

Fait continu, fait composé et fait complexe dans le droit de la responsabilité

Giovanni Distefano

Citer ce document / Cite this document :

Distefano Giovanni. Fait continu, fait composé et fait complexe dans le droit de la responsabilité. In: Annuaire français de droit international, volume 52, 2006. pp. 1-54;

doi : <https://doi.org/10.3406/afdi.2006.3919>

https://www.persee.fr/doc/afdi_0066-3085_2006_num_52_1_3919

Fichier pdf généré le 05/04/2018

ÉTUDES

FAIT CONTINU, FAIT COMPOSÉ ET FAIT COMPLEXE DANS LE DROIT DE LA RESPONSABILITÉ

GIOVANNI DISTEFANO

« di fronte [alla] realtà, che prorompe da ogni lato e s'impone, il diritto non può mantenere un concetto che la disconosce o non la comprende »¹.

Prologue et prémisses méthodologiques

Cette étude est consacrée à l'analyse des modalités de la violation des obligations dans l'ordre international. Nous nous attaquerons, de ce fait, à ce qu'on a coutume d'appeler l'élément, ou plutôt l'aspect étant donné le caractère unitaire du fait internationalement illicite, objectif de l'infraction à un devoir international. Notre champ d'investigation est toutefois circonscrit à la seule dimension temporelle de la violation internationale. En d'autres termes, nous étudierons de quelle manière et par quel biais le facteur temps entre en ligne de compte aux fins de l'engagement de la responsabilité internationale. Nous nous efforcerons de mettre en exergue dans cette étude les contributions des travaux de la CDI à la taxonomie des violations internationales eu égard au facteur temporel. S'il est vrai que notre regard se tournera vers le texte adopté par la Commission du droit international des Nations Unies (ci-après CDI) en 2001 (ci-après texte 2001), il n'en est pas moins vrai que le texte adopté en lecture provisoire par la CDI en 1996 (ci-après projet 1996) recèle davantage d'intérêt pour notre objet d'étude. En effet, celui-ci se différencie du texte finalement adopté par la richesse théorique des différentes conceptualisations contenues dans ses dispositions². Des subtils distinguos – considérés par le dernier rapporteur, J. Crawford, et la dernière CDI comme étant déplacés dans un projet de codification – qui figuraient dans le projet 1996, ont finalement été supprimés dans le texte 2001. Dans ce dessein,

(*) Giovanni DISTEFANO, chargé de cours à la Faculté de droit de l'Université de Genève ainsi qu'au Centre universitaire de droit international humanitaire (CUDIH) à Genève.

1. D. ANZILOTTI, « La formazione del Regno d'Italia nei riguardi del diritto internazionale » (1912), in *Scritti di diritto internazionale pubblico*, tome II, Padova, 1958, p. 636.

2. Nous faisons notamment référence aux articles 18, 24, 25 et 26 du projet 1996 ainsi qu'aux articles 13, 14 et 15 du texte 2001.

force est d'évoquer les rapports de R. Ago soumis à la CDI jusqu'en 1979. En effet, la systématisation des violations internationales par rapport au facteur « temps », entérinée par la CDI en 1996, se trouve illustrée dans les rapports V à VII. Ces derniers – véritable monument doctrinal et stylistique érigé par le deuxième rapporteur spécial chargé du sujet – seront donc passés ici au peigne fin.

À cet égard, si les rapports susmentionnés de R. Ago ne devaient avoir qu'un seul mérite, ce serait celui d'avoir catalysé l'attention et les énergies de la doctrine sur un aspect très souvent ignoré – les modalités des obligations internationales et les violations correspondantes – et d'avoir canalisé par là les discussions doctrinales sur des bases sensées³ ; même ses détracteurs les plus acharnés ne devraient pas lui nier ce mérite. Il est remarquable – et très révélateur de l'intérêt suscité par ces rapports – que de nombreuses monographies ont été publiées à ce propos, et que les manuels ont consacré de multiples paragraphes, sinon chapitres, à ce qui demeure comme l'un des aspects innovateurs de l'œuvre du rapporteur Ago dans le domaine de la responsabilité internationale et notamment relativement aux modalités de la naissance de cette dernière⁴. C'est une véritable typologie des faits internationalement illicites qui nous est dressée par la CDI dans le sillage de son rapporteur d'alors.

Le facteur « temps » qui seul nous intéresse ici déploie son action à un double niveau : *primo*, la question de la vigueur de l'obligation internationale à la charge de l'État⁵, *secundo*, le problème du moment et de la durée de la violation internationale, c'est-à-dire le *tempus commissi delicti* ou l'étalement dans le temps de cette dernière⁶. Les deux aspects du rôle du temps dans le façonnement des modalités des violations internationales sont couverts par les dispositions susmentionnées du projet 1996⁷. Trois espèces de faits étatiques s'étalant dans le temps⁸, d'où résultent des violations d'obligations internationales, nous sont proposées par la CDI dans ce texte : fait illicite « continu », fait illicite « composé »⁹, fait illicite « complexe »¹⁰. Seul ce dernier cependant n'a pas trouvé sa place dans le texte de 2001. Ainsi, une partie considérable de cette contribution sera consacrée à l'examen des raisons qui ont mené à sa suppression,

3. E. WYLER, « Quelques réflexions sur la réalisation dans le temps du fait internationalement illicite », *RDGIP*, vol. 95, 1991, pp. 881-914.

4. « Le problème de la détermination de la nature juridique du délit international, c'est-à-dire le problème de l'origine de la responsabilité internationale des États, constitue sans doute l'une des questions les plus délicates et les plus graves du droit international public » (R. AGO « Le délit international », *RCADI*, vol. 68 (1939), p. 415). Parmi les manuels de référence attribuant une importance considérable aux modalités de la naissance de la responsabilité internationale, voy. I. BROWNIE, *System of the law of Nations : State Responsibility*, Part I, Oxford, 1983, pp. 193-198 ; M. DIEZ DE VELASCO VALLEJO, *Instituciones de derecho internacional public*, tome 1^{er}, 10^e éd., Madrid, 1994, pp. 718-728. L'énumération n'est évidemment pas exhaustive.

5. M. DIEZ DE VELASCO VALLEJO, *op. cit.*, pp. 725-726.

6. « [I]l s'agit de déterminer ici et ce par rapport aux différentes espèces d'obligations internationales auxquelles on s'est référé le « temps » respectif de leur violation ; il s'agit notamment d'établir si et quand la durée de ce temps n'est qu'instantanée ou bien s'étale dans le temps sur une période plus ou moins longue. En d'autres termes, il s'agit ici de la question dite du *tempus commissi delicti*. », Sixième Rapport, *ACDI*, Vol. II, 1^{re} partie, § 20 ; dans le même sens, W. KARL, « The Time Factor in the law of State Responsibility », *United Nations Codification of State Responsibility*, New York, 1987, p. 96.

7. Voy. *supra* note 2.

8. En vérité, à ces trois catégories il faudrait en ajouter une quatrième qui est celle représentée par les soi-disant « faits illicites instantanés » (i.e. qui ne s'étalent pas dans le temps). Cette modalité des violations internationales ne sera examinée que de manière liminaire.

9. Dans le texte 2001, la terminologie a subi une ultime et définitive modification, puisque l'adjectif « composite » (trahissant l'influence de la langue anglaise) a été préféré à « composé ».

10. Cette espèce de fait internationalement illicite a disparu du texte 2001. Nous tâcherons de démontrer dans les pages qui suivent que sa suppression n'était point souhaitable.

alors que les deux autres (en sus du fait internationalement illicite) ont été retenus par la CDI en 2001.

D'entrée de jeu, il importe de relever la parenté conceptuelle et logique des différentes catégories juridiques de faits illicites. Proximité qui va bien au-delà du dénominateur commun « temps » et remonte à une source et à une filiation uniques, tout en répondant à une préoccupation commune qui est celle d'avoir à l'esprit « certaines complications engendrées par la complexité et la variété extrême des comportements des États »¹¹. Ceci est d'autant plus important qu'il faut se rappeler que la qualification des comportements étatiques et des catégories de faits illicites en résultant est un problème de technique et de raisonnement juridique plutôt qu'une question de vérification de faits.

En revenant à la méthodologie de cette étude, il convient de dire que dans le cadre de chaque chapitre nous nous efforcerons de donner une définition de chaque catégorie de faits internationalement illicites de l'État avant de nous pencher ultérieurement sur la question de l'existence de la violation internationale. Ensuite, nous affronterons le problème crucial, soit le moment et la durée de la violation internationale (c'est-à-dire l'étalement dans le temps du fait internationalement illicite de l'État)¹².

Il est indéniable, et nous aurons l'occasion de nous en apercevoir sur-le-champ, que par rapport à ce dernier aspect de la typologie des violations internationales, la CDI 1996 s'est frayé – à des stades et à des degrés différents – un chemin fort périlleux, œuvrant, parfois, dans le sens du « développement progressif du droit international »¹³.

I. – LE FAIT ILLICITE CONTINU

A. Définition

Le professeur Ago emploie ce terme « pour définir justement des faits qui s'étalent, identiques avec eux-mêmes, sur un laps de temps plus ou moins long »¹⁴. Le mérite d'avoir été le premier à s'interroger sur le droit de cité de ce concept en droit international, au demeurant déjà connu depuis fort longtemps par les juristes en droit interne, revient incontestablement à Triepel, qui parle, à cet égard, de « *völkerrechtliches Dauerdelikt* »¹⁵. Cette notion a par la suite

11. Cinquième rapport, *ACDI*, vol. II, 1^{re} partie, § 61.

12. Il ne faut pas oublier que parmi les onze articles du chapitre III du projet 1996 (la violation d'une obligation internationale), quatre avaient trait à la dimension temporelle dans la réalisation du fait internationalement illicite.

13. De fait il n'existe meilleur avertissement, au seuil de l'examen de la typologie des violations internationales, que la mise en garde du RSA : « ne nous attendons pas à trouver, lors de l'examen de certains points du chapitre III, la riche moisson de précédents que nous avons pu glaner, par exemple, sur la détermination des critères pour l'attribution d'un fait à l'État. Il s'agira donc de suppléer, le cas échéant, à cette carence, en ne négligeant pas de considérer attentivement pour nous en inspirer dans la définition de certaines règles, les véritables évidences de la communauté internationale actuelle, ainsi que les idées et les tendances les plus autorisées qui s'y font jour. En d'autres termes, le développement progressif du droit international devra parfois prendre le pas sur la codification pure et simple », Cinquième rapport, *op. cit.*, § 11. D'ailleurs, cette fonction de « développement progressif » du droit international échoit à l'Organisation des Nations Unies, qui l'accomplit précisément par le truchement de la CDI (art. 13 de la Charte des Nations Unies).

14. Septième rapport, *ACDI*, Vol. II, 1^{re} partie, 1978, § 28.

15. C. H. TRIEPEL, *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig, 1899, p. 288 ; en anglais : « *permanent wrongs* » et en italien : « *illiciti (reati) permanenti* » ; voy. également R. AGO, *op. cit.* (1939), pp. 519-522.

conquis les faveurs d'autres internationalistes¹⁶, pour occuper, de ce fait, une place non négligeable dans les plaidoiries devant les instances internationales. À cet égard la « cause célèbre » demeure incontestablement l'affaire des *Phosphates au Maroc*, ne fût-ce que par la présence, en tant que conseil du gouvernement italien, de celui qui devait par la suite rédiger les rapports à l'intention de la CDI, c'est-à-dire Roberto Ago¹⁷. Dans cette affaire, le gouvernement italien se plaignait de divers agissements de la France au Maroc, en tant que puissance protectrice de celui-ci, qu'il estimait contraires aux obligations internationales lui incombant en vertu des dispositions de l'acte général d'Algésiras du 7 avril 1906 et de l'accord franco-allemand du 4 novembre 1911, auxquels l'Italie avait adhéré par la suite, et qui instaurent dans l'État chérifien le régime de la « porte ouverte ».

Au regard de la notion de fait étatique « continu », il nous suffit de ne prendre en considération que certains parmi les susdits agissements prétendument illécites. Nous faisons allusion ici au *dahir* (décret) promulgué par la France qui, en réservant la recherche et l'exploitation des phosphates aux seules autorités marocaines, venait à abolir *de jure* le régime de la « porte ouverte », garanti par les susdites stipulations internationales. Or ce *dahir* avait été adopté le 27 janvier 1920 (un deuxième *dahir* fut promulgué le 21 août de la même année), donc bien avant la date du *dies a quo* de la réserve *ratione temporis* de la déclaration française d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour permanente de justice internationale.

Au préalable, il convient de s'attarder sur la teneur de cette déclaration, que la France fit valoir dans ses exceptions préliminaires. Elle était assortie d'une double réserve *ratione temporis* : a) par rapport à la date du différend (ce qui ne nous intéresse pas ici, car nul ne douta que la controverse s'était cristallisée après la date du dépôt de la déclaration par la France ; b) par rapport aux différends qui « s'élèveraient au sujet des situations ou des faits postérieurs à cette ratification »¹⁸. Ainsi, la compétence de la CPJI dépendait de la définition temporelle de la situation et/ou des faits à l'origine du différend franco-italien¹⁹. Quel

16. Entre autres, Sir John FISCHER WILLIAMS [« The Optional Clause (The British Signature and Reservations) », *BYIL*, Vol. 11 (1930), p. 75] se questionne ainsi sur le *locus standi* du fait étatique « continu » : « *is the conception of the "continuing cause of action" admitted ?* ».

17. La susdite espèce revêt pour bien des raisons un rôle majeur dans l'analyse de notre problématique : l'indiscutable paternité des plaidoiries des représentants du gouvernement italien vis-à-vis des rapports de la CDI saute immédiatement aux yeux. À tel point que l'on pourrait affirmer – quoique avec malice – que ces derniers représenteraient la plaidoirie *post festum* de Roberto Ago. Toutefois, nous ne réussirions pas à opiner avec J. Combacau, lorsque ce brillant juriste affirme que lors de cette affaire (comme dans d'autres analogues), « la Cour a dû faire face à des tactiques contentieuses, où sans doute les considérations d'opportunité jouaient un rôle plus grand que les préoccupations théoriques, tactiques qui conduisaient le demandeur à faire descendre sur l'échelle du temps des faits clairement antérieurs à l'établissement du lien juridictionnel entre les parties de façon à les habiller en faits postérieurs à la déclaration de son adversaire » (J. COMBACAU, « L'écoulement du temps », *Le droit international et le temps*, SFDI, Colloque de Paris, 2000, Paris, Pedone, 2001, p. 89).

18. La déclaration française a été ratifiée le 25 avril 1931 alors que celle du gouvernement italien date du 7 septembre de la même année.

19. La primogéniture de cette double limitation *ratione temporis* échoit à la déclaration de la Belgique datant du 25 septembre 1925 (CPJI, Série D n° 6, 4^e éd, p. 39). Pour d'autres déclarations analogues, voy. S. ROSENNE, *The Time Factor in the Jurisdiction of the International Court of Justice*, Leiden, 1960, pp. 76-78. Voy. également : *Publications de la CPJI*, Série D n° 6, 4^e éd. Car on ne peut qu'opiner avec M. Montagna lorsqu'il affirme que « [d]al momento che taluni Stati hanno creduto, anche scegliendo tra formulazioni diverse, menzionare accanto ai fatti le situazioni, ciò importa che l'interprete debba ricercare che cosa significa una tale aggiunta » (« La limitazione "ratione temporis" della giurisdizione internazionale obbligatoria », in *Scritti in onore di Santi Romano*, Vol. III, Padova, 1940, pp. 125) ; « Assurément que ces termes ne sont pas identiques entre eux, en ce sens qu'un fait s'accomplit à un moment déterminé, ce qui lui assigne généralement une date précise, tandis qu'une situation comporte un état de chose qui, tout en ayant un point de départ, est de nature à se prolonger plus ou moins .../...

sens faut-il attribuer à cette différenciation entre situation et fait²⁰ ? Une situation, bien qu'engendrée par un fait ponctuel, à savoir ne s'étalant pas dans le temps, est censée *in terminis* s'étendre dans le temps : toutefois, l'on ne saurait faire dépendre la juridiction obligatoire de la Cour d'une subtile analyse sémantique. Le gouvernement italien affirma, au cours des plaidoiries orales, que le monopole institué par les *dahirs* susvisés constituait, par sa seule existence au moment du différend,

« une infraction au droit des gens, qui est déterminée exactement par le fait de ne pas mettre la législation interne en conformité avec les obligations imposées par les traités [...cette infraction] est permanente. C'est exactement le cas de délit permanent international qui est envisagé [...] par M. Triepel »²¹.

Ce fait étatique « continu », engendré par l'adoption de normes internes contraires aux engagements internationaux incombant à l'État, est un fait qui a créé une situation permanente, persistante et illicite, qui « continue » jusqu'à ce que les dispositions de droit interne contraires aux obligations internationales de l'État soient abrogées. Des faits illicites « continus » peuvent notamment résulter, en sus du maintien en vigueur de dispositions incompatibles avec les engagements internationaux d'un État (ou, au contraire, de la non-adoption de mesures législatives internes directement ordonnées par une disposition internationale)²² : d'une occupation illégitime du territoire d'un autre État (ou d'une partie de celui-ci), de la détention illégale d'un représentant officiel d'un autre État, d'un blocus illégitime, de l'occupation d'une ambassade et du maintien de la prise en otage de représentants diplomatiques et consulaires²³, etc.

Le gouvernement français contesta, dans les *Phosphates*, cette transposition de la terminologie du droit pénal interne au droit international²⁴, soulevant ainsi l'éternelle guerre doctrinale de l'analogie entre droit interne et droit international. Toutefois, plutôt que dans la transposition de règles de droit interne dans l'ordre international, on se situe ici au niveau des instruments qui sont à la disposition du juriste dans n'importe quelle branche du droit, qui servent à appréhender les phénomènes sociaux qu'un ordre juridique déterminé

longtemps », G. STAEDTLER, « L'affaire des Phosphates du Maroc (Exceptions préliminaires) », *RDILC*, 1939, p. 330. Cet auteur, pourtant, ne tire pas les conséquences qui nous paraissent inéluctables, une fois admise la distinction entre situation et fait, puisqu'il conclut qu'elle est indifférente au regard de la limitation *ratione temporis* en raison du fait que dans les deux cas (situation et fait), cette dernière visait à exclure un effet rétroactif de la déclaration d'acceptation de la France.

20. *Phosphates du Maroc* (exceptions préliminaires), *CPJI, Rec.*, Série C 84 (Nouvelles observations du gouvernement italien) : « Indéniablement, le terme "situation" se réfère à un ensemble complexe de circonstances qui se suivent dans le temps et, par là, donnent plus facilement l'idée de la permanence. Mais ce n'est pas là le point essentiel » ; Fischer Williams s'interrogeant ironiquement sur la paternité de la formule de limitation *ratione temporis*, s'exprime ainsi : « *it certainly is of highly respectable parentage, but was its rather a diplomat or a lawyer?* », *op. cit.*, p. 74 (en note de bas de page).

21. *Phosphates du Maroc*, *op. cit.*, Série C 84, p. 499 (Observations et conclusions du gouvernement italien).

22. En qui concerne la question des faits illicites engendrés par acte législatif interne, voy. A. SUAT BILGE, *La Responsabilité Internationale des États et son application en matière d'actes législatifs*, Thèse présentée à la Faculté de Droit de l'Université de Genève (n° 471), 1950 ; O. HOLJER, « La responsabilité internationale des États en matière d'actes législatifs », *Revue de droit international*, Vol. IV (1929), pp. 577-602 ; L. KOPELMANAS, « Du conflit entre le traité international et la loi interne », *RDILC*, 1937, pp. 89 et s., pp. 330 et s. ; E. VITTA, *La responsabilità Internazionale dello Stato per Atti Legislativi*, Milano, 1953, *passim*. Ces auteurs concordent avec la solution avancée par le professeur Ago au sujet de la réalisation du fait internationalement illicite de l'État en raison de ses actes législatifs.

23. *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran* (États-Unis d'Amérique c. Iran), arrêt du 24 mai 1980 (fond), *CJ Rec. 1980*, § 90, 94 (Dispositif n° 1).

24. Série C 84, pp. 724-725.

est censé réglementer. D'où la nécessité, en droit international aussi, de disposer de certains concepts (comme le fait étatique « continu ») qui facilitent l'appréhension juridique de certains comportements étatiques, à condition que l'emploi de ces catégories juridiques soit dicté par les caractéristiques propres à l'ordre juridique dans lequel elles sont censées accomplir leur fonction²⁵.

La CPJI, pourtant, réfuta la manière de voir prônée par la partie demanderesse, et affirma que « c'est dans ces *dahirs* qu'il faut voir les éléments constitutifs du prétendu accaparement et, par conséquent, les véritables faits générateurs du différend relatif à cet accaparement »²⁶. Toutefois, les argumentations de la Cour à cet égard ne firent pas l'unanimité parmi ses membres. Le juge van Eysinga affirma, dans son opinion dissidente, que le nouveau régime phosphatier au Maroc établi par les *dahirs* de 1920, en violation des engagements internationaux de la France (dont le traité d'Algésiras) constitue un fait illicite, car

« [c]ette continuité et permanence de quelque chose d'illicite constitue bien une situation, et c'est bien au sujet de cette situation que le différend italo-français s'est élevé. Il suffit de constater que cette situation [...] a existé postérieurement à la "ratification" pour conclure que la Cour est compétente pour connaître du différend »²⁷.

De même, le juge Cheng dans son opinion individuelle :

« [*t]he monopoly, though instituted by the dahirs of 1920, is still existing to-day. It is an existing fact or situation. If it is wrongful, it is wrongful not merely in its creation but in its continuance to the prejudice of those whose treaty rights are alleged to have been infringed, and this prejudice does not merely continue from an old existence but assumes a new existence every day, so long as the dahir that first created it remains in force »*²⁸.

B. Cheng met également en lumière une distinction qui est à bien des égards d'importance capitale, en mettant en exergue la différenciation entre fait « continu » et fait « instantané »²⁹ à effets continus, le monopole étant un fait « continu » car « *it is capable of new infringements as long as it is in force* »³⁰. Par

25. « [L]e fait illicite peut revêtir, dans chaque branche du droit, un aspect particulier ; mais, au-dessus des particularités, les traits fondamentaux restent les mêmes, surtout en ce qui concerne la structure du fait illicite [...] une catégorie juridique [le fait étatique « composé »] qui, touchant à la théorie générale de l'acte illicite, relève du droit interne et international, privé et public », Série C 84 (Nouvelles observations du gouvernement italien), pp. 194 et 198. Ce que R. Ago définit en 1937 comme « le patrimoine commun des idées juridiques générales », Série C 85, p. 1237.

26. CPJI, *Rec*, Série A/B n° 74, p. 26 ; le rapporteur spécial reprend la parole (quarante-et-un ans plus tard) : « l'illicéité internationale du monopole allégué par le gouvernement demandeur concernait l'existence et le maintien de ce régime, et non pas uniquement les actes l'ayant institué. La situation normative n'avait fait que débiter avec les dahirs et s'était poursuivie inchangée », Septième rapport, *op. cit.*, § 30.

27. Série A/B N°74, p. 35. Au préalable ce même juge avait disséqué la déclaration française en concluant que la Cour avait adopté à cet égard une interprétation par trop restrictive : « Eh bien, un différend qui "s'élève au sujet des situations postérieures à telle date" [voir déclaration française] est autre chose qu'un différend dont les faits générateurs sont postérieurs à cette date, (ou) que un différend qui est né d'une situation postérieure à la même date » (*loc. cit.*), et cela bien que la Cour se fût défendue de recourir à une interprétation restrictive. (Série A/B n° 74, pp. 23-24). Cette confusion-identité entre « différend né de faits antérieurs à l'acceptation de la juridiction obligatoire » (interprétation arbitrairement restrictive de la Cour) avec celle véritable de la France (« au sujet des situations postérieures à telle date »), semble avoir été capitale. De surcroît, déjà le titre III des Exceptions préliminaires françaises (Série C 84 p. 223) est ainsi libellé « différend né de faits antérieurs à l'acceptation de la juridiction obligatoire » ; dans le même sens, voy. l'opinion individuelle du juge Cheng, Série A/B n° 74, p. 37.

