, le droit international n'accordait aucune considération au préjudice moral. Le revirement est intervenu avec la Sentence Arbitrale de 1922 dans *l'Affaire des Veuves du Lusitania*. En effet, dans cette affaire, l'on a reconnu et réparé le préjudice moral souffert par les veuves des occupants du navire dénommé *Lusitania*.

B- Le dommage médiat : la théorie de la protection diplomatique

La responsabilité internationale ne peut être engagée que dans la mesure où le dommage est juridiquement causé à un sujet de droit international (Etat et Organisation internationale). Lorsqu'il s'agit d'un sujet de droit interne, le problème se pose différemment. Afin d'éviter le déni de justice, il a été mis en place pour ce type de dommage, le mécanisme de la protection diplomatique. Pratiquement, il s'agit pour un sujet de droit international d'endosser la réclamation individuelle de son national ou de son ressortissant. C'est la manifestation même de la souveraineté de l'Etat c'est-à-dire que l'Etat n'exerce là qu'un droit qui lui est propre. Dans *l'Affaire des Concessions Mavrommatis en Palestine* (1924), la CPJI affirmait que « en prenant fait et cause pour l'un des siens, en mettant en mouvement en sa faveur l'action diplomatique ou l'action judiciaire, cet Etat fait à vrai dire valoir son propre droit, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants le droit international ».

1- **Les conditions d'exercice de la protection diplomatique**

Un certain nombre de conditions sont nécessaires pour la mise en œuvre de la protection diplomatique. Il s'agit entre autres de la nationalité, de l'épuisement des voies de recours interne et de la théorie des mains propres.

S'agissant d'abord de la nationalité, l'on droit dire qu'elle s'analyse ici en terme de lien effectif et même affectif, qui unit une personne à un Etat. C'est en réalité un lien juridique sous-tendu par un fait social de rattachement (CIJ, *Affaire Nottebhöm*). L'Etat ne peut en réalité exercer sa protection diplomatique que vis-à-vis de ses nationaux. Le principe est clair, lorsqu'il s'agit des personnes disposant d'une seule nationalité. La situation se complexifie dès lors que l'on est en présence des personnes disposant de plusieurs nationalités ou alors des personnes dites morales. Pour le premier cas, il s'agira de rechercher la nationalité effective du demandeur en protection diplomatique (voir *Affaire Nottebhöm, Affaire Canevaro*). Il convient de voir plus récemment les développements autour de *l'Affaire Ahmadou Sadio Diallo* (CIJ, République de Guinée c/ RDC, 19 juin 2012).

Pour ce qui est des sociétés ou des personnes morales, la difficulté découle de la détermination de la nationalité de la personne morale concernée. Doit-on en réalité prendre en considération la nationalité des actionnaires majoritaires comme étant celles de la société ou alors attribuer à cette dernière la nationalité du lieu d'établissement de siège principal de la société. Ces deux questions ont été posées dans le cadre de *l'Affaire de la Barcelona Traction Light and Power Company Ltd* en 1970 (Belgique c/ Espagne) ou encore dans le cadre de *l'Affaire ELSI (Elettronica Sicula)* entre l'Italie et les Etats-Unis.

Pour produire son effet positif, la nationalité doit non seulement être effective, mais aussi être continue c'est-à-dire qu'elle ne doit pas changer entre le moment du préjudice et la finalisation de l'action en protection diplomatique (voir *Affaire des Veuves du Lusitania*).

Ensuite, s'agissant de l'épuisement des voies de recours interne, il convient de dire que le plaignant doit pouvoir, au plan interne, donner la possibilité à l'Etat fautif de réparer le dommage. Il faut donc pour cela épuiser les voies de recours qui sont offertes. C'est une condition procédurale visant à la fois à protéger la souveraineté de l'Etat accusé et à éloigner des instances Internationales les affaires banales et sans importances. Cette condition est cependant soumise à des préalables, à savoir :

- L'existence des voies de recours ;
- L'accessibilité desdites voies ;
- L'efficacité des voies offertes.

Au plan de la théorie générale du droit, il convient de dire que l'épuisement des voies de recours interne a acquis aujourd'hui au regard de son étendue et de l'adhésion de l'Etat le caractère de norme coutumière, bien que parfois prévue par les textes conventionnels (voir dans ce sens CIJ *Affaire Anglo Inanian-oil Company* en 1952 et *l'Affaire Interhandel*, 1959). Voir plus récemment les développements autour de l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo* (CIJ, République de Guinée c/ RDC, 19 juin 2012).