28. Série A/B n° 74, p. 35.

29. Ou « achevés » dans la terminologie adoptée par la CDI en 2001.

30. Série A/B n° 74, *op. cit.*, p. 37.

ailleurs ce monopole peut encore porter atteinte à d'autres ressortissants étrangers et à leurs activités en engendrant par là une soi-disant « pratique discriminatoire »³¹. En effet, ces agissements étatiques peuvent donner lieu à un fait illicite « composé »³², caractérisé par l'accumulation progressive et continue de comportements contraires aux devoirs internationaux incombant à l'État. C'est dire si le bien-fondé des arguments italiens n'avait pas échappé à ces deux membres de la Cour.

Pour revenir à la distinction entre fait « continu » et fait « instantané » à effets continus, il suffit de rappeler que celle-ci a été mise en exergue par le gouvernement italien³³. Le mérite d'avoir nettement distingué les deux catégories de faits illicites revient à la Commission instituée par la convention européenne des droits de l'homme [ci-après CEDH]³⁴ qui, dans l'affaire *de Courcy c. Royaume-Uni*, où le plaignant alléguait comme grief d'avoir été détenu dans sa cellule vingt-quatre heures sur vingt-quatre dix mois durant, déclara que :

« [...] même si ladite période de dix mois était, en partie, postérieure au 13 février 1966 [date d'acceptation du droit de recours individuel par le

31. Le monopole avait donc constitué, selon, M. Cheng, « *a continuing and permanent* » state of things at variance with foreign rights » (*loc. cit.*).

32. Sur la « pratique discriminatoire » et sa qualification de fait « composé », voy. *infra*, II.

33. « Il ne faut pas confondre un fait en lui-même permanent avec un fait instantané ayant des suites permanentes. Ce que nous appelons *delitti permanenti* et les *Dauerverbrechen*, sont définis par Vidal et Magnol [Cours de droit criminel et de science pénitentiaire, 8^e éd., Paris, Rousseau, 1935] comme délits successifs », Série C 85, p. 1238 (Exposé de R. Ago) ; « [...] il y a, en effet, des infractions au droit des gens, comme par exemple, insulte au drapeau d'une nation amie, le torpillage d'un navire neutre, etc. qui ont un caractère immédiat. Lorsqu'une telle infraction est accomplie, c'est-à-dire lorsqu'elle est devenue parfaite, elle s'est aussi épuisée et n'existe plus comme telle. Il y a, au contraire, d'autres violations du droit international qui ont un caractère prolongé dans le temps, de façon que lorsqu'elles sont devenues parfaites, dans le sens que tous leurs éléments constitutifs sont présents, elles ne cessent pas par là d'exister et se continuent, identiques avec elles-mêmes, avec un caractère permanent », Série C 84, pp. 494-495 (Observations et conclusions) ; « *Sono quegli stati di fatto o di diritto definitivi, i quali non soltanto si ricollegano ad un evento iniziale, ma hanno a loro volta, e finchè durano, la virtù propria e immanente di produrre effetti giuridici* », R. MONTAGNA, *op. cit.*, pp.136-137 ; « la possibilité pour l'agent de faire cesser la situation illégale qu'il a créée. Cela porte naturellement comme conséquence que le droit lésé n'ait pas été détruit, mais seulement comprimé, et que l'ordre juridique exige la cessation de cette compression et la *restitutio in pristinum* qui est possible », in Série C 84 (Nouvelles observations du gouvernement italien), p. 858. D'où la légitime demande des ressortissants italiens auprès des tribunaux internes consistant d'être rétablis dans leurs droits, étant donné que cela était encore possible, plutôt que la simple réparation que les instances franco-marocaines voulaient uniquement leur accorder. En effet, il est généralement admis que, lorsque la *restitutio in pristinum* est possible, elle s'impose sur tout autre mesure de satisfaction. En ce sens voy. *Usine de Chorzów, CPIJ, Rec.*, Série A n° 17, p. 47 : « le principe essentiel, qui découle de la notion même d'acte illicite... est que la réparation doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis. Restitution en nature, ou, si elle n'est pas possible, paiement d'une somme correspondant à la valeur qu'aurait la restitution en nature » ; voy. aussi l'article 35 du texte 2001.

34. Dans d'autres affaires postérieures, la CEDH ne se privera pas de se référer à cette catégorisation. Voy. notamment *Blecic c. Croatie*, arrêt du 8 mars 2006, §§ 48 (citation de l'article 14 texte 2001), 50 et suiv. (utilité aux fins de la détermination de la compétence de la Cour *ratione temporis*) ; *Loizidou c. Turquie*, arrêt du 18 décembre 1996, § 41 (« La Cour rappelle qu'elle a souscrit à la notion de violation continue de la Convention et à ses effets sur les limites temporelles à la compétence des organes de la Convention... ») ; *Pilla c. Italie*, arrêt du 2 mars 2006 ; *Ilascu et autres c. Moldova et Russie*, arrêt 8 juillet 2004, § 321 (« Un fait illicite peut être qualifié de continu s'il s'étend sur toute la période durant laquelle le fait perdure et reste non conforme à l'obligation internationale (commentaire sur le projet d'article 14 § 2, p. 147 des travaux de la CDI). En outre, la Cour estime que, lorsqu'il s'agit d'un ensemble d'actions ou d'omissions illicites, la violation s'étend sur toute la période débutant avec la première des actions et dure aussi longtemps que ces actions ou omissions se répètent et restent non conformes à ladite obligation internationale (voy. également le projet d'article 15, § 2 des travaux de la CDI) »).

Royaume-Uni], les conditions de détention cellulaire décrites ne constituent pas une violation des droits et libertés énoncés dans la Convention [...] »³⁵.

Quelques années plus tard, la CIJ a donné droit de cité à la catégorie de fait illicite « continu » :

« [L]’Afrique du Sud, à laquelle incombe la responsabilité d’avoir créé et *prolongé une situation* qui, selon la Cour, a été valablement déclarée illégale, est tenue d’y mettre fin [...] l’Afrique du Sud encourt des responsabilités internationales pour violation persistante d’une obligation internationale »³⁶.

De même dans l’affaire relative au *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, la Cour ne put être plus éloquente lorsqu’elle déclara :

« La décision des autorités iraniennes de continuer de soumettre les locaux de l’Ambassade des États-Unis à une occupation par des militants et à détenir son personnel en otage a manifestement entraîné des *manquements répétés et multiples* aux dispositions applicables [...] les mêmes faits constituent des violations continues de l’art. 29 de la même Convention [de Vienne sur les relations diplomatiques, 1961], [...] il n’est pas douteux que les autorités iraniennes enfreignent *en permanence* les dispositions des articles [...] la détention *continue* en otage des deux simples ressortissants des États-Unis implique une *violation persistante* des obligations incombant à l’Iran [...] »³⁷.

Il apparaît évident que le *locus standi* du « type » de violation internationale « fait illicite “continu” » est désormais bien acquis au sein de la science juridique en droit international³⁸. Il est dès lors logique et cohérent que la CDI, dans le domaine de la responsabilité internationale, ait adopté la distinction entre faits illicites « continus » et « instantanés »³⁹.

B. « Vigueur » de l’obligation internationale et *tempus commissi delicti* du fait illicite instantané et « continu »

Pour que l’on puisse conclure à la violation d’une obligation internationale par un « fait » de l’État, il faut, au préalable, que la disposition prétendument enfreinte soit en vigueur vis-à-vis de l’État concerné au moment du comportement concerné : *nullum crimen sine lege*⁴⁰. Le facteur « temps » produit ses

35. *Annuaire de la CEDH*, 1967, La Haye, p. 383 ; A. EISSEN, (« Les réserves *ratione temporis* à la reconnaissance du droit de recours individuel », in *Les clauses facultatives de la Convention européenne des droits de l’homme*, Bari, 1974, p. 94 en note 38), mentionne d’autres affaires de la Cour dont les décisions vont dans le même sens.

36. *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l’Afrique du Sud en Namibie*, avis consultatif du 21 juin 1971, *CIJ Rec. 1971*, § 118 (italiques ajoutées).

37. *Op. cit.*, §§ 76-77 (italiques ajoutées). L’énumération des occasions où la Cour réitère les termes de « violation continue », « manquements successifs » ou « persistant » pourrait être très longue.

38. P.-M. DUPUY, « Le fait générateur de la responsabilité internationale des États », *RCADI*, vol. 188 (1984-V), p. 46 ; J. KATEKA, « The 51st session of the United Nations International Law Commission », *African Yearbook of International Law*, vol. 7 (1999), p. 222 ; A. AUST, *Handbook of International Law*, Cambridge, 2005, p. 415 ; Commentaire du Texte 2001, A/56/10, pp. 148-149 (*passim*) ; *Projet Gabčíkovo / Nagymaros* (Hongrie c. Slovaquie), arrêt du 25 septembre 1997 (fond), *CIJ Rec. 1997*, opinion dissidente du juge FLEISCHHAUER, p. 207 ; *Mondev International Ltd. v. USA*, CIRDI, décision du 11 octobre 2002, § 59, note 9 (*ILR*, vol. 125).

39. Art. 14, § 2 du texte 2001. James Crawford avait précédemment souligné « l’importance de la notion de faits illicites continus justifie [aient] le maintien des dispositions » y relatives (Deuxième rapport, § 113, p. 53).

40. « L’essence même de l’illicéité, source comme telle de responsabilité, est donnée par l’opposition entre le comportement adopté en fait par l’État et ce-lui qu’il aurait dû avoir d’après le droit international », Cinquième rapport, *op. cit.*, § 1.

effets au niveau de l'évolution des règles de droit international : *tempus regit factum*⁴¹. Que le droit international évolue, tout comme n'importe quel autre système juridique, nul n'en saurait douter. Certains faits sont censés produire des effets juridiques déterminés dans un ordre juridique déterminé et à une époque déterminée⁴². Cet aspect n'a évidemment pas échappé à la CDI, qui lui consacra l'article 18 et ses cinq alinéas (projet 1996) et finalement l'article 13 du texte 2001⁴³. On aborde ici le problème dit du droit intertemporel, que I. Brownlie définit comme un « *aspect of the rule against retroactive laws* »⁴⁴. Dans cette perspective, nous pouvons mieux apprécier le fameux passage dans la sentence de l'affaire de l'*Ile de Palmas* :

« [t]he same principle which subjects the act creative of a right to the law in force at the time the right arises, demands that the existence of the right, in other words its continued manifestation, shall follow the conditions required by the evolution of law »⁴⁵.

La question de l'interaction entre l'évolution du droit et la violation de l'obligation internationale doit être résolue en ayant à l'esprit ce principe fondamental. Prenons le cas de figure du fait étatique « instantané » : ce dernier ne s'étalant pas dans le temps, il suffit de vérifier si l'obligation internationale prétendument enfreinte par le « fait » de l'État est en vigueur à l'égard de celui-ci pour déterminer s'il y a eu ou non violation. Au regard du fait étatique « continu » il y aura violation (continue) pendant (et seulement pour) la durée de la simultanéité entre fait « continu » et « vigueur » de l'obligation, c'est-à-dire aussi longtemps qu'il y a concidence entre l'étalement dans le temps du fait étatique incriminé et la vigueur de l'obligation⁴⁶. Le mérite d'avoir nettement exprimé ce principe échoit derechef à la Commission des droits de l'homme dans l'affaire *De Becker*, où le requérant se plaignait d'une situation (continue) qui était devenue par la suite illicite en raison de l'entrée en vigueur de la CEDH. Ainsi, le comportement de l'État ayant débuté avant l'entrée en vigueur de l'obligation ultérieurement enfreinte, était immanent et persistait donc après cette date. La Commission admit non seulement l'illicéité du fait dont se plaignait le requérant, mais se déclara compétente pour toute la période durant

41. Cf. à cet égard, G. DISTEFANO, *L'ordre international entre effectivité et légalité. Le titre juridique dans le contentieux territorial*, Paris-Genève, 2002, pp. 131-134.

42. L'affaire des *Grisbadarna* (Norvège c. Suède), sentence arbitrale du 23 octobre 1909, RSA, Vol. XI, p. 159.

43. Le texte 2001 reprend ce principe, en l'étendant à toutes les autres espèces de violations internationales.

44. I. BROWNLIE, *Public international Law*, Oxford, 1966, p. 28 ; T. PERASSI, *Lezioni di diritto internazionale*, Parte prima, Padova, 1961, pp. 30-32.

45. *Ile de Palmas* (Pays-Bas / États-Unis d'Amérique), sentence arbitrale du 4 avril 1928, RSA, vol. II, p. 845. *Ad abundantiam* : « Première règle : Un fait juridique doit être apprécié à la lumière du droit qui lui est contemporain et non à celle du droit en vigueur au moment où le différend s'élève ou est réglé. Deuxième règle : Lorsque disparaît le système juridique en vertu duquel le titre a été valablement créé, ce droit ne peut plus être maintenu dans le système juridique nouveau, à moins qu'il ne se conforme aux conditions exigées par ce dernier », (*Minquiers et Ecréhous* (France / Royaume-Uni), arrêt du 17 novembre 1953, *CIJ Rec. 1953*, Vol. II, p. 375 (réplique d'A. Gros [France])).

46. M. SØRENSEN, « Le problème dit du droit intertemporel dans l'ordre international », *AIDI* (session de Rome, 1973), Bâle, pp. 1-49 : « toute règle qui vise le caractère illicite ou licite d'un acte juridique, ou les conditions de sa validité, s'applique aux actes accomplis pendant que la règle est en vigueur », point f) du projet de résolution, *op. cit.*, p. 49 ; « [à] défaut d'une indication en sens contraire, le domaine d'application dans le temps de droit international public est déterminé conformément au principe général de droit, d'après lequel tout fait, tout acte et toute situation doivent être appréciés à la lumière des règles de droit qui en sont contemporaines », article 1^{er} de la résolution sur « Le problème intertemporel en droit international public » (Wiesbaden, 1975). On reconnaît aisément la paternité de ce principe dans la sentence de l'*Ile de Palmas*.

laquelle il y avait eu simultanément entre la situation illicite et l'obligation en vertu de laquelle elle était ainsi qualifiée. Au regard de ce segment temporel postérieur à l'entrée en vigueur de la convention, la Commission conclut que le requérant se trouvait dans une « situation [illicite] continue »⁴⁷. Et cela, bien que cette violation avait débuté avant l'entrée en vigueur de l'obligation enfreinte.

Cette décision aurait pu paraître à bien des égards audacieuse à certains des membres de la CPJI, qui eut à se prononcer dans l'affaire des *Phosphates* ; c'est dire si le droit international, et son appréhension, évoluent⁴⁸. Le rapporteur Ago envisagea une complication ultérieure : *quid* si l'obligation cesse d'exister au moment du règlement du différend ? Le droit civil (il y a fait illicite) et le droit pénal (il n'y a pas de fait illicite) penchent pour des solutions différentes. Par ses caractéristiques, le droit international paraît plus idoine à adopter la perspective du droit civil, comme en témoigne l'article 56, § 2 de la convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités⁴⁹. Une récente espèce jurisprudentielle corrobore cette prise de position⁵⁰. Certes, si ce principe (de la simultanée temporelle entre « vigueur » de l'obligation et le moment de sa violation) n'a pas, jusqu'à maintenant, connu d'exceptions, l'on peut néanmoins envisager des dérogations à la règle générale. L'on fait allusion ici au *jus cogens superveniens*. La CDI eut à se pencher en son temps sur les effets de l'« irruption » d'une règle impérative de droit international sur l'existence des traités. Le rapporteur spécial a envisagé l'hypothèse suivante : à un moment donné, un État adopte un comportement contraire à une obligation internationale lui incombant ; par la suite, par exemple au moment du règlement du différend, cette même règle est effacée par la survenance d'une norme impérative de droit international de telle sorte que, à la lumière du droit international général applicable au moment du règlement du différend, le comportement adopté à l'époque par l'État non seulement ne pouvait point être considéré illicite, mais encore était « dû » par ladite norme impérative. En pareil cas, dans quel sens le juge devrait-il trancher ? L'affaire du navire *Enterprize*⁵¹ fut jugée d'une manière qui aujourd'hui nous répugnerait, justement parce que désormais la survenance d'une règle impérative de droit international engendre certains effets juridiques. Du reste, à éplucher la jurisprudence, quelques bribes éparses corroborent la manière de voir de la CDI :

« [n]ous admettons qu'une règle nouvelle de droit coutumier [à savoir la norme interdisant la discrimination ou la séparation fondée sur la race] est rétroactivement applicable à une question née il y a plus de quarante ans... [car il ne s'agit pas] d'opposition entre deux règles de droit, l'une ancienne et l'autre nouvelle,

47. ACEDH, 1958-1959, La Haye, 1960, pp. 232 et suiv. (notamment pp. 243-245).

48. « La situation dénoncée ne peut, au point de vue de la critique qui en est faite, être isolée de la législation dont elle est issue », affaire des *Phosphates*, *op. cit.*, pp. 25-26. *Contra* P. TAVERNIER, *Recherches sur l'application dans le temps des actes et des règles en droit international public (Problèmes de droit intertemporel ou de droit transitoire)*, Paris, 1970, p. 291 : « Le droit nouveau s'appliquera immédiatement à la situation continue, à partir de son entrée en vigueur, et régira toutes les conséquences de cette situation qui ne se seraient pas encore produites ».

49. Voy. l'article 56, § 2 de la convention de Vienne sur le droit des traités.

50. L'affaire « *Rainbow Warrior* » (*infra* pp. 12 et s.).

51. Le navire *Enterprize* (États-Unis), se trouvant en détresse, dut faire escale en 1835 dans un port de la colonie britannique des îles des Bermudes. Les autorités anglaises avaient libéré les esclaves noirs que ce bâtiment transportait. Le surarbitre Bates, tout en condamnant l'esclavage au nom de la justice et de la humanité, observa qu'au moment des faits l'esclavage n'était « pas contraire à la loi des nations » et que, partant, ledit navire bénéficiait de la même protection que si sa cargaison était de tout autre nature [A. DE LAPRADELLE/N. POLITIS, *Recueil des arbitrages internationaux*, Paris, 1957, tome 1^{er}, pp. 703 et suiv.

mais ses obligations car les principaux objectifs du système des Mandats sont d'ordre éthique et humain. [...] Si l'on est fondé à introduire en droit international un *jus cogens* [...] il n'y a pas de doute que l'on peut considérer le droit relatif à la protection des droits de l'homme comme relevant du *jus cogens* »⁵².

La doctrine, à quelques exceptions près, semble se rallier à cette prise de position. G. Gaja écrit, par exemple, à propos de l'article 18, § 2, du projet 1996 : « *The idea underlying this provision is to give an advantage to those States which fight existing rules to the point of violating obligations imposed by them, thus contributing to the emergence of new peremptory norms* »⁵³. Voilà la *ratio iuris* de la rétroactivité des normes impératives de droit international général : l'émergence, la maturation d'une nouvelle *opinio iuris* commune à l'égard d'une valeur particulièrement importante et particulièrement protégée par la communauté internationale. L'effet rétroactif de ces normes, qui vise à légitimer un comportement autrement illicite, se concrétise dans une prime, un remerciement, de la part de la communauté internationale à ces États qui – en défiant le corps de règles existant à l'époque – ont contribué au jaillissement de ladite norme⁵⁴.

Certains auteurs inclinent à attribuer un effet rétroactif à toutes les normes impératives⁵⁵, abstraction faite et de la norme concernée et de la situation *in specie*⁵⁶. Par conséquent, le principe de la simultanéité-coïncidence entre la « vigueur » de l'obligation et le moment de sa violation, auquel la CDI s'est naturellement astreinte, ne connaît qu'une exception, tout en soulignant que les cas s'y rapportant ne seront vraisemblablement pas très fréquents à l'avenir. Ce fut principalement pour cette raison que le professeur Crawford et la CDI de son époque optèrent pour la suppression de l'article 18, § 2 du projet 1996.

Une fois examinées les conditions de l'existence de la violation internationale au regard de la « vigueur » de l'obligation enfreinte, il y a lieu d'étudier le *tempus commissi delicti* du fait étatique « instantané » et du fait « continu ». Nous touchons ici à l'un des points cardinaux de la théorie de la responsabilité

52. Affaires du *Sud-Ouest Africain* (Libéria c. Afrique du Sud ; Éthiopie c. Afrique du Sud), arrêt du 18 juillet 1966 (deuxième phase), *CIJ Rec. 1966*, pp. 293-298 (opinion dissidente du juge Tanaka). Voy. aussi en ce sens la solution retenue par l'article 71, § 2 *in fine* de la convention de Vienne sur le droit des traités.

53. G. GAJA, « Jus Cogens beyond the Vienna Convention », *RCADI*, vol. 172 (1981), p. 292.

54. Au regard du processus de changement des règles coutumières, il nous paraît impératif de renvoyer le lecteur au paragraphe 186 de l'arrêt de la CIJ dans l'affaire relative aux *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*.

55. P. Tavernier (*op. cit.*, p. 164), en critiquant la position souple et ambiguë assumée par la CDI relativement au droit des traités, affirme que « il eût été préférable, nous semble-t-il, d'admettre que les règles de jus cogens, par leur nature même, s'appliquent à certains égards dans le passé ». Cet auteur se situe dans le sillon de L. Olivi, lequel, bien avant l'émergence doctrinale des normes impératives en droit international, avait conclu que dans certaines circonstances on pouvait songer à la rétroactivité de certaines règles (« De la rétroactivité des règles juridiques en droit international », *RDILC*, 1982, pp. 553-569).

56. G. Gaja se rend compte qu'un tel effet rétroactif attribué *ipso iure* à toute norme impérative de droit international aurait des conséquences dévastatrices sur la stabilité de l'ordre juridique : « *not all the peremptory norms should necessarily be considered as having that effect [viz. retroactivity]...it would depend on each norm to determine how far rights and obligations that have previously arisen are affected* », *op. cit.*, p. 293 ; la CDI a préféré, et pour cause, ne pas aborder ce sujet délicat, en laissant au juge, dans chaque cas d'espèce, la détermination de l'effet rétroactif. De même M. Sørensen (*op. cit.*, pp. 50 et s.) qui « suggère » aux membres de l'Institut de ne pas examiner tout court la question des effets rétroactifs d'une norme impérative au regard de l'illicéité (ou licéité) d'un fait de l'État. Du reste, R. Ago n'envisage, de manière générale, cette exception que lorsque « le laps de temps écoulé entre le moment où un État aurait adopté un comportement non conforme à une obligation internationale et le moment où cette obligation aurait été abrogée et même remplacée par une obligation contraire à la suite de la survenance d'une règle "impérative" du droit des gens ne serait pas aussi long », *in* Cinquième rapport, *op. cit.*, § 50.

internationale des États selon l'optique du professeur Ago. Au regard de cette question, il nous paraît utile de retrouver dans son septième rapport (qui traite précisément du *tempus commissi delicti*) ses plaidoires et celles de Montagna (agent du gouvernement italien) dans l'affaire des *Phosphates*. Nous avons déjà eu l'occasion, bien qu'indirectement, d'affronter la question [*supra* A] ; il nous suffira ici de tirer les conséquences logico-juridiques à partir de la définition du fait étatique « instantané » et « continu »⁵⁷. Étant donné que le fait internationalement illicite se situe dans le temps, comme d'ailleurs tout autre fait juridique, il convient d'en distinguer les deux dimensions temporelles. Lorsqu'on parle de *tempus commissi delicti*, l'on fait allusion aussi bien au moment où la violation internationale s'avère qu'à la durée du fait illicite (c'est-à-dire le laps de temps depuis son commencement jusqu'à sa cessation). Ces deux aspects sont couverts par l'expression « *tempus commissi delicti* »⁵⁸. Au regard du fait étatique « instantané », la question de la détermination du *tempus commissi delicti* n'est pas véritablement épineuse : le moment coïncide avec la durée⁵⁹. Au contraire, si le moment initial du « fait instantané » et du « fait continu » est le même, le moment final de ce dernier est précisément différent et correspond au moment où l'illicéité cesse d'exister.

Quelques mots encore à propos de l'importance pratique de la détermination du moment et de la durée du fait étatique « continu ». Nous avons précédemment observé que cela jouait un rôle au niveau de la compétence d'une instance internationale à connaître du différend, en raison de la présence d'une limitation *ratione temporis* (affaire des *Phosphates*)⁶⁰ ou en raison de l'entrée en vigueur *a posteriori* de l'obligation prétendument enfreinte (affaires *De Courcy* et *Becker*)⁶¹. De surcroît, la question de la détermination de la durée de la violation est primordiale : dans l'exercice de la protection diplomatique, pour établir le caractère national de la réclamation [en l'application de la condition relative à la continuité de la nationalité]⁶² ou pour la détermination du *dies a quo* dans la prescription extinctive des faits illicites. Sans oublier que la détermination du *tempus commissi delicti* est essentielle au regard des conséquences de la naissance de la responsabilité : « [t]outefois, les violations des obligations de l'Iran persistant, les formes et le montant de la réparation ne peuvent être déterminés à la date du présent arrêt »⁶³. Il faut donc attendre le moment final du fait étatique « continu » pour pouvoir déterminer la durée de ce dernier et par là les formes et le montant de la réparation. À cet égard il est intéressant de mentionner une dernière affaire qui a été tranchée par une sentence arbitrale

57. « Déterminer l'existence d'une violation d'une obligation internationale est en effet une chose, déterminer le moment et la durée de la réalisation de la violation dont l'existence a été établie en est une autre », « Commentaire sur les articles 23-26 », *ACDI*, 1978, Vol. II, § 1 (relatif à l'article 24 du projet 1996).

58. Septième rapport, *op. cit.*, § 2. Nous ne répéterons jamais assez que la question de la vigueur de l'obligation et celle du *tempus commissi delicti* sont inextricablement liées : « la détermination du moment auquel la violation d'une obligation internationale s'est produite, lorsque le fait étatique, l'ayant réalisée, ne s'étend pas dans le temps, n'a pour tâche que de vérifier si les conditions de l'existence de la violation se trouvent réunies dans le cas d'espèce », *op. cit.*, § 23. Voy. aussi l'intervention de M. Schwebel (1513^e séance, 6 juillet 1978, *ACDI*, 1978, vol. I, p. 219, § 7).

59. *Supra*, note 46.

60. « A dispute could not be said to "belong to the past" if it is related to the sovereignty over territory still in the occupation of one of the disputant Parties even though the original event out of which the dispute arose – i.e. the taking of possession – was prior in date to the ratification », Sir J. FISCHER WILLIAMS, *op. cit.*, p. 75.

61. *Supra*, note 34.

62. E. WYLER, *La règle dite de la continuité de la nationalité dans le contentieux international*, Paris-Genève, 1990.

63. *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, *op. cit.*, § 90.

« imprégnée » des principes du septième rapport. Sont en cause les séquelles de l'affaire *Rainbow Warrior*. Par un échange de lettres⁶⁴, la France s'était engagée vis-à-vis de la Nouvelle-Zélande à imposer au commandant Mafart et au capitaine Prieur de séjourner dans l'île de Hao pour une période de trois ans, le *dies a quo* étant la date du transfert effectif des susdites personnes à Hao. Toutefois, pour des raisons qui ne nous intéressent pas ici, la France rapatria durant cette période les deux militaires, avant donc le *dies ad quem*. Selon la Nouvelle-Zélande, la France restait tenue, en cas d'interruption du séjour, « d'assurer le retour de chaque agent pour qu'il purge le reste de sa peine de trois années ». La France soutenait en revanche qu'« aucune règle de droit international ne proroge la durée d'une obligation au motif que cette obligation a été violée »⁶⁵. Le gouvernement français affirma qu'une fois le délai de trois ans expiré, cette obligation (le séjour obligatoire) n'existant plus, il n'y aurait par conséquent plus de violation. Par ce biais, la France visait à se soustraire à cette obligation en invoquant l'argument de la « vigueur » de l'obligation internationale pour qu'il y ait violation. Toutefois, le Tribunal ne partagea pas, et pour cause, cette manière de voir. Le fait illicite ayant débuté à la date du rapatriement continuait à exister pendant la période qui restait à expier, à savoir aussi longtemps que l'obligation demeurait en vigueur pour la France. On se trouve en présence d'un fait illicite « continu » et le Tribunal n'en a pas fait mystère, en observant « que la violation [doit être] caractérisée comme étant continue dans le temps en vertu de l'article 25 [projet 1996]. [L]a durée de la violation s'étend sur toute la période pendant laquelle l'acte illicite se poursuit. La France s'est rendue coupable d'une violation continue de ses obligations. [Mais] si la violation était continue, comme il a été établi à l'alinéa 101, c'est que l'obligation violée était, elle aussi, continue et sans interruption »⁶⁶. En vérité, l'expiration des obligations n'influe aucunement sur le bien-fondé des réclamations et sur l'existence des dommages découlant de la violation perpétrée pendant que ces obligations étaient en vigueur⁶⁷.

Pour conclure, il convient de mentionner un autre aspect par rapport auquel la détermination du *tempus commissi delicti* pourrait se révéler capitale, à savoir la détermination du droit applicable au « moment » de la violation. Nous touchons ici au premier volet du facteur temps, c'est-à-dire à la question dite du droit intertemporel ; cela confirme la profonde imbrication entre les deux dimensions du facteur « temps » au regard de la violation de l'obligation internationale⁶⁸.

64. Pour le texte de ces lettres, voy. *RGDIP*, vol. 90, 1986, pp. 1097-1098.

65. Sentence arbitrale du 30 avril 1990 (Nouvelle-Zélande contre France), *RGDIP*, vol. 94, 1990, pp. 838-878, § 103.

66. *Op. cit.*, § 105. Au paragraphe 101, en effet, le Tribunal rappela le credo du professeur Ago à l'égard du *tempus commissi delicti* d'un fait étatique « continu » : « il apparaît clairement que la violation suscitée par le non-retour des deux agents à Hao constitue une violation non seulement substantielle, mais également continue », et surtout il poursuit : « [c]ette classification [l'article 25 du projet 1996] n'est d'ailleurs pas purement théorique ; elle s'accompagne au contraire de conséquences pratiques puisque la gravité de la violation et sa prolongation dans le temps ne manqueront pas d'influer grandement sur la détermination de la réparation adéquate à apporter à une violation assortie de ces deux caractères ». Voy. en ce sens l'affirmation de la Cour dans l'affaire du *personnel diplomatique et consulaire à Téhéran* (*supra* note 63).

67. Voy. l'affaire *Ambatielos* (Grèce c. Royaume-Uni), arrêt du 1^{er} juillet 1952 (Exception préliminaire), *CIJ, Rec. 1952*, p. 63 (opinion dissidente du juge Lord McNair) : « Les réclamations acquièrent une existence indépendante du traité dont la violation les a fait naître », les normes de la responsabilité (règles secondaires) ayant une existence distincte de celle des règles primaires.

68. Voy. *supra*, Prologue.

II. – LE FAIT ILLICITE « COMPOSÉ » OU « COMPOSITE »

A. Définition

Jusqu'à présent nous avons étudié des faits étatiques qui, bien que s'étalant dans le temps, étaient « simples », dans la mesure où leur structure s'axait sur un seul élément illicite (par exemple, la promulgation d'une loi contraire au droit international, l'occupation d'une ambassade, l'occupation illégitime du territoire d'un autre État). Il convient maintenant de voir s'il existe, dans l'ordre juridique international, des faits illicites « composés » de multiples comportements étatiques, qu'ils soient des actions et/ou des omissions.

Le projet approuvé en lecture définitive par la CDI en 2001 se réfère à cette espèce de fait étatique à son article 15 : « La violation d'une obligation internationale par l'État à raison d'une série d'actions ou d'omissions, définie dans son ensemble comme illicite [...] ». Or, si le projet de 2001 parle de « fait composite », celui de 1996 préférerait parler de « fait composé »⁶⁹.

Comme à propos du fait étatique « continu », il faut revenir sur ce point à l'incontournable avatar (doctrinal et jurisprudentiel) en la matière qu'est l'affaire des *Phosphates*. Afin de mieux situer ladite espèce de fait étatique, il y a lieu de broser rapidement un portrait du contexte factuel à l'origine de la plainte de la partie demanderesse.

Le différend était envisagé par le demandeur (l'Italie) sous un double aspect : l'aspect général et l'aspect limité (dont nous nous occuperons dans le cadre de l'analyse du fait étatique « complexe », *infra* III). Nous nous attaquerons ici à l'aspect général du différend. Le gouvernement italien prétendait que la France et les autorités marocaines avaient procédé à l'« accaparement » des ressources phosphatières du sultanat. Cet accaparement s'était réalisé par étapes, à partir des susmentionnés *dahirs* de 1920 [*supra* A], en passant, entre autres, par la décision du service des Mines de 1925 [*infra* III]. Enfin, la participation de la France au cartel phosphatier, institué par la suite, aurait constitué le point culminant, le couronnement de sa politique phosphatière au Maroc. Cette situation, bien qu'ayant atteint son sommet délictueux en 1934 (participation au cartel), demeurerait inchangée au moment du règlement du différend devant la Cour en 1937. Elle enfreignait ainsi de manière persistante les obligations conventionnelles à la charge de la France, ce qui permettait au gouvernement italien de contourner la réserve *ratione temporis* contenue dans la déclaration française d'acceptation de la juridiction obligatoire :

« [l]e fait illicite dénoncé à la Cour, ainsi que nous l'avons maintes fois souligné, consiste dans l'accaparement des phosphates marocains effectué par étapes de 1920 à 1934 résultant d'une série d'actes intimement liés par le même dessein et portant une atteinte progressive et permanente au principe de la liberté et de l'égalité économiques »⁷⁰.

Cet extrait du mémoire du gouvernement italien met en exergue une des spécificités de ce type de fait illicite : le lien qui unit les différents agissements étatiques est déduit par l'interprète (le juge, le plaideur) par le biais d'une

69. Roberto Ago avait proposé une articulation définitionnelle du « fait composé » qui différait légèrement du projet 1996 : « un fait globalement composé d'une série de faits particuliers similaires, commis dans une pluralité de cas distincts » (art. 24 § 4).

70. *Recueil de la CPJI*, C 84 (Observations et conclusions du gouvernement italien), p. 413.

analyse, oserions-nous dire, de l'intention⁷¹ qui est à la base de ces agissements. Par le truchement de cette introspection dans la volonté étatique qui sous-tend ceux-ci, il est possible de relever le *nexus* qui les lie, à savoir le « même dessein prémédité, et [lesdits actes] forment, dans leur ensemble, une violation unique du droit international »⁷².

Les éléments qui constituent ce fait étatique « composé » peuvent être à leur tour des faits illicites : dans l'affaire des *Phosphates*, les *dahirs* de 1920 représentaient bel et bien une violation continue et permanente, alors que la décision du service des Mines était, quant à elle, un déni de justice [v. *infra* III]. Tous ces « faits », bien qu'enfreignant respectivement des obligations internationales différentes, contribuaient au surgissement du fait étatique « composé » qui, pour sa part, cristallisait le manquement de la France à un tout autre devoir international lui incombant.

En d'autres termes, l'illicéité du fait étatique « composé » résidait dans cette connexion entre ces divers « faits », celle-ci n'étant que la représentation imagée de la volonté étatique de poursuivre un certain but à travers des faits apparemment « isolés »⁷³. L'accumulation de faits connexes révélait un fait internationalement illicite⁷⁴. On faisait ainsi échec à l'opinion qui voulait que, pour que l'on pût parler de fait illicite, il fallait la simultanéité dans la réalisation de ses éléments constitutifs. En revanche, dans la notion de fait « composé », ces derniers mettent en exergue la *progressivité* dans la réalisation de la violation, car l'unité du programme et de l'action délictueuse ne signifie pas la concomitance dans la réalisation de ceux-ci.

L'éminent avocat de la France, Jules Basdevant, s'éleva contre cette « ingénieuse », mais « spécieuse », manoeuvre effectuée par le gouvernement italien aux fins de l'évasion de la limitation *ratione temporis* : « [o]n ne saurait invoquer, pour échapper à cette conséquence, l'analogie, la connexité, les rapports quelconques pouvant exister entre ces divers faits. Si on le faisait, on modifierait le texte [de la déclaration d'acceptation de la France]. On ne limiterait pas la juridiction obligatoire, comme le fait le texte, aux seules situations et faits postérieurs à la date critique »⁷⁵. Toutefois, il saute aux yeux, en lisant les plaidoiries du gouvernement français, qu'elles ne répondent que très rarement et superficiellement aux arguments théoriques étayant la construction de la figure juridique du fait « composé » en droit international. Le gouvernement français se bornait au contraire à évoquer auprès de la Cour l'insidieuse manoeuvre italienne de contournement de la limitation *ratione temporis* de la France. Nul ne saurait douter que les conseils du gouvernement italien visaient justement à « étirer » dans le temps les faits générateurs du différend. Toutefois, le bien-fondé des

71. Commentaire du texte 2001, *op. cit.*, p. 158.

72. *Op. cit.*, p. 490. De même, E. WYLER, *op. cit.* (1995), p. 57.

73. « [...]chacun d'eux [faits qui constituent le fait composé] constitue un rapport juridique revêtu d'effets juridiques subjectifs, mais, en outre, ils sont capables de constituer, dans leur ensemble, encore d'autres effets juridiques », E. DE SZASZY, « Conflits des lois dans le temps (théorie des droits privés) », *RCADI*, vol. 47 (1934-I), p. 244.

74. « En même temps la Cour estime devoir souligner l'effet cumulatif des manquements de l'Iran à ses obligations, considérés globalement. Une véritable *progression* marque en effet le passage de l'absence d'opposition des autorités iraniennes... à la caution apportée presque immédiatement par les autorités iraniennes à la situation ainsi créée, puis au maintien délibéré pendant de nombreux mois de l'occupation de l'ambassade et de la détention de son personnel par un groupe de militants armés agissant pour le compte de l'État afin de contraindre par ce moyen les États-Unis à se plier à certaines exigences », *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, *op. cit.*, § 91 (italiques ajoutées).

75. *Recueil de la CPJI*, C 85 (exposé de M. Basdevant), p. 1025.

argumentations italiennes a été obscurci, aux yeux de la Cour, par le but qu'elles poursuivaient, à savoir la tentative de faire échec à la réserve française.

Il est d'autant plus regrettable que la Cour ne se soit pas penchée sur la plausibilité des concepts formulés par le gouvernement italien, tout en les déclarant inapplicables dans le cas d'espèce. Nous croyons que la Cour, appelée par les plaidoiries italiennes à se prononcer sur la validité de ces notions, a préféré éviter d'en dissenter *in abstracto* et *in vacuo*. C'est encore plus regrettable puisqu'une éventuelle prise de position, venant de la plus haute autorité juridictionnelle où siégeaient par ailleurs les plus illustres juristes de droit international de l'époque, sur ce type de fait illicite, aurait contribué assurément à l'éclaircissement des modalités des violations internationales au regard du facteur « temps ». En revanche, la Cour adopta un profil bas qui laisse la porte ouverte à toute interprétation :

« Il y a lieu par là de remarquer que ni la formation du cartel phosphatier ni la participation à ce cartel de l'Administration marocaine des phosphates n'ont été présentées par le Gouvernement italien comme des faits qui formeraient en eux-mêmes et à eux seuls l'objet d'un différend quelconque entre l'Italie et la France. La participation au cartel phosphatier est présentée comme faisant partie de l'accaparement des phosphates : elle en constituerait le terme final et le couronnement. Dans le délit continué et progressif que constitueraient les actes successifs du Gouvernement français, elle marquerait le moment où le dessein délictueux qui les a déterminés se serait trouvé pleinement réalisé. [...] La Cour ne peut admettre l'existence du lien que la thèse du Gouvernement italien tend à établir entre le cartel phosphatier et le prétendu accaparement des phosphates. L'objet du différend entre le Gouvernement italien et le Gouvernement français est l'atteinte prétendue portée par le monopole au régime de liberté économique sans aucune inégalité, que le Gouvernement italien considère comme imposé par les accords conventionnels en vigueur. La participation de l'Administration marocaine au cartel n'a pas eu pour effet de soustraire les phosphates à ce régime. Elle n'a modifié aucunement l'état de choses créé à cet égard depuis 1920 par le monopole qui, seul, pourrait être mis en discussion à ce propos. Le monopole a pu permettre la participation au cartel ; mais celle-ci n'affecte en rien la légalité ou l'illégalité du monopole »⁷⁶.

Dans son cours à l'Académie de droit international de La Haye, Roberto Ago utilisa le concept de fait étatique « composé » en l'illustrant par des exemples qui résonnaient comme des échos lointains de l'affaire des *Phosphates*⁷⁷, dont le procès s'est d'ailleurs tenu sous le même toit. Dans son septième rapport à la CDI sur la responsabilité internationale des États, il affirma que « [la Cour] se bornait à nier que le cas d'espèce fût susceptible d'entrer dans le cadre de l'hypothèse théoriquement envisagée par le gouvernement demandeur »⁷⁸. À côté de l'exemple des *Phosphates*, le rapporteur spécial énumère d'autres cas qui peuvent être qualifiés de faits étatiques « composés » :

a) « *Violation systématique des droits de l'homme* »

Chacun des faits sur lesquels repose une violation systématique des droits de l'homme peut constituer un fait illicite *per se* ; si chaque ressortissant lésé doit épuiser les voies de recours internes pour que l'on puisse parler de violation d'une

76. *Recueil de la CPJI*, série A/B, n° 74, pp. 26-27.

77. *Op. cit.* (1939), pp. 523-525.

78. *Op. cit.*, § 47. *Contra, infra* note 280.

obligation internationale, toutes ces violations prises dans leur ensemble, c'est-à-dire une fois que le phénomène a acquis des proportions considérables et flagrantes, forment un fait « composé » immédiatement opposable à l'État auteur des violations. Le rapporteur spécial renvoie à la pratique de l'ECOSOC en matière de protection des droits de l'homme⁷⁹. La CDI s'exprime aussi à cet égard en affirmant que : « [d]ans le cas des crimes contre l'humanité, le fait composite constitue une violation distincte des atteintes individuelles aux droits de l'homme dont il se compose »⁸⁰.

b) « *Pratique discriminatoire* » interdite par une obligation conventionnelle

Par un traité d'établissement, un État peut s'être engagé à permettre, de manière générale, l'établissement et l'exploitation de certaines activités sur son territoire aux ressortissants de son cocontractant. Un refus isolé ne pourra jamais constituer une violation du traité⁸¹ *per se* ; si le rejet des demandes d'établissement est systématique, il sautera toutefois aux yeux que l'intention de l'État est bien de ne pas se conformer aux obligations internationales découlant du traité. Grâce au type d'analyse qui caractérise le concept de fait « composé », il sera possible de rattacher ces différents cas l'un à l'autre et d'aboutir à la constatation de la violation internationale⁸². La connexité entre ces divers faits permettra de faire ressortir le « dessein délictueux » qui les sous-tendent⁸³ :

« [u]ne pratique incompatible avec la Convention consiste en une accumulation de manquements de nature identique ou analogue assez nombreux et liés entre eux pour ne pas se ramener à des incidents isolés ou à des exceptions, et pour former un ensemble ou système ; elle ne constitue pas en soi une infraction distincte de ces manquements »⁸⁴.

Pour employer la belle expression de Jean Salmon, « [l]e quantitatif apparaît donc comme une transposition du qualitatif... »⁸⁵. En conclusion, il faut souligner que les faits qui forment le fait « composé » ne doivent pas nécessairement être (tous) illicites par eux-mêmes, mais que l'on peut même envisager qu'aucun d'eux ne le soit ou que seuls certains d'entre eux le soient⁸⁶.

Le texte 2001 ne répudie pas la catégorie des « faits composés », mais dans le sillage du nouveau rapporteur, le professeur Crawford, il regroupe en une seule disposition les articles s'y référant. Désormais, l'article 15 intègre à la fois

79. R. AGO, *op. cit.*, § 40. De même, E. WYLER, *L'illicite et la condition des personnes privées*, Paris, 1995, p. 57 ; J. SALMON, « Les obligations quantitatives et l'illicéité », in *L'ordre juridique international, un système en quête d'équité et d'universalité. Liber amicorum Georges Abi-Saab*, La Haye, 2001, p. 318.

80. Commentaire du texte 2001, *op. cit.*, p. 157.

81. Une expropriation, par exemple, peut constituer en elle-même une violation d'une obligation de droit international si elle ne respecte pas les règles (coutumières ou conventionnelles) en la matière.

82. La notion de fait internationalement illicite composé trouve également son application dans le droit de l'environnement : « *The last constituent element of the compound [composite] obligation is the act or omission that results or is likely to result in transboundary environmental interference causing significant harm. The breach, however, extends over the entire period between the action or omission which initiated the breach and the action or omission which completed it (cf. Art. 25 (3))* », R. LEFEBER, *Transboundary Environmental Interference and the Origin of State Liability*, La Haye, 1996, p. 84 (souligné par nous).

83. Affaire des *Phosphates*, *op. cit.* C 84, pp. 488, 720, 851.

84. CEDH, *Irlande c. Royaume-Uni* (req. n° 5310/71), arrêt du 18 janvier 1978, § 159.

85. J. SALMON, *op. cit.* (1995), p. 324.

86. Septième rapport, *op. cit.*, § 38 ; commentaire du texte 2001, *op. cit.*, p. 158. Contrairement au cours professé à La Haye, où M. Ago n'avait envisagé que l'hypothèse selon laquelle tous les faits singuliers étaient illicites au regard, naturellement, d'autres obligations internationales que celle qui est violée par le fait étatique « composé » (*op. cit.* (1939), pp. 523-524).

la définition du fait illicite « composite » (§ 1) et son *tempus commissi delicti* (§ 2). Le maintien de cette catégorie de fait internationalement illicite – qui partage avec celle du fait complexe (quant à lui expulsé du texte 2001) maintes affinités – ne s'est pas fait sans heurts, le nouveau rapporteur devant y apporter une précision importante. Cette dernière se fonde sur la nécessité d'interpréter la règle primaire prétendument violée afin de déterminer s'il y a eu ou non fait internationalement illicite composé. En d'autres termes, c'est la structure de la règle primaire qui doit être prise en compte aux fins de la qualification de celui-ci. Ceci résulte de la subordination des règles secondaires aux règles primaires. R. Ago lui-même, tout en les distinguant à bon escient, a pris soin, au moment de la systématisation des violations internationales en fonction du temps, de souligner la profonde imbrication entre ces deux corps de règles : distinctes donc, mais synergiques aux fins de la détermination du type de fait internationalement illicite. Ainsi, il pourra y avoir des faits internationalement illicites composés là où il y a répétition de faits étatiques se rapportant à des événements qui, tout en étant différents, sont sous-tendus par un même dessein. James Crawford n'hésite pas à cet égard à affirmer que

« certains des faits illicites les plus graves en droit international sont définis par leur caractère composé. Il en est ainsi non seulement du génocide et de l'apartheid mais aussi des crimes contre l'humanité en général »⁸⁷.

Il y aurait donc des règles primaires qui, par leur caractère « systématique », donnent lieu si elles sont violées à autant de faits internationalement illicites composés⁸⁸. Toutefois, s'il est vrai que toute règle primaire de ce genre engendre un tel fait, il n'en est pas moins vrai que cette catégorie n'épuise pas celle des faits composés. En d'autres termes, il y aurait des règles primaires « non systématiques », mais dont la violation peut engendrer selon les circonstances un fait internationalement illicite composé⁸⁹. Dans ce cas, c'est la caractère « systématique » de la violation (définie par la règle secondaire) qui est déterminant aux fins de la qualification ; il faudra dès lors distinguer les violations individuelles – qui ensemble constituent le fait composé – de la violation *par pratique systématique* d'une *autre* obligation internationale, distincte de celle(s) violée(s) par les comportements individuels :

« [a]insi l'apartheid diffère-t-il dans sa nature des actes individuels de discrimination raciale, comme le génocide diffère d'actes individuels, y compris les meurtres commis pour des raisons ethniques »⁹⁰.

Selon E. Wyler, c'est seulement lors de cette différenciation des obligations enfreintes que l'on peut véritablement parler de « fait composé » :

« [l]a divergence fondamentale se rapporte à la norme enfreinte, le fait "composé" étant contraire à une règle différente de celle(s) violée(s) par les actes qui en font partie, tandis que la « pratique administrative » ne présente pas cette autonomie par rapport aux éléments qu'elle regroupe, puisqu'elle ne constitue pas en soi une violation d'une règle distincte »⁹¹.

87. Deuxième rapport Crawford, § 116, p. 54.

88. « [I]l y a lieu de distinguer entre obligations simples et obligations composées ou systématiques », *ibid.*, § 122, p. 57. De même, J. SALMON, *op. cit.* (2001), p. 319.