Pour ce qui est enfin de la théorie des mains propres, il faut dire que l'individu qui sollicite la protection diplomatique de son Etat doit avoir les mains propres c'est-à-dire que sa conduite doit avoir été correcte et non blâmable. En outre il ne doit pas, par son comportement, avoir contribué à la survenance du dommage dont il demande la réparation. C'est en effet en ce

sens que Paul Reuter affirmait que « la Barcelona n'a pas succombé du fait d'un ennemi imaginaire, mais du fait de ses propres fautes ». C'est une jurisprudence qui est aujourd'hui généralisée sur le fondement de cette maxime de l'équité : « ***He who comes to equity must come with clean hands*** », ce qui rappelle la règle « ***nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude*** ». Cette exigence a été réaffirmée dans la jurisprudence *Ben Tillet* entre le Royaume-Uni et la Belgique, affaire dans laquelle le sieur Ben Tillet a eu un comportement blâmable.

2- Les modalités d'exercice de la protection diplomatique

Il convient de dire d'entrée de jeu que la protection diplomatique est un droit qui appartient à l'Etat. La jurisprudence et la pratique internationale sont constantes sur ce point. En effet, dans une espèce, des individus s'étaient plaint de ce que l'Etat défendeur avait violé leur droit de l'homme en leur refusant sa protection diplomatique pour une réclamation fondée sur un fait international illicite commis à leur égard par les autorités d'un autre Etat. Sur ce point, la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) décida que « aucun droit à la protection diplomatique n'était garantie en tant que tel aux personnes se trouvant sous la juridiction de l'Etat défendeur ». Il n'y a donc aucun droit individuel en la matière. L'Etat qui formule une réclamation au nom de l'individu fait, à vrai dire, valoir son propre droit, celui qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants le droit international (CPJI, *Affaire Mavrommatis*, 1924 ; CIJ, *Affaire de la* Barcelona Traction Light and Power Company Ltd 1970 ou encore CEDH, Kopas V Royaume-Uni, 1987).

La pratique nationale des Etats est, sur ce point, divergente. Si en Allemagne, l'on considère que la protection diplomatique est un droit appartenant à l'individu et susceptible d'un recours devant la Cour constitutionnelle de Karlsruhe, en France, il s'agit véritablement d'un droit qui

appartient à l'Etat. Cela est tellement vrai qu'en France, les actes pris en matière de protection diplomatique sont qualifiés d'actes de gouvernement. Il s'agit pour ce qui est des modalités de mise en œuvre de la protection diplomatique d'un pouvoir discrétionnaire et à ce titre il appartient à l'Etat d'en préciser le moment et les moyens à mettre en œuvre afin d'obtenir réparation, ainsi que de juger de l'opportunité d'agir. Les moyens de mise en œuvre sont nombreux. Ils vont du règlement pacifique des différends, à l'arbitrage et la justice. L'Etat garde ainsi son entière liberté de choisir le moyen le plus efficace permettant d'obtenir satisfaction (négociation, arbitrage, justice).

Une question importante s'est souvent posée dans la pratique des Etats. En effet l'Etat peut- il renoncer objectivement à la mise en œuvre de la protection diplomatique ? Question d'importance capitale car posant une problématique très ancienne dans les relations internationales et sous-jacente à la mise en œuvre de la protection diplomatique. Si pour ce qui concerne l'Etat, la réponse est positive, pour ce qui concerne l'individu, la réponse doit être trouvée à travers l'analyse faite de la **clause Calvo**. En substance, le problème posé par cette clause est celui de savoir si un individu ou une personne morale peut renoncer à la protection diplomatique de son Etat national. La pratique internationale a, à cet égard, s'agissant de l'individu, apporté une réponse négative. Celui-ci n'a pas en effet la maîtrise de la protection diplomatique, il n'a aucun droit individuel à la protection diplomatique et il ne peut donc y renoncer. Dans la jurisprudence internationale, et même en droit international classique et contemporain, la clause Calvo est toujours considérée comme nulle. Dans une *Affaire Martini* entre l'Italie et le Venezuela, la commission (d'arbitrage) a attribué une indemnité malgré l'insertion de la clause Calvo dans le contrat. L'inopposabilité de ***la clause Calvo*** est ainsi clairement affirmée. *A contrario*,

seul l'Etat peut renoncer à la protection diplomatique de façon *ad hoc*, (ponctuelle) ou dans un cadre conventionnel. On peut à cet égard citer l'art.27 de la convention sur le CIRDI (Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements) par lequel l'Etat national du contractant s'engage à ne pas exercer la protection diplomatique.