89. « Il faut distinguer les obligations composites des obligations simples qui sont enfreintes par un fait "composite". Les faits composites sont plus que les autres susceptibles de donner lieu à des violations continues, mais des faits simples peuvent aussi causer des violations continues », Commentaire du texte 2001, *op. cit.*, p. 155.

90. Deuxième rapport (RSC), § 122, p. 57.

Dans ce cas de figure, c'est donc la pratique systématique qui fonde – en transcendant les violations individuelles – le fait internationalement illicite composé⁹². Cette position nous paraît exacte sans toutefois que l'on réduise le fait composé à ce seul cas de figure. La différenciation des obligations violées n'est donc pas le caractère exclusif du fait composé, car l'on peut très bien envisager qu'une pratique émerge à partir de faits illicites se rapportant à la même obligation. Roberto Ago avait au demeurant correctement délinéé ce deuxième cas de figure⁹³.

En conséquence, il convient de souligner que, aux fins de la détermination du fait internationalement illicite, il faut prêter attention à la fois au caractère « systématique » de la règle primaire violée, mais également à celui « systématique » de la violation (règle secondaire). Le premier cas de figure n'épuise pas partant toute la catégorie des faits illicites composés.

Il faut également signaler que le fait composé, qui avait au tout début suscité le franc scepticisme de certains juristes a fini par trouver son application dans le domaine de la responsabilité des organisations internationales en cours de codification par la CDI⁹⁴. Sa place dans le système général de la responsabilité internationale des États est désormais bien consolidée⁹⁵ :

*« [t]he kind of discrimination that violates the provisions of the NAFTA cannot be proven on the basis single, isolated events but of composite acts involving a set of conducts of a State evincing a systematic practice. Discrimination, according to international law, is determined on the basis of composite acts which involve the adoption of a systematic policy or practice by the responsible State »*⁹⁶.

B. « Vigueur » de l'obligation internationale et *tempus commissi delicti* du fait étatique « composé »

De la même manière que pour le fait étatique « continu », il convient de s'interroger sur les conditions de l'existence d'une violation internationale en raison d'un fait étatique « composé », ainsi que sur la détermination de son *tempus commissi delicti*. Il va de soi que nous ferons souvent allusion aux principes généraux régissant cet aspect de la violation qui ont été illustrés une fois pour toutes plus haut⁹⁷ ; nous n'y reviendrons donc que pour les appliquer au fait « composé ». Nous avons naguère observé que les différents faits qui constituent le fait « composé » sont liés entre eux par une identité d'intention, de contenu et d'effets, tout en se rapportant à des espèces distinctes. La solution du problème dit du droit intertemporel en conjonction avec le fait « composé » a été

91. *op. cit.* (1995), p. 60. *Contra*, J. SALMON, *op. cit.* (1995), p. 322.

92. *Voy.* J. SALMON, *op. cit.* (2001), pp. 320-321.

93. *Supra*, p. 17. De même, J. SALMON, *op. cit.* (1995), p. 323.

94. Article 11 du projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales adopté à ce jour à titre provisoire par la Commission (A/60/10, p. 90).

95. Affaire relative à la *licéité de l'emploi de la force* (Yougoslavie c. Belgique, Canada, France, Allemagne, Italie, Pays-Bas, Portugal et Royaume-Uni), *CIJ, Rec. 1999*, Mémoire de la Yougoslavie (3.2.15) ; OMC, Rapport du Groupe spécial *Japon – Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs*, WT/DS44/R, adopté le 22 avril 1998, DSR 1998 : IV, 1179 (Titre abrégé : *Japon – Pellicules*), 6.119 et note 625 ; P.-M. DUPUY, *op. cit.* (1984), p. 46 ; « Italian Practice Relating to International Law », *IYIL*, vol. IX (1999), pp. 238-239 ; J. KATEKA, *op. cit.*, p. 222 ; A. AUST, *op. cit.*, p. 415 ; *Contra*, E. WYLER, *op. cit.* (1991), p. 891.

96. *Feldman v. Mexique*, décision du 16 décembre 2002, *op. diss.* Coovarrubias Bravo, § 416 [souligné par nous] (*ILR*, vol. 126, p. 121). Référence est faite (en note en bas de la page 16) au commentaire par la CDI de l'article 15, § 2 du texte 2001.

97. *Voy. supra* I. B.

délinéée par Roberto Ago, conformément à la nature de ce type de violation internationale :

« [d]ans chaque cas d'espèce, il s'agira de prendre en considération les différents comportements adoptés par l'État pendant que l'obligation frappant d'illicéité une certaine pratique se trouvait à se charger. Si cet ensemble, quoique plus réduit, suffit malgré tout à constituer la pratique incriminée, il faudra conclure à la violation de l'obligation en question : autrement une conclusion opposée s'imposera »⁹⁸.

La question de la « vigueur » de l'obligation à l'égard du fait étatique « composé » est ainsi résolue par le rapporteur spécial suivant le principe incontesté de la simultanéité entre la « vigueur » de l'obligation et la violation de cette dernière⁹⁹, tout en l'adaptant aux spécificités du fait étatique « composé ». Étant donné que l'analyse de la « vigueur » de l'obligation internationale par rapport au fait « composé » paraît pleinement satisfaire aux exigences de ce « parallélisme rigoureux » (articles 18 et 25 du projet 1996, d'une part, et articles 13 et 15 du texte 2001, d'autre part) auxquelles la CDI voulait s'astreindre, il convient de ne plus s'attarder sur cet aspect¹⁰⁰.

Conformément aux principes généraux régissant la détermination du *tempus commissi delicti* d'une violation internationale énoncés plus haut¹⁰¹, il importe ici d'analyser la question par rapport au fait étatique « composé ».

En raison de la nature même de cette espèce particulière de violation internationale, le moment de l'infraction ne pourra être fixé que lorsque l'un des faits composants « sera en quelque sorte le déclic qui fera apparaître, non pas une simple succession accidentelle de faits isolés, mais un fait global méritant en tant que tel une définition à part »¹⁰². Le discours sur la détermination de la durée de la violation et, par conséquent du *tempus commissi delicti* tout court, requiert quelques considérations préliminaires qui permettent de souligner la différence entre le fait « composé » et le fait « continu » au regard de la détermination de la durée de la violation et cela en vertu de leur structure différenciée.

Pour employer la terminologie des pandectistes allemands (notamment F. Regelsberger)¹⁰³, le premier fait de la série fait débiter une « situation juridique » (« *Rechtslage* »), un état de choses transitoire à l'égard duquel le droit ne peut demeurer indifférent. Cette situation persiste jusqu'à l'épuisement du processus de réalisation du fait définitif. En droit interne cela peut être le contrat qui est proposé, mais qui n'est pas accepté : de la non acceptation découle l'obligation de conclure le contrat ou, encore, l'obligation de réparer les dommages subis par l'autre à cause de la revocation du contrat (obligations pré-contractuelles) ; en droit international l'obligation de ne pas priver un traité

98. Cinquième rapport, *op. cit.*, § 66.

99. Voy. *supra* I. B.

100. Voy. J. D. GONZALEZ CAMPOS/L. I. SANCHEZ RODRIGUEZ/M. PAZ ANDRES SAENZ DE SANTA MARIA, *Curso de derecho internacional público*, Vol. I, 3^e éd., Oviedo, 1983, p. 265 : « en ambas situaciones [i.e. faits « composés » et « complexes »], la regla de base respecto al derecho intertemporal aplicable es simple » ; un autre auteur, Ian BROWNLIE, met en doute la nécessité de disposer de nouvelles catégories avant que celles-ci n'aient démontré leur utilité aux fins de l'appréhension juridique des phénomènes interétatiques : « *The difficult cases cannot be made less difficult by the invention of categories* » [*op. cit.* (1983), p. 197]. Cet auteur conclut en énumérant les deux difficultés qui portent préjudice à la notion de fait « composé » : *primo*, si la « pratique » incriminée est constatée, il n'est pas besoin de disposer de la notion de fait « composé » ; *secundo*, il soulève une exception au regard des moyens de preuve de la pratique concernée. Surtout la seconde, de par son obscurité, ne nous paraît pas convaincante.

101. Voy. *supra* I. B.

102. Septième rapport, *op. cit.*, § 40.

103. F. REGELBERGER, *Gerichtliche Besitzschutz nach römischem Recht, nach gemeinem Recht und nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch*, Giessen, 1907.

(notamment un traité contat), au lendemain de sa signature et avant sa ratification (ou après la ratification et avant l'entrée en vigueur du traité), de son objet et de son but (article 18 CVDT).

Cette situation juridique provisoire est caractérisée par un processus d'accumulation, d'abord souterrain et ensuite toujours plus manifeste au fur et à mesure qu'il se développe. Comme nous l'avons vu plus haut, la détermination de l'intention sous-jacente aux différents actes est une opération qui a trait à la technique juridique plutôt qu'à la vérification des faits. Au moment où l'on constate la violation, celle-ci ne fait qu'apparaître, mais elle est déjà immanente depuis le premier acte. En conséquence, la durée du fait « composé » doit débiter avec le premier cas de la série, faute de quoi « on aboutirait au résultat absurde de reconnaître, par exemple, l'existence d'une pratique dans une action unique »¹⁰⁴.

L'importance pratique de la détermination du *tempus commissi delicti* d'un fait composé se situe par rapport à divers aspects, outre ceux qui ont été mentionnés au regard du fait « continu »¹⁰⁵ : les « violations graves d'obligations découlant de normes impératives du droit international général »¹⁰⁶, une violation systématique (aspect quantitatif) des droits, ou de certains droits, de l'homme¹⁰⁷. Il y a lieu de se pencher brièvement sur l'importance du fait « composé » dans le cas d'une limitation *ratione temporis* de la compétence d'un tribunal international.

Si l'on se trouve face à une double réserve temporelle (du type de celle de la France lors de l'affaire des *Phosphates*), il suffit que le moment de la violation se situe après la date de la ratification pour que la compétence du tribunal soit établie. Par « moment de la violation », nous nous référons au comportement de la série qui fait ressortir le dessein délictueux qui sous-tend les différents faits, même s'il se situe avant le *dies a quo* de la compétence. Il va de soi que si la durée du fait « composé » comprend toute la série de faits antérieurs à celui qui fait ressortir l'illicéité de l'ensemble, celle-ci persiste jusqu'à ce qu'on observe des faits similaires. Car l'État n'arrêtera probablement pas la pratique illicite au moment même où le caractère délictueux apparaît. R. Ago envisage, néanmoins, un cas dans lequel la limitation *ratione temporis* est assortie d'une clause additionnelle qui restreindrait la juridiction du tribunal aux « seuls faits dont “tous les éléments” seraient postérieurs à la date critique »¹⁰⁸. Eu égard à cette restriction ultérieure, la compétence du tribunal ne sera établie que si effectivement « tous les éléments » du fait « composé » sont postérieurs à la date critique¹⁰⁹.

104. Septième rapport, *op. cit.*, § 41 ; voy. aussi, légèrement différent, E. OESER/B. GRAEFRATH/P. A. STEINIGER, « Modalitäten der Rechtsverletzung im Völkerrecht », *Deutsche Aussenpolitik*, vol. 24 n°4 (1979), pp. 84-88 ; la prise de position des susmentionnés auteurs reflète celle des pays socialistes lors des débats au sein de la CDI.

105. Voy. *supra* pp. 11-13.

106. Suite à l'éviction du « crime international » de l'État et la suppression de l'article correspondant (article 19 du projet 1996), cette expression (libellé du chapitre III du texte 2001) représente la notion qui est la plus proche à la précédente. En effet, l'une des conditions énoncées à l'article 40 (texte 2001) fait référence au « manquement flagrant ou systématique » à l'exécution de l'obligation. Le concept sous-jacent à « systématique » comprend évidemment la notion du « fait composé » (§§ 7 et 8 du commentaire au texte 2001).

107. « *En lo que respecta a aquellos actos que no son de tracto único (continuos, compuestos y complejos), es obvio que su mayor o menor prolongación en el tiempo suele suponer en el plano cualitativo una mayor o menor gravedad del acto en sí desde el punto de vista de la lesión del derecho subjetivo [...]* », M. DIEZ DE VELASCO VALLEJO, *op. cit.*, p. 727.

108. Septième rapport, *op. cit.*, note 76.

109. Cette considération vaut également pour les faits dits « complexes » ; en d'autres termes, cela s'applique lorsque les faits générateurs du différend sont des faits multiples (« composés ») ou « complexes ».

III. – LE FAIT ILLICITE « COMPLEXE »

A. Le fait illicite « complexe » : récit d'une codification inachevée au fil des ans

1. Définition et construction du concept : le projet 1996

Le fait illicite « complexe » est ainsi défini par Roberto Ago :

« une infraction qui, entamée, mise en marche par l'action ou omission d'un organe étatique ayant initialement failli à la tâche de réaliser, dans un cas concret, le résultat requis par une obligation internationale, est ensuite complétée et parachevée par des nouvelles actions, émanant parfois du même organe, mais plus souvent d'autres organes, intervenant dans la même affaire à un moment ultérieur [...] le fait internationalement illicite « complexe » est l'aboutissement global de tous les comportements adoptés, à des étapes successives, dans un cas d'espèce donné, par des organes étatiques – comportements dont chacun aurait pu assurer le résultat internationale-ment requis et dont chacun a manqué de le faire »¹¹⁰.

D'entrée de jeu, il y a lieu de mettre en relief les différences qui existent entre cette espèce de violation internationale et celle que nous venons de examiner, à savoir le fait « composé ». Le dénominateur commun réside dans la structure du fait illicite, car tous les deux sont des faits « assemblés », à la différence des faits « instantanés » ou encore des faits « continus »¹¹¹. Toutefois, c'est la manière dont ils se manifestent qui est différente : si l'un (le fait « complexe ») a trait à un cas d'espèce unique¹¹², l'autre (le fait « composé ») se réfère à plusieurs cas similaires.

Néanmoins, ce qui les apparente c'est aussi l'intention illicite sous-jacente à tous les agissements englobés dans leur structure de « fait ». Si dans le second cas c'était la volonté de l'État de faire échec à ses obligations internationales par une série de refus « isolés » qui constituait l'épine dorsale de ses agissements et donc de la violation, dans le premier, au contraire, on relève l'intention de l'État de ne pas obtempérer à ses engagements internationaux en s'« acharnant » sur un cas d'espèce unique. Au regard du fait « complexe », le dessein délictueux de l'État relie les agissements de ses organes, en attribuant une unité illicite à ses multiples actions ou omissions.

La notion de fait « complexe » se situe au carrefour des questions les plus controversées dans le cadre de la théorie des violations internationales¹¹³. En conséquence, bien que de manière partielle, nous serons amenés à opérer des incursions dans ces domaines limitrophes.

Il faut encore souligner que ces différents problèmes ne sont pas axés sur le concept de fait illicite « complexe », mais que celui-ci leur est subordonné, de sorte que son *locus standi* dans la théorie des violations internationales dépend

110. Septième rapport, *op. cit.*, § 43 ; voy. aussi, Cinquième rapport, *op. cit.*, § 67.

111. « Les faits [complexes] ne sont capables de constituer un rapport juridique que dans leur ensemble ; cependant, toutefois certains d'entre eux sont également capables de constituer indépendamment d'autres rapports », E. DE SZASZY, *op. cit.*, p. 243.

112. « L'action combinée de vaisseaux portant et recevant des munitions et des approvisionnements constitue un *fait complexe* emportant une responsabilité solidaire [...] », affaire de l'*Alabama* (Grande-Bretagne / États-Unis d'Amérique), sentence arbitrale du 14 septembre 1872, in *Papers Relating to the Treaty of Washington*, United States of America, Department of State, Geneva Arbitration Tribunal, 1872, p. 78.

113. Sur cette notion et sur son droit de cité dans la science juridique, E. DE SZASZY, *op. cit.*, pp. 239, 241, 243.

directement de la plausibilité théorico-juridique des prémisses dont il découle. L'une de ces prémisses tient à une certaine conception de la règle de l'épuisement des voies de recours internes¹¹⁴. Il faut néanmoins préciser d'entrée de jeu que la majorité des faits « complexes » se rapportent à des cas d'épuisement des voies de recours internes (préjudices médiats), il n'en est pas moins vrai que ce type de fait internationalement illicite trouve son application également dans d'autres domaines et circonstances¹¹⁵.

Bien évidemment il ne s'agit pas ici d'étudier cette règle dans tous ses états ; il existe à ce propos une imposante littérature qui nous en dissuade sans aucune peine¹¹⁶. En revanche, nous nous proposons de passer en revue tous les éléments relatifs à la règle de l'épuisement des voies de recours internes qui sont susceptibles de jeter de la lumière sur la notion de fait « complexe ».

Si peu d'auteurs¹¹⁷ mettent en doute la portée générale de la règle de l'épuisement des voies de recours internes, la doctrine, dans son ensemble, n'est pas unanime sur le rôle que la règle doit jouer : est-elle seulement une règle de procédure (le particulier doit épuiser, au préalable, les voies de recours internes afin que son État puisse, par la suite, prendre fait et cause pour lui), ou est-elle aussi (et surtout) une règle de fond (l'épuisement des voies de recours internes contribuant à la formation du fait illicite international) ? À côté de ces deux courants on recense également une « théorie mixte »¹¹⁸. À partir de là on a coutume d'appeler la première « procéduraliste » et la seconde « substantialiste »¹¹⁹. L'approche du professeur Ago, partagée par la CDI (jusqu'en 1996), se présente comme suit :

« [d]’après nous, le principe posant la condition de l’épuisement des recours internes opère nécessairement et en premier lieu sur le fond de la détermination de l’existence d’un fait internationalement illicite commis par la violation d’une obligation internationale, et donc sur le plan de la naissance de la responsabilité internationale [car] on ne saurait concevoir, dans l’ordre juridique international du moins, de fait illicite n’engendrant pas une responsabilité. Et ce n’est certes pas

114. C'est Roberto Ago lui-même qui nous guide vers l'identification de ces problèmes préalables : « la nature de fait étatique « complexe » que revêt la violation d'une obligation internationale dans les cas où l'exigence de l'épuisement des recours internes entre en jeu », Sixième rapport, *op. cit.*, § 77.

115. Voy. *infra* note 269.

116. Voy., entre autres, la brillante monographie de G. GAJA, *L'esaurimento dei ricorsi interni nel diritto internazionale*, Milano, 1967 [passim] et J. DUGARD, *Deuxième rapport sur la protection diplomatique présenté à la CDI* [A/CN.4/514], 28 février 2001 (notamment §§ 44-62).

117. Entre autres, G. STROZZI, « Ricorsi interni (regola del previo esaurimento dei) », in *Enciclopedia del diritto*, Vol.XL, Milano, 1989, pp. 711-712. Cet auteur demeure cependant une voix isolée (surtout au sein de la doctrine italienne), par rapport à cette problématique.

118. Il serait dispersif de nous attarder sur les trois grands courants doctrinaux qui guerroient entre eux. Voy. à ce propos, G. GAJA, *op. cit.*, pp. 5-36 et G. PERRIN, « La naissance de la responsabilité internationale et l'épuisement des voies de recours internes dans le projet d'articles de la Commission du droit international », in *Festschrift für Rudolph Binschedler*, Bern, 1980, pp. 271-291. Voy. également, le rapport de la CDI à l'Assemblée générale (A/57/10) relativement à la protection diplomatique (§ 163) et surtout le deuxième rapport de J. Dugard (rapporteur spécial), §§ 53-66 (A/CN.4/514) dans lesquels ce dernier exprime sa préférence pour la « troisième solution » suivant laquelle « la règle serait une condition procédurale dans les cas où l'acte ou l'omission initial constitue en lui-même une violation du droit international – et interne. À l'opposé, lorsque le préjudice est causé par un acte constituant une violation du droit interne mais non du droit international, la responsabilité internationale n'est engagée que lorsque l'exercice des recours internes visant à les épuiser aboutit à un déni de justice » (§ 61).

119. « À notre avis, beaucoup de ces querelles sont plus apparentes que réelles... », Sixième rapport, *op. cit.*, § 51 ; « les nuances qui font le charme un peu byzantin de cette matière », G. PERRIN, *op. cit.*, p. 272.

le droit international, tout pénétré d'effectivité, tendant toujours vers des finalités pratiques, qui prévoirait la naissance d'une responsabilité n'existant que dans l'abstrait, c'est-à-dire sans qu'un autre État ait la faculté de la faire valoir dès son apparition »¹²⁰.

Toutefois, le rapporteur spécial ne nie pas le rôle (ou l'aspect) procédural de la règle ; cependant, cet aspect de la règle n'est que le corollaire du principe qui veut qu'elle contribue par sa mise en jeu au parachèvement de la violation internationale : la règle est à la fois de fond et de procédure¹²¹. En effet, il serait absurde d'envisager une responsabilité internationale de laquelle ne découlerait pas le droit correspondant de la faire valoir, ni l'obligation réciproque, à la charge de l'État incriminé, de « répondre » de ses (mé)faits¹²². À cet égard, la proposition émise par Paul Reuter au cours des débats à la CDI n'emporte pas notre conviction : « [o]n pourrait... soutenir que la responsabilité d'un État existe à un certain moment, mais que les effets en sont suspendus »¹²³. Cette notion de responsabilité cataleptique constitue une périlleuse entorse à la théorie générale de la responsabilité internationale des États¹²⁴, et, de surcroît, elle nous paraît plutôt un *caveat* qu'un concept s'adaptant harmonieusement à la théorie du fait internationalement illicite. En effet l'on ne peut pas résister à la tentation de se demander : et si l'État y remédie ? Y aura-t-il alors satisfaction ? Si c'est le cas, l'on se trouverait dans une étrange situation juridique puisqu'une réclamation de droit international public fondée sur la violation d'une de ses règles serait finalement terminée (carrément archivée) par les tribunaux internes d'un autre ordre juridique (en l'occurrence celui de l'État prétendument responsable) ! Il n'y aurait alors d'équilibre ni procédural ni de fond, car l'État demandeur est étrangement absent, la procédure – alors qu'il y a bel et bien un fait internationalement illicite – se déroulant en dehors de son emprise juridique.

D'après Roberto Ago donc, il n'y aurait de violation que lorsque l'État a manqué, en dernière instance, d'obtempérer à ses devoirs internationaux ; aussi

120. Sixième rapport, *op. cit.*, § 52.

121. J. DUGARD (*Deuxième rapport sur la protection diplomatique présenté à la CDI* [A/CN.4/514], 28 février 2001, § 49, p. 25) ne pense pas tout à fait autrement lorsqu'il dit que : « [a]ucune décision de la Cour internationale de Justice n'étaye l'opinion selon laquelle la règle de l'épuisement des recours internes est une règle de fond. Bien que les tribunaux internationaux ne défendent pas non plus l'opinion opposée, à savoir celle de la nature procédurale de la règle, certains signes donnent à penser qu'elle a leur faveur. Dans plusieurs décisions, cette règle a été traitée comme une exception préliminaire ou jointe au fond en tant qu'exception préliminaire, ce qui pour certains auteurs étaye la thèse de la règle procédurale bien que dans son commentaire la CDI indique qu'il n'en est rien ». Or, même si l'on devait souscrire à cette affirmation, on ne pourrait pas s'empêcher d'affirmer que cela n'irait pas à l'encontre de la thèse substantialiste prônée par le professeur Ago selon lequel il y aurait la règle et son corollaire. Il paraît dès lors absolument normal que les tribunaux internationaux soient d'abord confrontés à l'aspect procédural de la règle, c'est-à-dire son corollaire, aux fins de la détermination de la recevabilité de la demande en protection diplomatique, et seulement ensuite à la substance de la violation.

122. « [...] tant que les moyens de droit que la législation interne met à la disposition des particuliers pour défendre leurs intérêts n'ont pas été épuisés, il ne peut être question de la responsabilité internationale de l'État », affaire relative à l'*Administration du prince von Pless* (Allemagne c. Pologne), *Recueil de la CPJI*, vol. C 70, p. 135 (exception préliminaire du gouvernement polonais).

123. *ACDI*, 1977, Vol. 1, p. 264, § 11 (1465^e séance). Cette notion de suspension est aussi proposée par J. SALMON, « Le fait étatique complexe : une notion contestable », *AFDI*, 1982, p. 738 ; « *Se non è di per sé inconcepibile che sorga la responsabilità senza che si siano avverati i presupposti dell'esercizio della protezione diplomatica* [...] », G. GAJA, *op. cit.*, p. 19. Cette dernière affirmation corrobore l'unicité conceptuelle de la règle de l'épuisement des voies de recours internes sur laquelle le rapporteur insiste, nous semble-t-il, à juste titre.

124. Cf. D. ANZILOTTI, « Teoria generale della responsabilità dello Stato nel diritto internazionale », in *Scritti di diritto internazionale pubblico*, Tome 1^{er}, Padova, 1956, pp. 62-82 [1902, réimprimé].

longtemps que cela ne s'est pas produit l'on ne peut pas conclure à l'établissement de la violation internationale ¹²⁵.

D'aucuns voient néanmoins un inconvénient dans l'exigence que les particuliers qui se prétendent lésés dans leurs droits « collaborent » avec l'État territorial par le truchement de l'épuisement des voies de recours internes, afin que justice leur soit rendue ¹²⁶. Cela ne nous rend pas particulièrement perplexes si nous avons à l'esprit la structure des obligations internationales, relativement à la protection des droits des étrangers incombant à l'État et au regard desquelles entre en jeu la règle de l'épuisement des voies de recours internes. Nous faisons allusion par là à la typologie des obligations internationales telle qu'elle est formulée dans le projet 1996 ¹²⁷. Les articles 20 à 23 de celui-ci énoncent les deux grandes catégories d'obligations internationales, en distinguant « le cas où la détermination des moyens par lesquels ledit but [le but et l'objet de l'obligation] doit être atteint est faite sur le plan international et celui où elle est faite sur le plan national » ¹²⁸ (83). À la première on donne le libellé de « obligation de comportement (ou de moyens) » et à la seconde celui de « obligation de résultat ».

Nous abordons la deuxième et plus importante prémisse sur laquelle est bâti le concept de fait complexe ¹²⁹. Nous ne pouvons donc pas nous dérober à son analyse, car cette distinction n'est malheureusement pas exempte de critiques ¹³⁰. Certaines d'entre elles seront examinées ultérieurement (*infra*, 2), d'autres seront effleurées sur-le-champ.

Si l'on songe à la définition de fait « complexe », nous constatons que la typologie susmentionnée des obligations internationales demeure sa raison d'être. De surcroît, la pierre angulaire de l'édifice de la théorie des obligations internationales, telle qu'elle est conçue par R. Ago, repose sur cette distinction. La susdite distinction découle de la vision dualiste de celui-ci, qui, en partant de C.H. Triepel ¹³¹ et à travers D. Anzilotti, a profondément marqué la doctrine italienne. Lorsque l'obligation est de résultat, « le droit international s'arrête aux frontières de l'appareil étatique » ¹³², ou bien : « [l]e plus souvent

125. Pour autant que les recours dont l'État dispose pour le redressement du tort subi soient, en l'espèce, efficaces (et non apparents, car sous prétexte que la justice a été rendue, elle a été en réalité déniée), adéquats (susceptibles, en somme, de redresser le tort spécifique subi), et accessibles. Pour une liste, non pas exhaustive, mais néanmoins assez détaillée, illustrant une casuistique de recours satisfaisant à ces trois exigences, voy le *Recueil de la CPJI* C 84, pp. 443-444 (Observations et conclusions du gouvernement italien).

126. « Curieuse obligation que celle qui, pour être parfaite, demande la "collaboration" du bénéficiaire alors qu'une telle collaboration n'est pas prévue au texte », J. SALMON, *op. cit.*, p. 735.

127. Nous avons déjà souligné que la notion de fait « complexe » se trouve être l'enjeu de la solution d'autres problèmes. Cette notion est, dans l'édifice des modalités des violations internationales, tribunaire, en dernier lieu et surtout, de l'acception particulière des modalités des obligations internationales qui est propre au rapporteur spécial. Dans les pages qui suivent, nous tâcherons de boucler la boucle en examinant la notion de fait illicite « complexe » à l'aide de la typologie des obligations internationales.

128. Sixième rapport, *op. cit.*, § 3.

129. Faut-il par ailleurs rappeler que la règle de l'épuisement des recours internes – en tant que règle de fond – n'est concevable que si l'on épouse la distinction en question ?

130. Voy. notamment P.-M. DUPUY, *op. cit.* (1984), p. 46 : « les solutions adoptées par la Commission du droit international à l'égard de ces trois situations [c'est-à-dire les faits « instantané », « continu » et « composé »] sont à la fois simples, logiques et d'une application aisée. On ne peut dès lors qu'y souscrire. Il n'en va pas malheureusement de même pour la quatrième et dernière catégorie, celle du fait internationalement illicite complexe » ; « une distinction [entre obligations de comportement et obligations de résultat] qui lui [au rapporteur spécial] paraît indispensable dans son principe mais encore obscure dans son régime » (J. COMBACAU, « Obligations de résultat et obligations de comportement. Quelques questions et pas de réponse », *Mélanges offerts à Paul Reuter*, Paris, 1981, p. 184).

131. *Supra*, note 15.

132. Sixième rapport, *op. cit.*, § 15 ; voy. également *Recueil de la CPJI* C 85, p. 1211.

[...] le droit international se borne à déterminer la conduite que l'État doit tenir en telles ou telles circonstances, en lui laissant toute liberté de se donner les lois qu'il juge propres à assurer cette conduite »¹³³ ; lorsqu'elle est de comportement, « [l]e droit peut d'abord ordonner à l'État d'avoir ou de ne pas avoir les règles voulues [...] »¹³⁴. La distinction se fait selon le dogme dualiste, soit si le droit international ordonne spécifiquement à l'État d'introduire certaines règles de droit dans son ordre juridique (« droit interne internationalement ordonné »)¹³⁵, soit si le droit international laisse libre l'État quant aux moyens à mettre en œuvre afin d'atteindre le résultat visé par la règle internationale concernée. La réception de cette vision des rapports entre droit interne et droit international dans la doctrine italienne se fit à travers D. Donati¹³⁶ et D. Anzilotti¹³⁷, à ce dernier revenant le mérite de l'avoir transposée dans la théorie des obligations internationales.

En effet, la formulation d'une théorie des obligations internationales est *conditio sine qua non* de toute théorie des violations internationales. Le rapporteur spécial avait déjà eu l'occasion d'insister sur cette exigence préalable à toute théorie de la responsabilité, et notamment de la responsabilité internationale des États¹³⁸. On ne peut dès lors qu'y souscrire, tout en rappelant qu'en raison du fait que les règles primaires et les règles secondaires se situent sur des plans différents, le contenu et la portée de l'obligation doivent être dissociés de la théorie de la responsabilité, celle-là étant, par définition, antérieure à celle-ci. Sous le bénéfice de ces quelques rapides considérations, il y a lieu de nous pencher sur les hypothèses envisagées par le rapporteur spécial à propos de la naissance de la responsabilité internationale. Celui-ci conçoit deux niveaux de modalités : le premier a trait à la liberté dans le choix des moyens à mettre en œuvre en vue d'atteindre le résultat requis¹³⁹ ; le second fait référence au degré de latitude laissé à l'État de remédier au premier agissement (ayant manqué à l'obligation internationale) afin que le résultat requis soit néanmoins atteint ultérieurement.

En application du premier critère, le professeur Ago classe les obligations de résultat selon qu'elles laissent une liberté absolue à l'État, ou selon qu'elles « suggèrent » sans cependant l'imposer (autrement l'on se trouverait face à une obligation de comportement), un certain moyen « qui est considéré comme le plus apte à réaliser le résultat exigé de l'État »¹⁴⁰. S'agissant du deuxième critère, il faut préciser d'entrée de jeu que cette possibilité ultérieure qui est

133. « La responsabilité internationale des États à raison des dommages soufferts par des étrangers », *RGDIP*, 1906, p. 295 ; « *Unless otherwise agreed... general international law permits a state to choose the means by which it implements its international obligations within its domestic jurisdiction* », *Iran v. USA*, Cases A 15 (IV) & A 24, décision du 28 décembre 1998, Iran-USA Tribunal, vol. 34, § 96.

134. *Loc. cit.*

135. Selon la terminologie de H. TRIEPEL, *op. cit.*, p. 299.

136. D. DONATI, *I trattati internazionali nel diritto interno*, Torino, 1906, vol. I, pp. 337 et suiv.

137. D. ANZILOTTI, *op. cit.* (1902), pp. 117-120.

138. « *[P]er la risoluzione delle questioni relative a tale principio [le principe de l'épuisement des voies de recours internes], è logicamente pregiudiziale alla determinazione esatta degli obblighi internazionali che incombono allo Stato riguardo al trattamento degli stranieri, e che gli autori che a quella risoluzione si sono dedicati... non hanno talora considerato sufficientemente, sempre a questo proposito, la distinzione tra situazioni e ipotesi fondamentalmente diverse* », R. AGO, « La regola del previo esaurimento dei ricorsi interni in tema di responsabilità internazionale », in *Scritti sulla responsabilità internazionale degli Stati*, Vol. I, Napoli, 1979, p. 64. Voy. aussi en ce sens, J. COMBACAU, *op. cit.*, pp. 181-182.

139. « *Nonetheless, a state's freedom with respect to the choice of the means for implementing an international obligation is not absolute* », *Iran v. USA*, Cases A 15 (IV) & A 24, *op. cit.*, § 96.

140. Sixième rapport, *op. cit.*, § 16.

conçue à l'État ne figure que rarement *expressis verbis* dans l'obligation, mais qu'elle devra donc être déduite « en interprétant la clause pertinente, d'après sa *ratio* et son esprit, ou encore à la lumière des règles applicables du droit international coutumier »¹⁴¹. À ce qui précède nous ajouterons une interprétation contextuelle de la norme en question, en vue de déterminer le but et l'objet de l'instrument où elle figure, lorsque la norme est de nature conventionnelle.

L'affinité conceptuelle entre le principe de l'épuisement des voies de recours internes (acception « substantialiste ») et la possibilité laissée à l'État de remédier, de se racheter apparaît désormais évidente. Si la règle de l'épuisement des voies de recours internes, comme préalable à l'introduction d'une réclamation internationale, est mentionnée explicitement dans l'obligation, la possibilité de remédier *ex post facto* au premier manquement est prévue par l'obligation même ; la présence de cette condition, dans l'obligation, est condition suffisante mais non nécessaire. En effet, comme nous l'avons naguère dit, cette « permissivité » concédée à l'État par l'obligation internationale est à déduire du but et de l'objet de celle-ci, selon que l'on a porté, par le premier agissement, un préjudice « irremédiable » ou non au résultat requis de l'État. De fait, ce qui demeure fondamental, à nos yeux, c'est l'objet et le but de l'obligation, desquels l'on déduit une éventuelle latitude octroyée à l'État de remédier à son premier manquement. Cette permissivité découle de la structure même de l'obligation, de son articulation. La notion de l'épuisement des voies de recours internes et, en définitive, le fait « complexe » ne font que photographier, au niveau de la théorie de la responsabilité, des situations normatives, des obligations qui préfigurent pour l'État ce *locus poenitentiae*. Selon d'autres, le rapporteur spécial aurait négligé de prendre en considération l'objet et le but de l'obligation aux fins de la détermination de la naissance de la responsabilité internationale. On peut discuter éperdument sur la plausibilité du critère de distinction entre obligation de comportement et obligation de résultat ; il n'empêche que, même si on lui déniait toute validité, la pertinence de la théorie des violations internationales selon les trois hypothèses (illustrant le degré de permissivité laissé à l'État dans l'exécution de ses devoirs internationaux), fondée sur le critère de l'objet et du but de l'obligation, serait néanmoins établie. Le rapporteur spécial distingue à cet égard trois hypothèses idéelles en fonction du degré de latitude laissé à l'État par l'obligation en question, afin que le résultat requis par cette dernière soit ultérieurement atteint.

La *première hypothèse* envisage une obligation internationale qui, tout en laissant pleine liberté à l'État quant au choix des moyens à mettre en œuvre pour obtempérer à ce devoir international, ne permet pas à l'État de remédier *ex post facto* à son premier agissement (ou omission) qui contrevient au résultat que l'obligation internationale lui fixait. En l'espèce, aucune latitude n'est concédée à l'État ; par suite, et en conséquence, de son premier « fait » il y a lieu de parler de violation internationale. L'objet et le but de l'obligation sont irrémédiablement « compromis » ; cette conclusion est à déduire, au cas par cas, « de la nature spécifique du résultat visé par l'obligation internationale [...] »¹⁴². Ainsi semblerait être résolue l'objection de la « torture » soulevée par John Dugard. Le rapporteur spécial de la CDI en matière de protection diplomatique – qui fait sienne la « troisième position » (entre la *substantialiste* et la *proceduraliste*) relativement à la nature de l'épuisement des voies de recours internes – se pose la question de la naissance du fait internationalement illicite en cas de torture d'un ressortissant

141. *Ibid.*, § 19.

142. Sixième rapport, *op. cit.*, § 40 ; voy. le susdit paragraphe pour des exemples s'y référant.

étranger. Un cas de figure donc qui se trouve au carrefour des droits de l'homme et du droit des étrangers :

« [s]i un État commet un fait internationalement illicite – par exemple en torturant un étranger – sa responsabilité internationale est engagée dès ce moment. L'acte de torture fait naître un droit d'agir contre l'État responsable mais l'exercice de ce droit, le droit de formuler une réclamation internationale, est suspendu jusqu'à ce que l'État ait la possibilité de remédier à la situation, par exemple au moyen de la réparation, par l'intermédiaire de ses propres tribunaux. Dans un tel cas, la règle de l'épuisement des recours internes est procédurale »¹⁴³.

Toutefois, le plus souvent, l'obligation internationale – structurée par les entités qui sont tenues de l'appliquer – est plus bienveillante vis-à-vis des États quant à la faculté dont ils jouissent afin de remédier à leurs méfaits initiaux. C'est le cas pris en considération par la *seconde hypothèse*, où un résultat équivalent au résultat visé par l'obligation internationale peut être atteint par « une mesure ultérieure capable d'effacer les conséquences de la première »¹⁴⁴.

Imaginons une décision prise par une autorité judiciaire supérieure qui casserait la décision d'une autorité inférieure jugée contraire à certains droits, au bénéfice de ressortissants étrangers. Ou toute autre mesure qui puisse faire en sorte que les étrangers lésés par un premier « fait » de l'État peuvent néanmoins, et sans aucun préjudice additionnel, recouvrer leurs droits. Songeons, par exemple, à la promulgation (où à la non-abrogation) d'une loi interne considérée préjudiciable au résultat visé par l'obligation internationale : aussi longtemps que ce résultat n'est pas irrémédiablement « compromis » par cette loi, l'on ne saurait parler de violation internationale *in concreto*¹⁴⁵. Par rapport à la première hypothèse, la faculté laissée à l'État de remédier *ex post facto* est assurément plus importante dans la seconde. Cette permissivité accrue est, comme toujours, à apprécier selon les critères que nous avons exposés plus haut.

La *troisième hypothèse* illustre le cas où un « résultat de rechange » peut encore être assuré par l'État¹⁴⁶. Cette hypothèse se distingue de la précédente par le fait que dans cette dernière l'État pouvait encore garantir le résultat visé par l'obligation, en adoptant ultérieurement une mesure qui s'y conforme. Ici, au contraire, ce résultat équivalent ne peut plus être atteint en raison de la structure de l'obligation et par suite des « faits » précédents de l'État. Toutefois, l'articulation de l'obligation, son objet et son but permettent de conclure qu'en assurant un « résultat de rechange » – même différent – l'État peut se considérer

143. Deuxième rapport, § 63, pp. 33-34.

144. *Op. cit.*, § 22. De même, I. BROWNIE, *op. cit.* (1983), p. 275.

145. En effet le contenu de l'obligation ainsi que sa portée ne font pas de référence à cette loi (soit à sa promulgation, soit à son abrogation) ; l'obligation internationale ne s'« épuise » pas dans son adoption ou dans son abrogation. Ici on se trouve face à une obligation de résultat ; un « fait » législatif interne faisant obstacle, *in abstracto*, à l'accomplissement par l'État de ses devoirs internationaux, ne peut absolument pas être considéré comme une violation internationale *in concreto*, tout au plus l'on pourrait parler de délai de justice. La doctrine qui se fonde sur la distinction ainsi conçue entre obligation de résultat et obligation de comportement résout aisément cette question : A. VITTA, *op. cit.*, p. 89 ; A. S. BILGE, *op. cit.*, p. 101. Pour un exemple clair, voy. *Mariposa Development Company et al. V. Panama*, décision arbitrale du 27 juin 1933 (Commission générale de réclamations), RSA, Vol. VI, p. 341, où l'on fait mention du « *locus poenitentiae* » : « *Practical common sense indicates that the mere passage of an act under which private property may later be expropriated without compensation by judicial or executive action should not at once create an international claim on behalf of every alien property holder in the country. There should be a locus poenitentiae [sic] for diplomatic representation and executive forbearance, and claims should arise only when actual confiscation follows* ».

146. *Contra*, E. WYLER, *op. cit.* (1991), pp. 906-907.

comme ayant respecté son obligation internationale. C'est le cas paradigmatique auquel fait référence la règle de l'épuisement des voies de recours internes¹⁴⁷. Évidemment, à l'instar des hypothèses précédentes, on emploie les mêmes critères pour déduire cette permissivité quant à l'établissement de la violation internationale, et donc de la détermination du « moment » de la violation [*infra* B]¹⁴⁸. Le fait illicite « complexe » constitue l'issue néfaste de ces deux dernières hypothèses (la deuxième et la troisième), l'État n'ayant pas voulu, ou pu, assurer, malgré le *locus poenitentiae* qui lui est accordé par la structure de l'obligation internationale, le résultat requis par cette dernière¹⁴⁹. Comme on vient de le constater, après ce détournement hâtif de l'analyse à travers les méandres de la théorie des obligations internationales, la distinction entre obligation de comportement et obligation de résultat est centrale dans la problématique de la règle de l'épuisement des voies de recours internes, et, donc, de la notion de fait « complexe ». De ce fait, rejeter la susdite distinction équivaldrait à réfuter l'acceptation « substantialiste » de cette règle, et en dernière analyse la notion même de fait illicite « complexe », ce que fera finalement la CDI en 2001 sous l'instigation vigoureuse de son dernier rapporteur spécial¹⁵⁰. Nous ne partageons pas cette conclusion malgré les critiques qui ont été adressées à l'encontre de la susdite notion de fait « complexe ». En effet, les affirmations de divers auteurs nous paraissent peu convaincantes et ne constituent somme toute pas des obstacles infranchissables à la conclusion que le fait illicite « complexe » est plus qu'une chimère, ou qu'un phénix qui renaîtrait de ses cendres « phosphatières »...

On a notamment reproché à la typologie susmentionnée des obligations internationales le fait qu'elle « ne renseigne pas sur ce qui correspondait pourtant à son objet [de l'obligation] : la détermination du moment de réalisation de l'infraction »¹⁵¹. S'il est vrai que cette distinction se fonde sur le critère unique de

147. Cette casuistique, qui a trait à la détermination de la violation internationale, remonte aux plaidoiries de R. Ago dans l'affaire des *Phosphates* : « [la responsabilité internationale de l'État étranger] survient seulement lorsque [le] ressortissant a constaté qu'il ne peut plus obtenir la réalisation de ce résultat par d'autres voies prévues dans l'ordre juridique interne » ; la charge de prouver qu'il y a encore des possibilités judiciaires internes échoit à l'État territorial (partie défenderesse).

148. L'exemple d'obligation internationale cité par le RSA est parlant à maints égards : l'art. 9, §§ 1, 4 et 5 du pacte de 1966 sur les droits civils et politiques.

149. Voy. en ce sens *Blecic c. Croatie* (req. n° 59532/00), arrêt du 8 mars 2006, p. 30 (op. diss. Zuponic) : « [...] la *ratio legis* de la condition de l'épuisement préalable des voies de recours internes [...] a pour vocation de donner à l'État contractant une pleine possibilité de traiter la violation au plan interne ».

150. Dans son opinion dissidente jointe à l'arrêt de la CIJ dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, le juge Morelli met en exergue le fil conceptuel qui relie en cascade et au sein de la théorie des violations internationales, ces différentes notions, à savoir une certaine acceptation de l'obligation de résultat (voy. Triepel, Anzilotti, Donati), la conception « substantialiste » de la règle de l'épuisement des voies de recours internes, et le *locus standi* de la notion de fait illicite « complexe » : « Or la règle de l'épuisement des voies de recours internes, est, à mon avis, une règle substantielle et non pas procédurale. Il s'agit précisément d'une règle complémentaire à d'autres règles ayant, elles aussi, le caractère de règles substantielles : c'est-à-dire des règles concernant le traitement des étrangers. Lesdites règles prescrivent aux États, auxquelles elles s'adressent, un résultat final déterminé quant au traitement des ressortissants étrangers, tout en laissant l'État obligé libre pour ce qui concerne les moyens à employer. Par conséquent, si un organe de l'État obligé accomplit un acte contraire au résultat voulu, l'existence d'un fait illicite international et de la responsabilité internationale de l'État ne peut être affirmée tant qu'il existe, pour les ressortissants étrangers, la possibilité d'obtenir, par les voies de l'ordre interne, la réalisation du résultat visé par l'obligation internationale », affaire de la *Barcelona Traction* (Belgique c. Espagne), arrêt du 24 juillet 1964 (nouvelle requête 1962 : exceptions préliminaires), *CIJ, Rec. 1964*, p. 114 ; voy. également G. SACERDOTI, « Épuisement préalable des recours internes et réserve *ratione temporis* dans la déclaration italienne de acceptation du droit de requête individuelle », in *Les clauses facultatives de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bari, 1974, p. 141.

151. P.-M. DUPUY, *op. cit.*, p. 51 ; voy. aussi J. COMBACAU, *op. cit.*, pp. 195-197.

« l'intrusion (obligation de comportement) ou de la non-intrusion (obligation de résultat) » de l'ordre international dans l'ordre interne aux fins de l'articulation des devoirs internationaux à charge de l'État, il n'en est pas moins vrai que ladite distinction n'a jamais négligé la distinction civiliste de l'objet et du but de l'obligation¹⁵². Ce critère inspiré du droit civil interne, qui est fonction du but et de l'objet de la norme enfreinte (et du degré de l'aléa dans l'acquittement de l'obligation), joue son rôle eu égard au degré de permissivité laissé à l'État de remédier *ex post facto*, comme nous l'avons observé par le truchement des trois hypothèses décrites plus haut. La faculté de jouissance du *locus poenitentiae* doit, nous venons de le voir, être déduite du « mode d'être de ces obligations [les obligations de résultat] et de leur but et objet spécifique »¹⁵³, et appréciée en conséquence.

Le mérite d'avoir soulevé des exceptions redoutables à l'encontre de la susdite distinction revient à l'article fréquemment cité de Jean Combacau. Ce dernier dénie à cette distinction un caractère opératoire¹⁵⁴, en déplorant de surcroît la confusion terminologique qu'elle engendrerait¹⁵⁵. Nous examinerons à tour de rôle ces deux aspects, en commençant par ses perplexités au regard des trois hypothèses envisagées par ce qu'il appelle « [cette] imposante construction doctrinale »¹⁵⁶.

Jean Combacau, de même que Jean Salmon, prétend qu'il y a confusion-identité entre la deuxième et la troisième hypothèses¹⁵⁷. En réalité on ne pourrait pas y souscrire si l'on avait nettement à l'esprit la différenciation entre les deux situations envisagées. La deuxième envisageait un « fait » ultérieur de l'État qui lui permettait, bien que tardivement, de parvenir au résultat (originel) visé par l'obligation, « en effaçant complètement, par un comportement autre, les conséquences d'un éventuel comportement initial allant à l'encontre de la réalisation dudit résultat »¹⁵⁸.