Paragraphe II- La finalité de la mise en œuvre de la responsabilité internationale : la réparation

La responsabilité joue un rôle stabilisateur et une fonction pacificatrice dans les relations entre sujets de droit. Cette fonction débouche sur une obligation internationale de nature jurisprudentielle ou conventionnelle, qui a aujourd'hui acquis le caractère norme coutumière au regard de son ancienneté. Pour mieux percevoir cette fonction réparatrice, il convient d'abord de présenter son fondement avant d'analyser ses modalités.

A- Les fondements de la réparation

La responsabilité à pour fin première la mise en œuvre du devoir ou de l'obligation de réparer le dommage causé par un Etat à un autre sujet de droit international. La jurisprudence internationale a relevé à plusieurs occasions que la réparation est la conséquence attendue de l'illicéité. En effet, dans un précédent jurisprudentiel très souvent cité (CPJI, affaire de *l'Usine Chorzow*), la Cour déclarait que « *le principe essentiel qui découle de la notion même d'action illicite et qui semble se dégager de la pratique internationale notamment de la jurisprudence des tribunaux arbitraux est que la répartition doit autant que possible effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui vraisemblablement aurait existé si le dit acte n'avait pas été commis* ». Cette formule de la CPJI affirme bien le fondement jurisprudentiel de l'obligation de réparer. En d'autres termes, la réparation fait naître une

obligation générale qui lie tout auteur du fait international illicite. Elle est impliquée par toute règle juridique et présente un caractère d'automaticité. En d'autres termes, dès lors que le fait est attribué à un Etat, il doit automatiquement réparer. La CPJI le constatait lorsqu'elle affirmait que « *c'est un principe général de droit international voire une conception générale du droit que toute violation d'un engagement comporte l'obligation de réparer* ». Cette jurisprudence est très constante devant les juridictions internationales. Dans l'*Affaire Barrios Altas*, la Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme, (CIADH) a reconnu que tout acte illicite ou tout dommage entraîne l'obligation ou le devoir de réparation adéquate (arrêt du 30 novembre 2001). Le juge américain était même allé plus loin en considérant que l'art.63 al.1 de la convention américaine de 1969 avait codifié une règle coutumière qui fonde désormais le droit à la réparation (CIADH, Garrido et Balgorria V Argentine).

Cette obligation trouve également son fondement dans le droit international conventionnel. C'est ainsi que l'on retrouvera à travers la panoplie des conventions internationale l'obligation faite aux Etats de réparer tout dommage causé. L'article 31 du projet d'article de 2001 sur la responsabilité des Etats précise que l'Etat responsable est tenu de réparer le préjudice causé par le fait internationalement illicite.

B- Les modalités de la réparation

La pratique internationale offre aux Etats une panoplie de modalités leur permettant de réparer les dommages causés. D'abord la ***restitution in integrum*** qui représente le principe en matière de réparation. Il permet à l'Etat de réparer le dommage en essayant d'éliminer ou d'effacer, autant que faire se peut, toutes les conséquences de l'acte illicite et donc de rétablir le *statu quo ante* (situation qui a existé) (CPJI, *Affaire Usine de Chorzow*). Cette

formule est couramment dénommée remise de la chose en l'état. C'est d'ailleurs ce qu'a rappelé avec force l'arbitre dans l'affaire *Texaco Calasiatic* lorsqu'il pose que la ***restitution in integrum*** constitue la sanction normale de l'inexécution d'une obligation conventionnelle ou contractuelle … (S.A, 1977, Texaco Calasiatic c/ Libye). Cette modalité de réparation est prévue par l'art. 35 de du projet d'articles sur la responsabilité des Etats qui précise en outre que cette modalité ne peut être prise en compte que si elle est matériellement possible. Ce qui laisse apparaître en filigrane toute la difficulté qui est consubstantielle à cette modalité.

Face à ces difficultés, la pratique a imaginé puis codifié d'autres modalités qui permettent de donner corps à la réparation. C'est le cas notamment de ***la réparation par équivalence ou l'indemnisation*** qui représente l'une des modalités qui vole au secours du juge face à l'impossibilité de remettre la chose en état. Affirmée par la jurisprudence Chorzow, elle a été codifiée non seulement par projet d'articles sur la responsabilité des Etats, mais aussi par la quasi-totalité des conventions relatives à la protection de l'environnement. Le juge dans l'affaire Chorzow affirmait clairement que « c'est toujours un principe du Droit International que la réparation doit autant que faire se peut éliminer toutes les conséquences du fait dommageable ». Cette affirmation remet au bout du jour la prise en compte de l'argent comme moyen de réparer un préjudice ou un dommage causé. L'on affirmait déjà dans *l'Affaire des Veuves du Lusitania* que l'argent est la mesure de la valeur des choses. Relativement à la prise en compte de l'argent, l'on doit pouvoir dire que le calcul de l'indemnité à allouer se fait non sur la base du droit interne, mais sur la base du droit international. L'art.36 du projet d'articles sur la responsabilité des Etats pose clairement cette modalité lorsqu'il affirme que « l'Etat responsable du fait internationalement illicite est tenu d'indemniser le dommage causé par ce fait dans la mesure

où il ne peut pas être réparé par la restitution. L'indemnité doit prendre en compte tout dommage susceptible d'évaluation financière y compris le manque à gagner dans la mesure où celui-ci est établie ».