Cette hypothèse est profondément différente de la troisième où « le comportement initialement adopté [par l'État] aurait désormais rendu irréalisable le résultat principal requis », et où, cependant, l'État pourra « se considérer comme quitte en assurant un résultat de rechange »¹⁵⁹. Les différences entre ces deux hypothèses, bien que subtiles, méritent d'être relevées. En dépit de son ingéniosité, nous n'estimons pas non plus convaincante l'argumentation de Jean Combacau qui veut assimiler la première hypothèse aux deux autres¹⁶⁰. En réalité, entre la première et les deux autres le décalage temporel est très important. Le rôle du temps se situe sur le plan du choix des moyens « diachroniques » [deuxième et troisième hypothèses] ou « synchroniques » [première hypothèse], soit la possibilité pour l'État de remédier par des comportements ultérieurs. Le rapporteur spécial vise ici les modalités des violations internationales sous l'éclairage temporel, c'est-à-dire la détermination du *tempus commissi delicti* : fait internationalement illicite « instantané » dans la première hypothèse, fait internationalement illicite « complexe » dans les deux autres. Nous ne saurions dès lors nier

152. « [O]gni problema di responsabilità internazionale si concreta e si determina nel problema del contenuto e dei limiti del dovere violato », D. ANZILOTTI, *op. cit.* (1902), p. 143.

153. Sixième rapport, *op. cit.*, § 82.

154. J. COMBACAU, *op. cit.*, p. 186 ; voy. aussi P.-M. DUPUY, *op. cit.*, pp. 43 et 47.

155. Voy. *supra*, note 154.

156. J. COMBACAU, *op. cit.*, p. 188.

157. *Ibid.*, pp. 190-191 ; J. SALMON, *op. cit.*, pp. 726-731 ; E. WYLER, *op. cit.* (1991), pp. 906-907.

158. Sixième rapport, *op. cit.*, § 23.

159. *Loc. cit.*

160. *op. cit.*, pp. 192-193.

cette connotation temporelle propre aux trois hypothèses, connotation qui les différencie profondément les unes des autres.

Une critique ultérieure, développée principalement par Jean Salmon¹⁶¹, est axée sur une typologie des obligations internationales qu'il estime bien plus convaincante que celle résultat/comportement. Cet auteur introduit la notion d'obligation simple, alternative et conjonctive. Il définit l'obligation alternative comme celle où les destinataires ont « le droit de choisir entre deux objets pour s'acquitter de leur obligation »¹⁶², alors que l'obligation est conjonctive « lorsque les deux obligations sont dues. L'acte illicite sera accompli quelle que soit l'obligation violée. Si les deux sont violées il y a deux actes illicites distincts »¹⁶³. C'est notamment au regard de l'exemple évoqué pour la troisième hypothèse (l'article 9, §§ 1^{er} et 5 du pacte de 1966) que Jean Salmon reproche au rapporteur spécial de transformer en obligations alternatives deux obligations qui sont en réalité conjonctives¹⁶⁴. Afin de clarifier la question, il convient de s'y arrêter brièvement.

Le paragraphe 1^{er} de cet article établit que « nul ne peut faire l'objet d'une arrestation ou détention arbitraires » ; plus loin, le paragraphe 5 de la même disposition affirme que « [t]out individu victime d'arrestation ou de détention illégale a droit à réparation ». Jean Salmon soutient qu'il s'agit là de deux obligations conjonctives, et que, partant, la violation des deux entraînera deux faits illicites. Toutefois, il nous paraît que l'État n'est tenu, en premier lieu, qu'à s'acquitter de l'obligation visée au paragraphe 1^{er}, et que ce n'est que s'il l'enfreint qu'il est tenu de s'acquitter de la seconde. En effet, l'État ne pourra jamais s'acquitter de ces deux obligations et ce même à des stades temporels différents. Car, la seconde obligation ne lui deviendra opposable que lorsqu'il aura violé la première. Dès lors, on ne peut pas conclure à l'existence de deux obligations conjonctives, qui, par définition, doivent être dues, et cela même à des stades différents (les dispositions de cet article seront étudiées plus loin à la lumière d'autres concepts).

Jean Combacau, de son côté, se déclare perplexe devant l'interprétation du susdit article donnée par le rapporteur spécial, puisqu'il affirme : « toutes les fois qu'elle [l'obligation] est au moins alternative, la règle est impuissante à assurer la priorité d'un mode d'exécution de l'obligation sur le ou les autres »¹⁶⁵. Il y a lieu, cependant, de remonter au niveau des règles primaires en constatant que de telles normes (comme l'article 9, §§ 1^{er} et 5 du pacte de 1966) existent en droit international et sont de loin les plus nombreuses ; les États s'accommodent fort bien de cette manière de structurer leurs obligations. Inévitablement, la théorie de la responsabilité internationale doit prendre en compte le fait que le contenu desdites obligations prévoit cette alternance entre les obligations. Et cela même si l'on ne saurait nier que l'objet de la première obligation (§ 1^{er}) est prioritaire et fonde la raison d'être de l'article dans son ensemble. Nous croyons que le souci majeur du rapporteur spécial et de la commission (qui adopta le projet de 1996), eu égard à cette incontournable réalité socio-juridique, a été de recenser, dans leurs grandes lignes évidemment, les différentes modalités de règles primaires en fonction du contenu de leur obligation (et de la structure de celle-ci) et de leur degré de permissivité quant à la faculté de l'État d'obtempérer à ces prescriptions,

161. *op. cit.*, pp. 731-733.

162. *Ibid.*, p. 732.

163. *Loc. cit.*

164. Voy. aussi les critiques émises par P.-M. DUPUY, *op. cit.* (1999), p. 383.

165. *op. cit.*, p. 192.

et de bâtir, au niveau des règles secondaires, une typologie des violations internationales. Il ne s'agit donc pas d'offrir à l'État fautif « aussi longtemps que possible le choix entre le respect et la violation de l'obligation internationale »¹⁶⁶, mais de pouvoir mettre sur pied une protection effective des droits de l'homme par le truchement d'une théorie des violations internationales érigée sur des bases réelles.

La problématique dans sa globalité se ramène à la trop fréquemment oubliée séparation entre responsabilité interne et responsabilité internationale. Ces deux concepts sont au demeurant essentiels à la compréhension de la règle de l'épuisement des voies de recours internes comme règle substantielle. Jadis, E. Borchard avait, à maintes reprises, souligné cet aspect¹⁶⁷. Il s'agit d'un agencement de la responsabilité internationale des États qui est cher aux dualistes et qui, d'ailleurs, garde tout son intérêt si l'on se réfère à une fameuse affirmation de la CPJI :

« [I] est vrai que le différend d'abord a été celui d'un particulier et d'un État [...] puis le Gouvernement hellénique a pris l'affaire en mains ; le différend est alors entré sur le terrain international, il a mis en présence deux États [...] cet État fait, à vrai dire, valoir son droit propre, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants, le droit international »¹⁶⁸.

C'est la distinction bien connue entre préjudice médiate et immédiat qui est ici en jeu. Dans le deuxième cas, on parle de fait internationalement illicite subi par l'État, l'atteinte ayant été infligée immédiatement à son droit¹⁶⁹. En revanche, dans le premier cas, il s'agit certes toujours d'un droit de l'État qui est violé, mais l'infraction se réalise par le truchement de son ressortissant. De fait, les droits de l'État et de son individu se situent sur des plans différents¹⁷⁰, et la responsabilité internationale des États n'est envisageable que dans l'ordre juridique international. Car le différend se situe sur le plan interne – la CPJI a insisté sur cet aspect – et c'est seulement lorsque l'État territorial se trouve dans l'impossibilité (*non possumus* ou *non volumus*) de faire respecter le droit international que le différend, bien qu'il ait débuté auparavant, affleure au niveau interétatique. C'est seulement à partir de ce moment-là que l'on peut finalement parler de violation internationale. Cette dernière se réalise, en cas de préjudice médiate, à travers le dommage subi par le ressortissant étranger. C'est grâce à ce « diaphragme » étatique que l'État retarde le moment de la violation

166. J. COMBACAU, *op. cit.*, p. 201.

167. M. E. BORCHARD, « Theoretical Aspects of The International Responsibility of States », *ZaöRV*, Vol. I (1930), pp. 223-250.

168. Affaire des *concessions Mavrommatis en Palestine* (Grèce c. Royaume-Uni), arrêt du 30 août 1924, *Recueil de la CPJI*, série A, n° 2, p. 12 ; voy. aussi l'opinion dissidente du juge Pessôa : « Tribunal d'États, la Cour ne peut être appelée à protéger des droits individuels, mais seulement des droits d'États » (*op. cit.*, p. 88).

169. Toutefois, les cas paradigmatiques de préjudice immédiat peuvent être : l'occupation du territoire d'un autre État ; l'atteinte au représentant diplomatique d'un autre État ou encore la promulgation (ou la non abrogation) d'une loi lorsque l'obligation internationale requiert de l'État ce comportement spécifiquement déterminé, etc.

170. Dans le sillage de la précédente affaire *Mavrommatis*, la Cour permanente de justice internationale déduit les conséquences de ce qu'elle avait naguère affirmé au sujet du « droit propre » de l'État : « [l]es droits ou intérêts dont la violation cause un dommage à un particulier se trouvent toujours sur un autre plan que les droits de l'État auxquels le même acte peut également porter atteinte. Le dommage subi par le particulier n'est donc jamais identique en substance [c'est-à-dire qualitative-ment], soit du point de vue de sa qualification [juridique] avec celui que l'État subira [au futur] », affaire de *l'usine de Chorzów* (Allemagne c. Pologne), arrêt du 13 septembre 1928 (demande en indemnité, fond), *Recueil de la CPJI*, série A, n° 17, p. 28. Cf. aussi D. ANZILOTTI, *op. cit.* (1902), pp. 89 et s. ; *Corso di diritto internazionale*, Vol. I, 4^e éd., Padova, 1955, p. 426.

internationale¹⁷¹, bien qu'en cas d'issue fâcheuse, cela se retournera contre lui lorsqu'il y aura lieu de déterminer la durée de la violation internationale par fait « complexe ». Ce dernier fera remonter l'illicéité au tout premier fait étatique qui aura mis l'État en porte-à-faux par rapport à ses obligations internationales. Dans cet ordre d'idées, il est donc naturel de parler de responsabilité interne et de responsabilité internationale. Or, si nous avons envisagé la règle de l'épuisement des voies de recours internes en tant que règle procédurale exclusivement, nous aurions abouti à des incongruités logico-juridiques manifestes. En effet, imaginons une (première) décision des autorités locales allant à l'encontre du droit international. Le ressortissant étranger entend ester en justice et commence à épuiser les voies de recours internes. Si à un certain stade judiciaire interne, la première décision ayant été cassée ou modifiée, il s'estime satisfait, qu'advient-il de la prétendue violation internationale si c'est un acte juridique interne (la décision judiciaire qui casse ou modifie la première décision, prétendument illécite) qui produira des effets juridiques dans un tout autre ordre (l'ordre international) que celui où, et en vertu duquel, il est censé produire ses effets juridiques¹⁷². Il serait absurde d'affirmer d'une part que la violation internationale est déjà parfaite au moment du premier comportement étatique non conforme aux engagements internationaux de l'État, et d'autre part qu'un acte d'ordre interne puisse « sanctionner » la fin de l'existence d'une violation internationale, sans que le seul et unique titulaire du droit enfreint (l'État de nationalité) n'ait eu son mot à dire. Si l'on admet qu'il s'agit d'une violation internationale parfaite dès le premier comportement, c'est au titulaire du droit qu'il appartient de constater la lésion de son droit, et non pas à son ressortissant¹⁷³.

Toutefois, l'État de nationalité est impuissant : c'est une affaire, oserions-nous dire interne, entre l'État territorial et le particulier ; au premier il appartient de satisfaire à ses obligations internationales et au second de faire en sorte que cela se réalise à travers l'épuisement des voies de recours internes. En conséquence, aussi longtemps que cela ne se produit pas, l'État lésé dans son droit ne peut pas faire valoir la conséquence de la violation (soit prendre fait et cause pour son ressortissant) et transposer, par là, le différend dans l'ordre international. De ce fait, l'acceptation *exclusivement* procédurale de l'épuisement des voies de recours internes est difficilement défendable. Par le premier comportement non conforme au droit international, la responsabilité interne de l'État (ce que nous pourrions appeler le contrôle interne de la licéité internationale des « faits » étatiques) est engagée vis-à-vis du ressortissant étranger, la violation internationale étant *seulement in fieri*. En cas de *non possumus* ou de

171. Il n'est pas inutile de rappeler à cet égard, dans le sillage de l'affaire de *Palmas*, (*op. cit.*, p. 839), que « [t]erritorial sovereignty... has a corollary duty : the obligation to protect within the territory the right of other States, in particular their right to integrity and inviolability in peace and in war, together with the rights each State may claim for its nationals in foreign territory ». C'est pourquoi on peut parler à juste titre du caractère *fonctionnel* de la souveraineté étatique, c'est-à-dire d'« un faisceau de compétences exercées dans l'intérêt général de la population nationale, mais aussi, quoique dans une bien moindre mesure, dans celui des intérêts généraux de la communauté internationale dans son ensemble [...] » (P.-M. DUPUY, *Droit international public*, Paris, 1995, § 69, p. 49). Il s'ensuit que si d'une part le premier acte contraire au droit international ne constitue pas un fait internationalement illicite, l'État doit y remédier ultérieurement sous peine précisément d'engager sa responsabilité internationale. L'écran étatique n'implique donc nullement absolue de l'illicéité, bien au contraire.

172. Cf. T. PERASSI, *op. cit.*, § 106 : « *non si può parlare di fatti giuridici internazionali rispetto ad un individuo, né come destinatario di obblighi o di diritti in qualità di autore del fatto né come destinatario di effetti giuridici [...] un fatto è giuridico solo per i soggetti per i quali cige la norma che lo contempla* ».

173. Cf. en ce sens les affaires *Mavrommatis* et *Usine de Chorzów*, *supra* respectivement notes 168 et 170.

non volumus, l'État territorial, ne bénéficiant plus du *locus poenitentiae*, a épuisé toutes les opportunités que le droit international lui avait offertes : le contrôle international de la licéité internationale de ses actes (*i.e.* la responsabilité internationale) se met alors en branle à travers le mécanisme de la protection diplomatique¹⁷⁴. Le comportement étatique qui manque définitivement d'assurer le résultat requis par l'obligation internationale marque la « transsubstantiation » – par fait « complexe » – de la violation en illicéité internationale. À cet égard, les faits illicéites de ce type sont des *facta pendentiae* qui deviennent *praeteritae* grâce au dernier comportement étatique qui clôt le processus. En raison de certains principes fondamentaux dans les relations juridiques entre les États¹⁷⁵, la plausibilité de l'existence d'un contrôle interne préalable à l'engagement de la responsabilité internationale de l'État n'est pas à démontrer. L'existence de deux ordres juridiques permet à l'État une première possibilité de s'acquitter, dans le cadre de son ordre juridique interne, de ses obligations internationales¹⁷⁶.

Au sujet de l'existence de ce contrôle interne de la licéité internationale des « faits » de l'État, préalable au parachèvement de la violation internationale, il est fort utile de rappeler ce que la Cour internationale de justice a affirmé que

« pour qu'une demande internationale soit recevable, il suffit qu'on ait soumis *la substance de la demande* aux juridictions compétentes et qu'on ait persévéré aussi loin que le permettent les lois et les procédures locales, et ce sans succès »¹⁷⁷,

et que,

« avant de recourir à la juridiction internationale, il a été considéré en pareil cas nécessaire que l'État où la lésion a été commise puisse y remédier *par ses propres moyens, dans le cadre de son ordre juridique interne* »¹⁷⁸.

En sus des conditions bien connues¹⁷⁹, la Cour exige que le gros du différend ait été préalablement examiné par les autorités (judiciaires, administratives, etc.) internes. Cela ne fait que confirmer les conclusions énoncées plus haut à propos de la plausibilité de l'existence d'un contrôle interne de la licéité internationale des

174. Voy. M. E. BORCHARD, *op. cit.*, pp. 236 et suiv. ; D. ANZILOTTI, *op. cit.* (1906), pp. 153-155. Au regard de l'article 1, §§ 1er et 5 du pacte de 1966, l'État peut s'acquitter de ses devoirs internationaux si, bien qu'il ait manqué à l'obligation imposée au paragraphe 1^{er} de l'article 1, il accorde une réparation conformément au paragraphe 5 de celui-ci. Cette réparation (dans l'ordre interne) n'est pas seulement la conséquence de la responsabilité interne de l'État engagée *ab initio* par son premier manquement ; elle a aussi pour effet d'empêcher la « perfection » de la violation internationale.

175. Convergent ici le principe de l'effectivité de l'exécution des obligations internationales (cf. Ch. DE VISSCHER, « La responsabilité des États », in *Bibliotheca Visseriana*, Vol. II, Leyde, 1924, p. 97), le principe de la bonne foi (cf. R. KOLB, *La bonne foi en droit international public*, Paris-Genève, 2000) et le principe de l'égalité juridique entre les États (cf. A. RAPISARDI MIRABELLI, *Il principio dell'uguaglianza giuridica degli Stati*, Catania, 1920, pp. 54-78).

176. Affaire des *Phosphates*, *op. cit.*, C 85, pp. 1204, 1209, 1211, 1333 ; affaire relative à l'*administration du Prince Von Pless* (Allemagne c. Pologne), *Recueil de la C.P.J.I.* C 70, p. 135 (Contre-mémoire préliminaire de la Pologne) ; affaire de l'*Elettronica Sicula S.P.A. (ELSI)* (États-Unis d'Amérique c. Italie), arrêt du 20 juillet 1989 (fond), *CIJ, Rec. 1989*, § 59.

177. *Elettronica Sicula SPA (ELSI)*, *op. cit.*, § 59 (italiques ajoutées).

178. *Interhandel* (Suisse c. États-Unis d'Amérique), arrêt du 21 mars 1959 (fond), *CIJ, Rec. 1959*, 1959, p. 27 (italiques ajoutées). Encore plus clairement, dans le sens de la conception « substantialiste » de la règle : *Loewen c. États-Unis d'Amérique*, décision du 26/06/2003 (fond), *CIRDI*, notamment §§ 144, 149, 156 ; *Loewen c. États-Unis d'Amérique* (compétence), décision du 9 janvier 2001, *CIRDI*, § 71 ; *affaire du navire « Saiga »* (n° 2) (Saint-Vincent et les Grenadines c. Guinée), Tribunal international du droit de la mer, arrêt du 1^{er} juillet 1999 (fond), § 97 (citation de l'article 22 du projet 1996 et commentaire de la CDI) ; *Maffezzini c. Espagne*, décision du 25 janvier 2000 (objections to jurisdiction), §§ 29-30 (de même que ci-dessus), *ILR*, vol. 124, p. 16.

179. Cf. *supra*, note 114.

« faits » étatiques contraires au(x) droit(s) d'un autre État. Si la CDI, sous l'impulsion évidente de son rapporteur spécial, Roberto Ago, a penché, en définitive, pour l'unicité du concept de la règle de l'épuisement des voies de recours internes (en affirmant donc le caractère substantiel du principe, dont le corollaire procédural serait l'une des conditions requises pour la mise en œuvre de la protection diplomatique), la jurisprudence, fidèle à ses mœurs, a opté pour un profil bas qui s'explique aisément : « [t]out se passe comme si les juges, se sachant sur un terrain dangereux, se bornaient à choisir la solution qui leur paraissait la plus simple en l'espèce »¹⁸⁰. Une dernière remarque : les États peuvent, dans leurs relations internationales, déroger conventionnellement au régime de droit commun qui veut que la règle de l'épuisement des voies de recours internes soit l'une des conditions de la réalisation de la violation internationale. S'agissant d'une règle de droit international général, deux (ou plusieurs) États peuvent opter pour un régime spécial concernant la réalisation de la violation¹⁸¹, et par conséquent les conditions de la mise en œuvre de la protection diplomatique.

Enfin, une autre critique formulée contre ladite distinction tient à son caractère partiel, en ce qu'elle ne couvrirait pas l'ensemble des obligations internationales¹⁸². En réalité, il existerait des espèces d'obligations dont l'État peut s'acquitter uniquement par le biais de moyens internationaux. Il est cependant regrettable que tous les auteurs qui dénoncent cette défaillance ne citent qu'un seul exemple, à savoir l'obligation de négocier, obligation dont le contenu et les limites demeurent assez imprécis¹⁸³. Par conséquent nous n'estimons pas très sage de réfuter *in toto* une distinction du seul fait qu'un type d'obligation internationale, ayant – au demeurant – un contenu flou, ne soit pas envisagé par elle.

2. La mise à mort du fait internationalement illicite complexe : le texte de 2001

Dans cette sous-section nous nous évertuerons à comprendre les raisons qui ont présidé à la suppression de ce type de fait illicite, alors que les trois autres ont été maintenus. Nous ne reprendrons pas les critiques qui lui ont été adressées et que nous avons passées en revue plus haut. Nous nous concentrerons sur les travaux de codification depuis l'adoption du projet de 1996 jusqu'au texte de 2001, ainsi que sur la doctrine contemporaine.

On peut d'une certaine manière dire que si le professeur Ago avait su convaincre ses pairs de la CDI de l'utilité d'un tel concept, le professeur Crawford a tout aussi bien réussi à emporter la conviction des membres de la CDI quant à sa suppression. Il est incontestable que la plupart des critiques et des doutes émis par ces derniers ont été motivés par un souci de simplification¹⁸⁴ de la codification, ainsi que par le sentiment d'adhérer (peut-être un peu trop à notre goût) aux sollicitations émises par certains gouvernements au sein de la sixième commission des Nations Unies¹⁸⁵.

180. G. PERRIN, *op. cit.*, p. 278. Ce même auteur conclut que s'ilo n'avait pendant longtemps nourri aucun doute à propos du caractère exclusivement procédural de la règle, « [il] en dout [e] aujourd'hui », *loc. cit.*

181. Cf. affaire de l'*Elettronica sicula*, *op. cit.*, § 50.

182. Voy. J. COMBACAU, *op. cit.*, p. 200 ; P.-M. DUPUY, *op. cit.*, pp. 50-51 ; J. SALMON, *op. cit.*, pp. 724-729.

183. P. REUTER, « De l'obligation de négocier », in *Studi in onore di Gaetano Morelli. Il processo internazionale*, [Comunicazioni e Studi, Vol. XIV], pp. 711-733.

184. Voy. le rapport de la CDI à l'Assemblée générale (1999), Doc. A/54/10, p. 111, § 211.

185. Les États membres des Nations Unies ne sont-ils pas en dernier ressort, à la fois les clients et les commanditaires des œuvres de la CDI ?

Or, c'est dans le cadre de son deuxième rapport que James Crawford « perpète » la suppression de la notion de fait illicite complexe. Cette dernière est – comme nous venons de le voir – enchevêtrée avec la distinction entre obligations de comportement et obligations de résultat introduite par son prédécesseur, le professeur Ago, dans les articles 20 et 21 du projet 1996. La liquidation de cette notion va donc s'effectuer par le biais de la réfutation de cette distinction. Les motivations qui ont été alléguées et qui se sont révélées décisives à cet effet se rangent dans deux registres différents : a) cette distinction déplaît fortement à certains gouvernements et b) elle diffère de celle – identique dans les termes – qui existe en droit civil français.

Le déplaisir est manifeste pour certains : l'Allemagne dénonça ainsi le caractère « trop abstrait » de la notion¹⁸⁶ ; la France affirma que toutes les références aux obligations primaires n'ont pas leur « place dans un projet de ce type et devraient, en conséquence, être supprimé [e]s »¹⁸⁷ ; le Royaume-Uni a déploré l'extrême subtilité d'une telle distinction¹⁸⁸. Ce n'est pas la place ici de discuter des relations entre les États et la CDI dans le processus de codification du droit international. Il n'en reste pas moins que la CDI doit faire preuve d'un sens aigu de l'équilibre entre l'enclume de la pratique des États (telle qu'elle l'appréhende) et le marteau des États eux-mêmes (c'est-à-dire l'interprétation, *ex parte*, de leur pratique). Mais c'est surtout la distinction elle-même qui pose problème aux yeux du nouveau rapporteur. Ce dernier, dans le sillage de la moderne doctrine internationaliste française, note que cette distinction, dérivée du droit romain est fondée sur le

« degré de probabilité de la réalisation de l'objectif poursuivi par le créancier [...] : là où la réalisation est hautement probable, la loi ou le contrat instituent des obligations de résultat ; là où elle est plus essentiellement aléatoire, ils se bornent à réduire l'aléa et ne mettent en œuvre qu'une obligation de moyens »¹⁸⁹.

Ainsi construite cette distinction est présente dans la plupart des ordres juridiques internes d'inspiration romaniste¹⁹⁰ et à ce titre elle n'était assurément pas étrangère au professeur Ago¹⁹¹. Toutefois, celui-ci se borna – et c'est probablement ici que réside la source des malheurs attachés à cette distinction – à employer la terminologie, et non point les concepts qu'elle exprime. Sans revenir sur ce qui a été dit plus haut (III, A, 1), il importe de relever que la majorité des critiques adressées à cette distinction et à son agencement se résument, à quelques exceptions près (que nous étudierons par la suite), à une querelle sémantique¹⁹². Roberto Ago s'est servi d'un concept binaire (résultat / comportement) qui véhicule une signification précise dans les droits civils d'inspiration romaniste, pour indiquer quelque chose de radicalement différent. Pis encore, d'une certaine manière, sous couvert d'une appellation identique, M. Ago a fini par « pratiquement invers [er] les effets »¹⁹³. Cette conclusion ne prête pas à doutes. Toutefois, c'est au regard de la terminologie employée par

186. Cité in Deuxième rapport (Crawford), Doc. A/CN.4/498, p. 26.

187. *Loc. cit.*

188. *Loc. cit.*

189. J. COMBACAU, *op. cit.*, p. 196.

190. En droit privé italien : A. TORRENTE/P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, 14^e éd., Milan, 1994, § 225, p. 376 ; P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, 12^e éd., Milan, 1998, § 252, p. 338.

191. *Supra*, (III.A.1) et, en général, Deuxième rapport, *op. cit.*, §§ 1-46.

192. *Supra*, note 194.

193. Deuxième rapport (Crawford), § 58, p. 27.

celui-ci que les critiques se font incessantes¹⁹⁴. Et dire qu'afin de prévenir ce qu'il croyait inéluctable, il s'exprimait très judicieusement ainsi :

« [i]l y aurait par contre quelques risques de confusion à vouloir assimiler trop strictement la distinction et les caractéristiques en question à celles qui sont familières aux juristes des systèmes de droit privé, et qui sont logiquement influencées par les aspects propres de ces autres systèmes socio-juridiques »¹⁹⁵.

Toutefois, comme le dit J. Crawford lui-même :

« [i]l ne s'ensuit pas pour autant, naturellement, qu'une distinction dont la signification et la justification sont claires dans les systèmes juridiques internes sera nécessairement appliquée de la même manière en droit international. La question doit être traitée sous l'angle adopté dans le projet d'articles, même s'il n'est pas celui de tel ou tel système de droit interne »¹⁹⁶.

Sacro-saintes paroles que celles-ci, mais l'on ne peut pas s'empêcher de se demander si cette louable démarche a été vraiment adoptée ou si elle ne s'est pas diluée dans les mille ruisselets des discussions au sein de la CDI. Il convient maintenant de passer en revue les raisons qui ont nourri le scepticisme du nouveau rapporteur spécial, le professeur Crawford, à propos de cette distinction. Celui-ci examine d'entrée de jeu la doctrine pour conclure finalement à « un manque d'intérêt » de sa part¹⁹⁷. Nous aimerions être un peu moins catégorique, en renvoyant le lecteur à nos observations ci-dessus (III. A.1).

M. Crawford s'attarde ensuite sur la jurisprudence internationale¹⁹⁸, et en particulier sur trois décisions dans lesquelles la distinction entre obligations de comportement et de résultat a été évoquée. Si l'une d'entre elles a déjà été mentionnée (épuisement des voies de recours internes) et l'autre sera examinée plus loin¹⁹⁹, la troisième, plus récente, mérite d'être signalée ici. Il s'agit de la sentence arbitrale rendue le 20 décembre 1998 dans les affaires A 15 (IV) et A 24 (*République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique*)²⁰⁰ :

« [l]e Tribunal doit analyser la question de façon plus approfondie. Les obligations découlant du Principe général B sont, d'une façon générale, des obligations de "résultat" plutôt que de "comportement" ou de "moyens" [...] À moins qu'il n'en ait été convenu autrement par voie de traité, le droit international général autorise

194. Le rapporteur lui-même ne cacha pas que « [t]oute la confusion venait du fait que la Commission avait adopté une distinction qui avait un certain sens et lui en avait donné un autre » (Rapport de la CDI à l'AG, 1999, *op. cit.*, § 184, p. 104) ».

195. Voy., dans le même sens, P. TAVERNIER, *op. cit.*, pp. 304 et s. ; D. ANZILOTTI, « Sugli effetti dell'inadempienza di obbligazioni internazionali aventi per oggetto una somma di danaro », *Rivista di diritto internazionale*, 1913, pp. 54-67 ; M. GIULIANO, *La Comunità internazionale e il diritto*, Padova, 1950, pp. 29, 306 et suiv. ; et même J. COMBACAU, *op. cit.*, p. 198.

196. Deuxième rapport (Crawford), § 58, pp. 27-28. *Contra*, 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 », *EJIL*, vol. 10 (1999), pp. 375-376. Et ce, même si cet éminent juriste s'empresse d'ajouter que « *Clearly the, the substantial problems do not lie with the terms themselves, but with reality they designate* » (p. 376). Voir les pages 378-382 pour l'explication savante de la distinction en droit interne français.

197. Deuxième rapport (Crawford), § 59, p. 28. Voy. *a contrario*, G. BARILE, « La structure de l'ordre juridique international. Règles générales et règles conventionnelles », *RCADI*, vol. 161 (1978-III), pp. 43, 114 (note 31).

198. *Cf. supra*, notes 176 et 178.

199. *Infra*, note 205.

200. Voy. Deuxième rapport (Crawford), § 65, p. 31.

un État à choisir les moyens voulus pour s'acquitter d'une obligation internationale dans le cadre de son droit interne »²⁰¹.

Le professeur Crawford formule deux réserves qui nuancent la portée – pourtant significative – de ce fragment. *Primo*, le Tribunal n'avait pas encore statué sur les faits pertinents ; *secundo*, le Tribunal « ne s'est absolument pas préoccupé des règles secondaires de la responsabilité »²⁰². Quant à la première objection, il n'y a rien à répondre car elle ne semble pas avoir de pertinence dans la discussion sur la distinction. Le Tribunal s'est servi de cette dernière et cela nous suffit amplement. Pour ce qui est de la deuxième réserve, il convient de dissiper un malentendu qui semble avoir la vie dure parmi les auteurs qui ont pourfendu cette distinction (telle qu'elle est appréhendée par R. Ago). Cette critique est omniprésente, mais elle ne nous semble pas correspondre à la vision de celui-ci. Comme nous l'avons vu, il ne cesse en effet de répéter que la typologie des obligations primaires *se reflète, se répercute* sur la typologie des obligations secondaires²⁰³.

Pour démontrer le caractère claudiquant de la distinction, James Crawford fait appel à la jurisprudence des tribunaux internationaux (ou autres organes assimilés à cette fin)²⁰⁴ en matière de droits de l'homme, qui ne l'auraient pas fait leur. La référence à la CEDH²⁰⁵ et au Comité des droits de l'homme ne semble cependant pas vraiment enporter la conviction, bien au contraire. On y lit par exemple :

« [l]a Cour relève d'abord que les conditions d'application de l'article 50 se trouvent réunies : la procédure qui s'est déroulée en Belgique après son arrêt (paragraphe 7 ci-dessus) n'a pas redressé la violation constatée à Strasbourg le 26 octobre 1984 ; elle n'a pas conduit à un résultat aussi proche d'une *restitutio in integrum* que la nature des choses s'y prêtait »²⁰⁶.

En revanche, la discussion sur des fragments choisis de la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme mérite que l'on s'y attarde. J. Crawford étaye son raisonnement sur le présupposé – que l'on ne peut que partager – selon lequel, dans certains cas, la simple promulgation d'une loi peut constituer d'emblée et *per se* la violation d'une ou plusieurs dispositions de la convention en question. Ainsi, l'épuisement des voies de recours internes n'étant pas requis, il n'y aurait pas de fait illicite « complexe ». Et pour cause, serions-nous tentés d'ajouter, puisqu'il s'agit d'une obligation de comportement et non de résultat qui seule est prise en compte pour la réalisation d'un fait illicite « complexe ». En revanche, dans d'autres cas, et pour d'autres dispositions de la convention :

201. *Loc.cit.* Voy. aussi *Le Procureur c. Blaskic (subpoenae)*, chambre d'appel du TPIY, §§ 43-44 (et note 64).

202. *Ibid.*, § 67, p. 32.

203. Voy. *infra*, p. 41.

204. *Contra* : « *The Tribunal must analyze the matter further. Obligations under General Principle B [de la Déclaration d'Alger] are generally speaking, obligations of "result" rather than of "conduct" or "means" »*, *Iran v. USA*, Cases A 15 (IV) & A 24, *op. cit.*, § 95 [souligné par nous].

205. Voy., *a contrario* : *Colozza c. Italie (Requête n° 9024/80)*, arrêt du 12 février 1985 : « Les États contractants jouissent d'une grande liberté dans le choix des moyens propres à permettre à leur système judiciaire de répondre aux exigences de l'article 6 par. 1 en la matière. La tâche de la Cour ne consiste pas à les leur indiquer, mais à rechercher si le résultat voulu par la Convention se trouve atteint » (§ 30 ; italiques ajoutées) ; *De Cubber c. Belgique (Requête n° 9186/80)*, arrêt du 26 octobre 1984, § 35 : « Sa [de la Cour] tâche consiste à rechercher s'ils ont atteint le résultat voulu par la Convention, non à leur indiquer les moyens à utiliser » [italiques ajoutées].

206. *De Cubber c. Belgique (Article 50)*, (*Requête n° 9186/80*), arrêt du 14 septembre 1987, § 21 [italiques ajoutées].

« il n'y a pas violation tant que l'État n'épuise pas tous les mécanismes dont il dispose pour obtenir le résultat voulu. Si, par ailleurs, le droit international exige l'adoption d'un certain comportement ou l'obtention d'un résultat déterminé dans un délai précis, la violation du droit international est constituée dès lors que le comportement de l'État diverge de celui qui est requis, ou à l'expiration du délai si le résultat n'a pas été obtenu »²⁰⁷.

Il nous semble à cet égard que les affirmations du professeur Ago ne sont pas à mille lieues de la position du gouvernement britannique et – surtout – de J. Crawford lui-même. Ce dernier voit d'ailleurs juste lorsqu'il met l'accent sur la primauté des règles primaires sur les règles secondaires et, conséquemment, leur interprétation ; cette distinction se retrouve à ces deux niveaux. De surcroît, précisait-il, il convient, afin d'identifier le type de fait internationalement illicite (composé ou complexe), d'interpréter soigneusement l'obligation en question. Bref, la détermination de la typologie de fait internationalement illicite dépend également de l'interprétation et de l'examen de l'obligation prétendument violée²⁰⁸. Faut-il dans ce contexte rappeler que R. Ago n'a eu de cesse d'insister sur l'importance de cette opération herméneutique et ses *répercussions* sur la construction de du fait internationalement illicite²⁰⁹ ? La détermination temporelle de celui-ci ne saurait faire abstraction de l'interprétation de la règle primaire qui contient l'obligation prétendument violée²¹⁰. Il suffit, *ad abundantiam*, de lire l'article 22 du projet 1996 :

« [l]orsqu'un comportement d'un État a créé une situation non-conforme aux résultats requis de lui par une obligation internationale concernant le traitement à réserver à des particuliers étrangers, personnes physiques ou morales, *mais qu'il ressort de l'obligation que ce résultat ou un résultat équivalent peut néanmoins être acquis par un comportement ultérieur de l'État*, il n'y a violation de l'obligation que si les particuliers intéressés ont épuisé les recours internes efficaces leur étant disponibles sans obtenir le traitement prévu par l'obligation ou, au cas où cela n'était pas possible, un traitement équivalent »²¹¹.

En conséquence, la distinction entre règles primaires et secondaires ne signifie nullement l'oblitération des rapports de subordination des secondes par rapport aux premières²¹². Ainsi l'affirmation de J. Crawford, suivant laquelle la question de savoir si la promulgation d'une loi contraire aux droits de l'homme constitue déjà « en soi une violation du droit international dépend du contenu et de l'importance de la règle primaire »²¹³. Nous ne saurions mieux exprimer ce concept qui fut d'ailleurs fait sien par R. Ago. L'interprétation dépend donc non seulement de la structure de la règle – aux fins de la détermination du type d'obligation contenue et conséquemment du degré de permissivité – mais également de l'importance sociale de celle-ci, de la valeur qu'elle défend. Dans cette

207. Commentaire du gouvernement du Royaume-Uni, cité par James Crawford *in op. cit.*, § 74, p. 36.

208. Voy. entre autres, R. LEFEBER, *op. cit.*, p. 84 et *infra*, note 209.

209. Suivi par la CDI en son texte 2001 (voy. Commentaire, *op. cit.*, pp. 147, 151-153) ; ECONOMIDES (2571^e séance, 12 mai 1999, *ACDI*, 1999, 25) : « Tout revient à l'interprétation des règles primaires ».

210. De même, P.M. DUPUY, *op. cit.* (1999), p. 384.

211. Italiques ajoutées.

212. La crainte exprimée par le rapporteur spécial nous paraît donc injustifiée, attendu que la bipartition entre règles primaires et règles secondaires avaient été fortement voulue, comme on le sait, par le professeur Ago. J. Crawford avait en effet appuyé la crainte, affichée par certains membres de la CDI, de voir le maintien de la classification des règles primaires « estomper la démarcation entre règles primaires et règles secondaires » (Rapport de la CDI à l'AG, 1999, *op. cit.*, § 163, p. 100).

213. *Ibid.*, § 78, p. 38.

optique, il convient de reproduire un fragment d'une décision de la chambre du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie :

« [g]énéralement, les États doivent, pour mettre en œuvre leurs obligations internationales conventionnelles ou coutumières, *adopter toute une série de mesures législatives et administratives*. Cependant, à quelques évidentes exceptions près, tout manquement à l'obligation d'adopter les lois d'application indispensables n'a qu'un *effet potentiel* : il n'y a de fait illicite que lorsque des mesures judiciaires ou administratives sont prises qui engagent la responsabilité de l'État, parce qu'elles contreviennent au droit international faute de lois d'application. *En revanche, s'agissant de la torture, l'obligation faite aux États de prendre sans délai des mesures internes d'application fait partie intégrante de l'obligation internationale d'interdire cette pratique [...].* Normalement, le maintien en vigueur ou l'adoption de lois internes contraires aux règles internationales n'engage la responsabilité de l'État en cause et, partant, n'ouvre un droit à la cessation et à la réparation (au sens large) que lorsque lesdites lois sont appliquées dans les faits. En revanche, s'agissant de la torture, le simple fait de maintenir en vigueur ou d'adopter une loi contraire à l'interdiction internationale de la torture engage la responsabilité internationale de l'État. *L'abolition de la torture a une telle valeur qu'il est vital d'interdire toute loi nationale qui autorise ou tolère cette pratique ou, en tout cas, pourrait avoir cet effet* »²¹⁴.

Ce long extrait – en sus de faire un clin d'œil à la distinction entre obligations de comportement et de résultat – met en exergue la différence entre les obligations découlant de règles primaires *ordinaires* et celles qui sont contenues dans des règles de *jus cogens*. La fameuse bipartition, introduite au *niveau ontologique* par le professeur Ago (le fameux article 19 du projet 1996) et finalement reléguée au seul niveau *phénoménologique* par le professeur Crawford (article 40 du texte 2001)²¹⁵, refait ici péremptoirement surface. Cette distinction a donc une portée fondamentale dans la mesure où elle engendre des conséquences aux fins de la détermination de l'illicéité. La valeur sociale accordée à un comportement prohibé par une norme de *jus cogens* – à la différence d'une norme ordinaire – fait en sorte que la protection qui l'entoure est bien plus intrusive dans l'ordre juridique étatique. En conséquence, la simple promulgation d'une loi qui, suite à l'interprétation de la norme primaire *ordinaire*, ne viole pas *per se* une obligation de résultat, enfreint *ipso jure* l'obligation contenue dans norme de *jus cogens*. La torture fait partie précisément de ce type d'obligations primaires²¹⁶.

En conséquence, et nous ne nous lasserons de le répéter, la subordination – logique et chronologique – des règles secondaires aux règles primaires non seulement ne porte pas atteinte à la nécessité de classer les premières mais, tout au contraire, ne fait que la mettre davantage en exergue. Craignant que cette distinction ne puisse devenir « source de malentendus », James Crawford a toutefois suggéré à la CDI de la supprimer dans le texte des articles. Les raisons dont il a fait état pour le justifier ne nous paraissent néanmoins pas très convaincantes et le rapporteur spécial lui-même avoue une « certaine hésitation » à ce propos²¹⁷. Nous avons déjà exposé ses réticences liées la jurisprudence ; il convient dès lors se pencher sur les autres motifs qui furent allégués. *Primo*, la

214. *Le Procureur c. Anto Furundja*, Chambre de première instance, Jugement du 10 décembre 1998, §§ 149, 150 (italiques ajoutées).

215. Sur le caractère insatisfaisant de ce déménagement-déclassement, voy. *Italian Practice Relating to International Law, IYIL*, vol. IX (1999), p. 239.

216. Cf. *supra* pp. 27 et s. (la question relative à la torture).

217. Deuxième rapport (Crawford), § 91, p. 42.

distinction serait « largement critiqué [e] par la doctrine »²¹⁸. L'affirmation, est un peu étonnante, le rapporteur spécial ne pouvant s'empêcher de constater quelques lignes plus loin qu'elle est « couramment utilisé [e], [et] parfois utile, par exemple, pour déterminer quand il y a eu violation, le cadre conceptuel qu'offre le droit international en matière de violation d'obligations internationales [étant] relativement pauvre »²¹⁹. Il le sera encore davantage avec sa suppression²²⁰. *Secundo*, l'autre impérieux motif semblerait être celui de la confusion terminologique. En effet, sous le couvert d'une identité sémantique, cette distinction est radicalement différente – en sa signification – de celle qui a cours dans les systèmes juridiques dérivés du droit romain. Le motif est-il déterminant, sachant que le rapporteur spécial lui-même s'est empressé d'affirmer à juste titre quelques paragraphes plus tôt que « [l]a question doit être traitée sous l'angle adopté dans le projet d'articles, même s'il n'est pas celui de tel ou tel système de droit interne »²²¹ ? Faut-il rappeler en effet la spécificité du droit international public en sachant que tout « principe général de droit » une fois « révélé »²²² dans l'ordre international risque de subir des modifications ?²²³ À cet égard, il convient de reproduire un long extrait d'une intervention de l'un des membres de la CDI lors de la deuxième lecture :

« [s]’agissant de l’inversion des effets de la distinction opérée par l’ancien rapporteur spécial Roberto Ago et la Commission à sa vingt-huitième session, en 1976 [...] le fait qu’elle soit passée inaperçue pendant tant d’années laisse à penser que la Commission devrait peut-être s’intéresser plus sérieusement au droit comparé. Cependant, si déroutante que puisse être l’interprétation de la distinction par Ago, elle ne justifie pas en soi l’abandon du concept si celui-ci a un intérêt réel. M. Simma pense que c’est le cas, mais que ce concept a une valeur plus cognitive que normative, et qu’il est sans aucun doute utile pour l’interprétation des règles primaires. De ce point de vue, peu importe que la plupart des obligations aient en réalité une nature hybride, ainsi qu’il est souligné dans le deuxième rapport »²²⁴.

218. Voy., en ce sens, E. WYLER, *op. cit.* (1991), pp. 907-908 et *supra* J. COMBACAU et J. SALMON, *op. cit.*, pp. 30 et s. *Contra, infra* note 243. Il faut néanmoins relever que le J ; Crawford avait affirmé peu auparavant que cette distinction avait été « largement ignorée » par la doctrine (*supra* note 197).

219. Deuxième rapport (Crawford), § 91, p. 42. C'est d'autant plus étonnant que, dans ses conclusions, le professeur Crawford affirme que ladite distinction est « désormais courante en droit international » (Rapport de la CDI à l'AG, 1999, A/54/10, p. 94, § 132).

220. Certains membres de la CDI avaient plaidé pour le maintien de la distinction car elle « permettait de déterminer le type d'obligation sans préjuger de ses conséquences ni lui appliquer des normes qualitatives » (Rapport de la CDI à l'AG, 1999, *op. cit.*, § 152, p. 98). Par exemple, M. Rodriguez Cedeño avait judicieusement relevé que « [l]'étude de l'obligation internationale est un élément fondamental de l'examen de la responsabilité internationale des États » (2570^e séance, 11 mai 1999, *ACDI*, 1999, vol. I, § 7).

221. Deuxième rapport (RSC), § 58, p. 28 ; *supra* p. 37.

222. Voy. R. QUADRI, « Droit international public », *RCADI*, Vol. 113 (1964-III), p. 351.

223. Voy. G. DISTEFANO, *op. cit.*, pp. 66-70.

224. B. SIMMA, (2571^e séance), 12 mai 1999, *ACDI*, 1999, vol. I, § 6. Dans son sillage : « les membres devraient se demander si le Rapporteur spécial a fourni suffisamment d'exemples de droit positif pour leur permettre de prendre une décision. Le droit positif a-t-il suffisamment changé depuis 1976 pour justifier l'abandon de la distinction entre obligations de comportement et obligations de résultat ? Si, comme M. Simma l'a dit, la distinction est reçue en droit international au niveau de la doctrine, il faudrait sûrement rechercher avec plus d'attention des applications de ce concept en examinant, par exemple, le droit de la mer et divers régimes particuliers. Le résultat pourrait bien être que la distinction a, après tout, sa place dans le projet d'articles sur la responsabilité des États » (G. PAMBOU-TCHIVOUNDA, *ibid.*, § 13). De même, C. ECONOMIDES (*ibid.*, § 24) insiste sur le fait que « [l]a distinction est essentiellement une distinction de doctrine, mais elle est de plus en plus utilisée dans la pratique ». Voy. également T.S. RAO (*ibid.*, § 40), P. TOMKA (*ibid.*, § 47), E.A. ADDO (*ibid.*, 35) (« la distinction entre obligations de comportement et de résultat est utile »). *Contra*, MM. GOCCO (*ibid.*, § 18), ROSENSTOCK (*ibid.*, § 21) et KATEKA (*ibid.*, § 39).

Ainsi on pourrait retourner la critique de Pierre-Marie Dupuy, lorsque cet insigne juriste souligne la nécessité de garder « *a formal categorization of obligations* »²²⁵ basée précisément sur la distinction telle qu'appréhendée par le droit civil français. Même si celle-ci diffère de celle prônée par le professeur Ago (et par le professeur Crawford en ce qui concerne l'obligation de prévenir un événement donné)²²⁶, il n'en reste pas moins qu'une taxonomie des obligations garde toute son utilité. Dommage donc qu'elle n'ait pas été retenue par la CDI dans le texte 2001. Au sujet de l'utilité d'une telle distinction – telle qu'appréhendée par R. Ago – il n'est pas oiseux de faire parler l'un des membres de la CDI qui s'exprime en toute candeur et humilité scientifique :

« [l]orsqu'il a siégé à la Commission pour la première fois, M. Sreenivasa Rao n'appréhendait pas bien la distinction entre règles primaires et secondaires, ou entre obligations de comportement et de résultat. Aujourd'hui, grâce aux articles 20 et 21, il en a saisi la signification et il n'est pas prêt à renoncer à la légère au moyen qui a lui permis de clarifier cette question. Les articles 20 et 21 ont un intérêt : ils permettent de poser une obligation en tant que règle primaire, prescrivant un certain comportement même si le résultat reste incertain, de telle sorte que les États peuvent être tenus pour responsables avant même tout résultat dommageable »²²⁷.