Mais dans certains cas, l'indemnisation peut s'avérer inadéquate et alors l'on recourt à ***la satisfaction*** qui est en passe de devenir l'une des modalités les plus répandues dans la pratique de la responsabilité internationale. Il peut s'agit dans ce cas d'un préjudice moral ou même matériel. Cette modalité a un caractère purement moral, car visant la satisfaction personnelle de la victime. Elle est largement prise en considération au plan international. Il suffit ici de rappeler une jurisprudence intéressante qui prenait en compte « l'atteinte portée au projet de vie ». En effet, dans l'arrêt rendu en 1999 dans l'affaire Loayza Tamayo c/ Pérou, la Cour interaméricaine des Droits de l'Homme a mentionné pour la première fois le concept qui renvoie à l'idée de satisfaction en tant que modalité de la réparation. Ce faisant, elle affirmait que le grief d'une atteinte portée au projet de vie n'était décidément pas identique à celui d'un préjudice immédiat et direct causé aux biens de la victime mais visait plutôt le plein épanouissement de l'individu concerné. En l'espèce, la CIADH jugea que les circonstances entourant la détention de la victime avait nuit au projet de vie de celle-ci.

Ce raisonnement de la CIADH renvoie à une problématique généralisée aujourd'hui tant en droit international, qu'en droit interne, autour de la perte de chance. Une application récente a été faite par en matière hospitalière par le Conseil d'État français censurant une cour administrative d'appel pour ne pas avoir retenu la responsabilité d'un établissement public hospitalier dont le rôle dans le décès d'un patient apparaissait pour le moins indirect. En effet les fautes commises par l'équipe médicale d'une clinique

privée semblaient bien être immédiatement à l'origine dudit décès (Voir, Conseil d'État (5 et 4 SSR) 18 février 2010, n° 316774, *Consorts Ludwig*).

La satisfaction intègre les regrets (Etats-Unis c/ chine), le salut au drapeau et les excuses du gouvernement, à l'instar des excuses faites par l'Etat français à la Nouvelle Zélande à la suite de la destruction du navire *Rainbow Warrior*, ou encore les excuses formulées par l'Allemagne en 2004 à la Namibie suite au massacre des Héreros entre 1904 et 1905, enfin les excuses réclamées par le Président de la République d'Argentine à la Grande Bretagne pour avoir utilisé des navires portant des armes nucléaires pendant la guerre des Malouines en 1982.

La mise en œuvre de la réparation peut dans certaines situations s'avérer difficile, notamment en termes de calcul de l'indemnité due. Pour s'en convaincre il suffit de lire les récents développements faits par la CIJ dans *l'Affaire Ahmadou Sadio Diallo* (CIJ, République de Guinée c/ RDC, 19 juin 2012).

Enfin, ***la non-répétition*** qui est une modalité permettant à l'Etat victime d'obtenir la garantie que de tels faits ne se reproduiront pas dans le futur. C'est ce que, dans la pratique, l'on appelle couramment la garantie ou la promesse de non- répétition. Dans l'affaire Torrez Ramirez, le Comité des Droits de l'Homme des Nations Unies, après s'être assuré que le droit uruguayen n'était pas en conformité avec le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, a déclaré que « en conséquence, le Comité conclut que l'Etat partie est dans l'obligation de fournir des recours efficaces a à la victime y compris une réparation pour les violations qu'elle a subies et de prendre des mesures pour que de telles violations ne se reproduisent pas à l'avenir » (CDHNU ; 1980). Plus récemment, une demande concernant la garantie de non- répétition a été avancée par la Hongrie à l'égard de la Slovaquie dans *l'Affaire Gabcikovo/Nagymaros*. La Hongrie avait en effet

demandé à la CIJ de statuer que la Slovaquie était tenue de l'obligation de fournir des garanties adéquates contre la répétition des dommages et pertes subies par la République de Hongrie et par ses ressortissants du fait de la mise en œuvre de la « variante C ». La promesse de non répétition a été reprise dans *l'Affaire du différend frontalier terrestre et maritime entre Cameroun c/ Nigéria* en 2002 et dans *l'Affaire LaGrand* entre les Etats-Unis et l'Allemagne.