En fin de compte, on reste un peu sur sa faim lorsqu'on passe en revue les raisons qui militèrent pour le bannissement de la distinction introduite par le professeur Ago entre obligations de moyens et de résultat. Il semblerait que la véritable raison de l'expulsion de la distinction et donc, en amont, de la notion de fait internationalement illicite complexe, doive être recherchée dans le souci d'éviter une « codification excessive et inutile »²²⁸. Cette lame de fond à l'encontre de cette distinction n'a néanmoins pas entraîné la dislocation complète de l'édifice de la typologie des obligations internationales. James Crawford lui-même ne met nullement en doute le bien-fondé de la distinction comme « moyen de classer les obligations »²²⁹ ; au contraire il l'adopte implicitement en maintenant cette sous-espèce d'obligation de résultat (ou de comportement ?) qu'est « l'obligation de prévenir un événement donné » (article 14 CDI du texte 2001 et article 23 du projet 1996)²³⁰. Un étrange destin donc, dû peut-être à son appréhension radicalement différente par le nouveau rapporteur spécial, qui la considéra comme une « *“negative” obligation of result* »²³¹. Même si ce type d'obligation n'a pas été ici étudié, nous ne résistons pas à signaler qu'il a été également retenu – pour l'instant – par la CDI en matière de responsabilité des organisations internationales²³². Cette constatation représente un efficace bouclier à la flèche décochée par Pierre-Marie Dupuy lorsque celui-ci écrit que la signification originelle de la distinction permettait de « *render a faithful account of cases of state responsibility for breach of an obligation of due diligence* »²³³. En effet, il nous paraît que l'obligation de « prévenir un événement donné » — contenue dans l'article 23 du projet 1996 [article 14,

225. P.-M. DUPUY, *op. cit.* (1999), p. 382.

226. *Infra*, p. 42.

227. T.S. RAO (2571^e séance, 12 mai 1999, *ACDI*, 1999, §§ 41-42).

228. Rapport de la CDI à l'AG, 1999, *op. cit.*, § 186, p. 105.

229. *Ibid.*, § 68, p. 32.

230. Deuxième rapport (Crawford), §§ 81-87, pp. 39-41.

231. *Ibid.*, § 86.

232. Art. 10 § 3 du texte des projets d'articles sur la responsabilité des organisations internationales adoptés à ce jour à titre provisoire par la Commission (A/60/10, p. 89).

233. P.-M. DUPUY, *op. cit.* (1999), p. 378 ; *ibid.*, (1984), p. 51.

§ 3 du texte 2001] – n'est rien d'autre que l'intellectualisation, l'objectivation²³⁴ de la même obligation de *due diligence* et ce dans le pur esprit de toute l'œuvre de codification entreprise par la CDI – de R. Ago à J. Crawford – en vue d'expulser les éléments de subjectivité qui existaient dans la théorie de la responsabilité internationale avant l'œuvre maîtresse de D. Anzilotti de 1902.

Nous avons en conséquence constaté que le sort du fait internationalement illicite complexe dépend étroitement de la distinction entre obligations de comportement et de résultat : *simul stabunt, simul cadunt*. Il n'en va pas tout à fait de même pour ce qui est de l'imbrication de ce type de violation internationale avec l'épuisement des voies de recours internes²³⁵. Pour ce qui est de l'épuisement des voies de recours internes, James Crawford préféra ne pas se prononcer sur la nature substantielle ou procédurale de la règle, la CDI devant se borner à indiquer « clairement que, dans certaines situations, la responsabilité ne p[eut] pas être mise en œuvre avant l'épuisement des recours internes »²³⁶. L'article 22 du projet 1996 devint d'abord l'article 26 pour finalement se trouver relégué à l'article 44 du texte 2001 (recevabilité de la demande), puisque le rapporteur spécial considéra que l'épuisement des recours internes relevait davantage « de l'exercice plutôt que des origines de la responsabilité »²³⁷. Or, s'il est vrai que la CDI, suivant son rapporteur, préféra ne pas aborder la discussion sur la nature de la règle, il n'en est pas moins vrai qu'en la positionnant à cet endroit et en l'expulsant de la partie consacrée à l'élément objectif du fait internationalement illicite, elle prenait implicitement position à son égard. Quoi qu'il en soit, la CDI décida de renvoyer cette discussion aux travaux menés par elle dans le cadre de la protection diplomatique²³⁸.

S'il est vrai que la majeure partie des cas de faits internationalement illicites complexes se rapportent aux violations du droit des étrangers *lato sensu*, c'est-à-dire celles qu'on a coutume d'appeler « violations médiatees »²³⁹, il n'en est pas moins vrai que l'on retrouve des « faits complexes [...] qui n'impliquent pas l'épuisement de ces recours »²⁴⁰. James Crawford avait évoqué, dans le sillage de Roberto Ago, le déni de justice : la fameuse affaire *Laura Janes* est à cet égard emblématique. Les manquements successifs des autorités mexicaines (de l'exécutif au judiciaire en passant par l'administratif) – presque un acharnement de défaillances et autres négligences étatiques – suite au meurtre d'un ressortissant américain, constituaient une violation que l'on n'hésiterait pas à qualifier de fait internationalement illicite complexe²⁴¹. On recense par ailleurs une application originale de la notion de fait internationalement illicite complexe dans un domaine autre que celui du droit des étrangers, à savoir le droit international humanitaire et plus particulièrement l'obligation contenue à l'article 1^{er} commun

234. Voy. à cet égard, G. PAMBOU-TCHIVOUNDA (2568^e séance, 6 mai 1999, ACIDI, § 32).

235. Même si le rapporteur tend, en assimilant les deux notions, à en faire partager le sort (Rapport de la CDI à l'AG, 1999, *op. cit.*, §§ 195-198, pp. 108-109). De même, E. WYLER, *op. cit.* (1991), p. 904.

236. Rapport de la CDI à l'Assemblée générale (1999), Doc. A/54/10, p. 115, § 233.

237. Deuxième rapport (Crawford), § 148, p. 66 ; *infra*, note 269.

238. Rapport de la CDI à l'Assemblée générale (1999), Doc. A/54/10, p. 116, § 238. Il importe néanmoins de souligner que, de l'aveu même du rapporteur, « l'accord était général pour estimer que l'article ne devait pas préjuger de la nature de l'obligation d'épuisement des recours internes, laquelle pouvait varier d'une situation à l'autre », § 243, p. 117.

239. *Supra* III. A.1

240. Deuxième rapport (Crawford), § 126, p. 58.

241. *Laura M.B. Janes et al. (U.S.A.) v. United Mexican States* (Mexico / USA General Claims Commission), Decision of 16 November 1925, RSA, Vol. IV, § 20. Le juge Bedjaoui fit référence à la triple catégorisation des faits internationalement illicites eu égard au « temps » (c'est-à-dire : continus, composés et complexes) afin d'appréhender le comportement illicite de la (Tchéco-)Slovaquie consistant dans la planification et la construction de la Variante C (§§ 42-48). Voy. *infra*, note 268.

aux quatre conventions de Genève de 1949. Dans l'affaire *Nicaragua*, la Cour internationale de Justice a considéré que la distribution par les autorités des États-Unis d'un manuel de guerrilla aux *contras* nicaraguayens constituait une violation de la disposition précitée²⁴². Ce qui fit dire à un auteur :

« [*w*]henever humanitarian misdeeds were committed because the United States failed to prevent or obstruct them by methods and means of conduct of their own choice, this negligence of state officials constituted a breach of international obligations (Draft Arts. 23 and 25 (2)). The elaboration of the unlawful manual constituted a composite act in violation of Common Art. 1. The distribution of that manual, however, constitutes only the introductory element of this violation whereas the contra's misdeeds (Draft Art. 25 (3)) represent the last aggravating cause »²⁴³.

Toutefois, J. Crawford décoche une ultime flèche à l'encontre de ce type de fait internationalement illicite. En mettant côte à côte les faits illicites composés et complexes, il se demande pourquoi

« [*d*]ans le premier cas, on cherche à déterminer quel est dans la série le premier acte qui, considéré avec les actes précédents, suffit à constituer la violation (acte qu'on appellera « acte déterminant »). Dans le second cas, on considère le dernier acte de la série. Or, on n'explique pas à quoi tient cette différence »²⁴⁴.

Afin de répondre à cette question, nous renvoyons le lecteur aux observations du professeur Ago à ce propos et nous nous contenterons ici d'ajouter une glose en marge à celles-ci. Dans le fait composé, l'« acte déterminant » est représenté par le manquement de l'État qui révèle au grand jour – conjointement avec ses précédents agissements – l'existence d'une pratique contraire aux obligations internationales lui incombant. Cette pratique pourra bien évidemment se poursuivre après cet « acte déterminant », mais alors les agissements successifs n'ajouteront rien au fait internationalement illicite, bien qu'ils seront pris en considération aux fins de la détermination des modalités et des formes de la réparation²⁴⁵. Le fait illicite composé sera cependant « parachevé » à ce moment-là, et il incombera bien évidemment à l'État lésé d'en fournir la preuve s'il entend introduire une demande en responsabilité internationale.

En revanche, dans le cas d'un fait illicite complexe, l'« acte déterminant » doit par sa propre nature être le dernier acte qui rend irrémédiable, irratrapable la violation internationale perpétrée par l'État. Le *locus poenitentiae* a été épuisé, l'État ayant manqué – par ses différents organes – de remédier à son premier agissement non conforme à ses obligations²⁴⁶. Comme nous l'avons vu, le degré de permissivité dont jouit l'État à cet égard doit être évalué en interprétant la règle primaire violée. La structure et le contenu de celle-ci détermineront ainsi l'étendue du *locus poenitentiae* de l'État. Par définition donc, il ne peut plus y avoir de comportements – ou manquements – postérieurs à l'acte déterminant. Or, dans les deux catégories – composé et complexe – l'acte déterminant

242. *Op. cit.*, §§ 254-256.

243. T. KAMENOV, « The Origin of State and Entity Responsibility for Violations of International Humanitarian Law in Armed Conflicts », in *Implementation of International Humanitarian Law* (ed. by Frits KALSHOVEN & Yves SANDOZ), p. 198 (souligné par nous).

244. Deuxième rapport (Crawford), § 130, p. 59.

245. Voy. également le commentaire du texte 2001, *op. cit.*, p. 158, § 8.

246. La règle de l'épuisement des recours internes répond au besoin de « s'assurer que l'État dans lequel le manquement est intervenu ait la possibilité d'y remédier par ses propres moyens, dans le cadre de son ordre juridique interne », *Loewen c. États-Unis d'Amérique* (compétence), décision du 9 janvier 2001, *CIRDI*, § 71.

représente bel et bien le fait de l'État qui cristallise sa violation internationale. Seule change, tout naturellement, sa position diachronique. Les deux types de violations internationales ont donc en commun plusieurs aspects bien que les régimes soient différents. C'est pourquoi il nous paraît malheureux que le fait illicite complexe ait connu une destinée différente de celle du fait illicite composé.

Enfin, l'on ne peut pas s'empêcher d'observer que, en dépit de l'influence que le concept de fait internationalement illicite complexe a exercée sur la doctrine, la pratique des États²⁴⁷ et la jurisprudence, il a été expulsé du paradis de la codification pour se retrouver – au mieux – dans les limbes normatifs. Cela doit nous inciter à réfléchir de manière générale non seulement sur l'impact des travaux de la CDI sur le tissu du droit coutumier, mais également sur sa volatilité même puisque, du jour au lendemain (en tenant compte du rythme de sédimentation du processus coutumier), une notion pourtant importante²⁴⁸ a disparu et n'inspirera plus – ou en tout cas moins – les juristes. Jusques à quand ? On ne peut pas s'empêcher d'établir un parallélisme avec l'article 38 du projet de la CDI sur le droit des traités soumis à la conférence de Vienne en 1968. Cette disposition – qui codifiait la pratique subséquente en tant que cause de modification voire d'extinction des traités – ne fut finalement et malheureusement pas retenue par les États²⁴⁹.

En l'espèce, le caractère sensible et délicat de la responsabilité internationale des États appellerait à davantage de rigueur et de souplesse à la fois. La taxinomie des violations internationales complexes relève certes du développement progressif du droit international. Cela n'empêche que, pendant la période de son existence dans les travaux de codification de la CDI (*grosso modo* de 1978 à 1996), le concept de fait complexe n'a cessé d'influencer les juristes ou à tout le moins de susciter leur réflexion²⁵⁰. Or, soudainement, la communauté des savants, les magistrats internationaux et nationaux, les chancelleries d'États se voient signaler, par la CDI, que ce type de fait illicite n'a plus de droit de cité ; qu'en dépit de l'emploi qui en fut fait son existence ne fut qu'éphémère, sinon virtuelle. L'un des membres de la CDI l'a souligné en des termes très éloquents :

« [1]Le projet d'articles adopté en première lecture avait sa propre économie et faisait appel à des principes et des concepts – règles primaires et règles secondaires, obligation de comportement et obligation de résultat – qui, parce qu'il s'est écoulé trop de temps entre la première et la deuxième lecture, ont trouvé leur expression dans la pratique, y compris celle de la CIJ, et dans la doctrine. La simplification, nécessaire, doit donc aller de pair avec la préservation de la

247. Voy. entre autres la pratique italienne en matière de responsabilité internationale (*IYIL*, vol. IX (1999), p. 238) ; Mémoire du Nicaragua (Réparation), affaire des *Activités militaires au Nicaragua et contre celui-ci*, *CIJ Rec.*, vol. V, pp. 335-337.

248. Qui existe par ailleurs dans d'autres branches du droit international, comme l'extradition : A.G. MERINGHAC, *Traité de droit public international*, Paris, 1905, p. 761 : « Ces considérations amènent à distinguer suivant que les *faits complexes* ou connexes ont été commis au cours d'une insurrection, d'une guerre civile [...] » (italiques ajoutées).

249. L'auteur prit plaisir à livrer une vaine escarmouche *post articuli mortem* (« La pratique subséquente des États parties à un traité », ce: *Annuaire*, 1994, pp. 41-71).

250. Voy. *Deguss AG c. Commission*, arrêt du Tribunal de première instance des Communautés européennes (3e Chambre), 5 avril 2006, § 206 (« infraction constituant une situation de fait complexe ») ; *Terrorisme et droits de l'homme*, Commission internationale de juristes, éd. par F. ANDREU-GUZMÁN, Genève, 2002, p. 32 (faits internationalement illicites complexes et crime contre l'humanité). M. Lukashuk « rappelle en outre que le projet adopté en première lecture par la Commission a été utilisé par la CIJ, notamment dans l'affaire relative au Projet *Gabikovo-Nagymaros*. Une tendance se fait jour dans le développement progressif du droit international : la Commission énonce une règle dont elle est convaincue qu'elle existe ou devrait exister, et la C.I.J. reconnaît cette règle en tant que norme de droit international positif » (2570^e séance, 11 mai 1999, *ACDI*, 1999, vol. I, § 47).

stabilité, afin de ne pas créer la confusion en supprimant, modifiant ou traitant différemment des concepts qui ont déjà acquis une valeur et une importance reconnues. Qui plus est, bon nombre de questions soulevées par le projet adopté en première lecture ne risquent pas d'être résolues au stade de la deuxième lecture, parce que ces problèmes ont trait non pas à la substance de la responsabilité des États mais aux règles primaires. On ne saurait donc les régler par le recours aux règles secondaires »²⁵¹.

À la lumière de ce qui suit, nous ne pouvons pas nous empêcher de penser que la raison finale – au sens aristotélicien – de la suppression de la distinction des obligations (primaires), en amont, et du concept de fait complexe, en aval, doit être recherchée dans la simplification voulue par le dernier rapporteur spécial, qui a été suivi par la CDI²⁵². Or si elle a été à certains égards bienvenue, elle a pu paraître, en certains endroits, excessive. Si nombreux furent les membres de la CDI qui, avec James Crawford, ont souhaité un tel toilettage²⁵³, il n'en reste pas moins que d'autres encore ont jugé utile « d'élaborer une partie théorique très complexe du projet sans perdre de vue son application dans la pratique »²⁵⁴, ou encore de « conserve [r] la substance du projet qui a été examiné en première lecture et [de] ne la modifie [r] que si elle a des raisons très pertinentes de le faire »²⁵⁵.

B. « Vigueur » de l'obligation internationale et tempus commissi delicti
du fait étatique « complexe ».

Roberto Ago, conformément au principe énoncé à l'article 18, § 1^{er} du projet 1996²⁵⁶ et aux caractéristiques spécifiques du fait étatique « complexe », conclut que :

« [l]a condition pour qu'il y ait violation de l'obligation internationale est donc qu'il y ait eu un organe quel qu'il soit, qui par son action ou son omission ait déclenché le processus de la violation de l'obligation internationale une fois celle-ci entrée en vigueur »²⁵⁷.

La résolution de la question du droit intertemporel vis-à-vis du fait illicite « complexe » nous paraît convaincante, puisque non seulement elle respecte les principes régissant les effets dans le temps des actes juridiques, mais aussi parce qu'elle les modèle en fonction des spécificités du fait étatique complexe. Toutefois, certains auteurs critiquent le fait que l'obligation violée ne doive pas forcément être en vigueur au moment où le dernier « fait » de l'État parachève la violation « complexe », pour que l'on puisse aboutir à l'existence de celle-ci²⁵⁸. Les opposants à cette manière de voir font valoir que son acceptation constituerait une entorse grave au principe qui veut qu'il y ait simultanéité entre la « vigueur » de l'obligation et la violation de celle-ci (article 18, § 1^{er} du projet 1996)²⁵⁹, pour que

251. P.S. RAO (2570^e séance), 11 mai 1999, *ACDI*, 1999, vol. I, § 44.

252. Rapport de la CDI à l'AG, 1999, *op. cit.*, § 215, p. 111.

253. R. ROSENSTOCK (2568^e séance), 6 mai 1999, *ACDI*, 1999, vol. I, § 2, B. SIMMA (*ibid.*, § 8), G. PAMBOU TCHIVOUNDA (*ibid.*, § 30),

254. G. HAFNER (*ibid.*, § 14).

255. C. ECONOMIDES (*ibid.*, § 39).

256. Cette solution aurait réussi l'examen de l'article 13 du texte 2001 si ce dernier avait maintenu le fait complexe.

257. Cinquième rapport, *op. cit.*, § 70.

258. G. PERRIN, *op. cit.*, pp. 288-291.

259. *Cf. supra* I.2.

l'on puisse conclure à l'existence d'un fait internationalement illicite. Ils suggèrent que, pour que l'on puisse parler de fait internationalement illicite, l'obligation violée demeure en vigueur au moins jusqu'au dernier fait de l'État qui parachève la violation « complexe ». Ayant à l'esprit le concept de fait illicite « complexe », cette prise de position nous paraît intenable. Car, dans le cadre de ce type de fait d'État, le « chemin » délictueux, une fois qu'il a débuté, ne peut aboutir qu'à deux scénarios (*i.e.* assurer le résultat requis de l'État par l'obligation, ou ne pas l'assurer) : une fois enclenché, le processus de la violation ne peut plus être arrêté, à la différence du fait « composé » qui, jusqu'au moment où le dessein délictueux se manifeste, n'est qu'une masse inorganique de faits étatiques épars. C'est justement le premier comportement attribuable à l'État qui met en branle le processus de la violation, et c'est à ce premier agissement étatique que les comportements ultérieurs se réfèrent logiquement pour y remédier ou pour aggraver la situation juridique de l'État. Lors du premier agissement toutes les conditions pour qu'il y ait fait illicite sont réunies : le premier comportement détermine en effet les données incontournables de la violation. Toutefois, en raison du *locus poenitentiae* reconnu à l'État par la structure de l'obligation, le parachèvement de la violation ne s'effectuera qu'ultérieurement. En effet, les comportements successifs n'ajoutent rien quant à la substance du droit violé, l'envergure substantielle de la violation ayant été déterminée par la première décision. Dès lors, la responsabilité interne (ou, si l'on préfère, le contrôle interne de la licéité internationale des « faits ») de l'État est déjà engagée. Le processus de la violation pointe inexorablement vers la réalisation du fait illicite « complexe » si l'État n'y remédie pas à temps. La manière dont la question intertemporelle avait été abordée par le professeur Ago et la CDI à l'époque, semble donc ne pas inquiéter la majorité de la doctrine²⁶⁰ :

« Sur un tout autre registre, je ne parviens pas à imaginer qu'une action de l'État, inscrite comme un maillon dans une chaîne, ne puisse pas recevoir sa *coloration illicite* dès lors qu'elle s'achève par un dernier maillon reconnu lui-même illicite. Car, une fois le détournement du Danube réalisé, cet acte illicite devait « rétroactivement » servir de « révélateur chimique » pour colorer d'une teinte illicite l'ensemble des opérations de la variante C »²⁶¹.

L'on ne résiste pas à la tentation d'y discerner les échos lointains des plaidoiries de Roberto Ago dans l'affaire des *Phosphates* du Maroc...

Il y a lieu maintenant de s'attaquer à la détermination du moment et de la durée de la violation internationale par fait étatique « complexe ». Il va de soi que sont ici pertinentes, s'agissant des principes régissant la détermination des faits illicites, les considérations faites plus haut²⁶². Nous avons naguère observé en quoi le fait « complexe » se distinguait du fait « composé » (lui aussi « multiple ») et du fait « continu ». En conséquence, nous nous bornerons, dans les lignes qui suivent, à examiner l'incidence des spécificités du fait « complexe » sur la détermination de son *tempus commissi delicti*.

260. Voy., entre autres, J.D. GONZALEZ CAMPOS/L.I. SANCHEZ RODRIGUEZ/L.I. SANTA MARIA, *op. cit.*, p. 265 (voy. *supra* note 64) ; P. OESER/A. STEINIGER, *op. cit.*, pp. 84-88 ; Th. MERON, *Henry's Wars and Shakespeare's Laws : Perspectives on the Law of War in the Later Middle Ages*, Oxford, 1993, p. 68 (note 11) ; I. BROWNLIE, *op. cit.* (1983), p. 197. Bien avant les travaux de la CDI, voy. en ce sens A.V. FREEMAN, *The International Responsibility for Denial of Justice*, Genève-Liège (Thèse IUHEI n° 39), 1938, pp. 67-72, 105-116, 151-160.

261. *Projet Gabčíkovo / Nagymaros* (Hongrie c. Slovaquie), arrêté du 25 septembre 1997 (fond), *CIJ Rec.* 1997, opinion individuelle du juge Bedjaoui, § 42.

262. *Cf. supra* I.B & II.B.

Puisque la violation internationale par fait « complexe » se réalise avec le dernier comportement étatique qui met l'État dans l'impossibilité, de par son ordre interne, d'assurer le résultat requis de lui par l'obligation internationale, c'est le dernier comportement qui boucle l'« iter de la violation »²⁶³ et qui détermine par la même occasion le moment celle-ci. Toutefois, nous l'avons vu à propos de la vigueur de l'obligation, c'est le premier comportement qui non seulement met en branle le processus implacable de la violation « complexe », mais, surtout, qui détermine les caractéristiques essentielles de celle-ci. De ce fait, la résolution de la question de la durée du fait illicite « complexe », consacrée à l'article 25, § 3 du projet d'articles 1996, fait référence au premier comportement qui a obligé l'État à se rattraper par la suite, afin d'éviter le parachèvement de la violation. La durée du fait illicite « complexe » s'étend du premier comportement qui a manqué d'assurer le résultat requis de l'État par l'obligation, jusqu'au dernier comportement qui, en dernière analyse, n'a pas redressé la situation, a par conséquent parfait la violation « complexe » :

« [...] dans les cas où les conséquences de la violation de l'engagement international ne sont pas réparées par les tribunaux internes, la responsabilité internationale de l'État est censée exister non pas à partir du jugement définitif des tribunaux de l'État, mais à partir du jour où la violation de l'engagement international a été commise »²⁶⁴.

En ce qui concerne la pratique des États et la pratique jurisprudentielle il faut se référer à la masse copieuse des comportements étatiques et des espèces jurisprudentielles qui ont trait notamment aux questions de l'épuisement des voies de recours internes, du déni de justice (*lato sensu*), et à toutes les autres circonstances dans lesquelles un *locus poenitentiae* est accordé à l'État par la structure, le but et l'objet de l'obligation (voy. *supra* III. A) de sorte qu'une éventuelle violation ne pourra se réaliser que par étapes successives et avec la participation de plusieurs organes étatiques²⁶⁵.

A l'instar des autres modalités du fait illicite de l'État, le fait « complexe » trouve, lui aussi, son origine conceptuelle dans les plaidoiries du gouvernement italien lors de l'affaire des *Phosphates*. En ayant à l'esprit les faits et situations qui étaient à l'origine du différend, il faut y ajouter ceux qui avaient trait au prétendu déni de justice invoqué par la partie demanderesse.

Sous la rubrique « aspect plus limité du différend », le gouvernement italien fit valoir que la spoliation de certains de ses ressortissants contrevenait aux devoirs internationaux incombant à la France. Cette dépossession avait, selon lui, débuté en 1925 par la décision du service des Mines qui, se prévalant des *dahirs* de 1920 instituant le monopole, avait rejeté la demande d'un ressortissant italien, M. Tassara, qui voulait que lui fût reconnue la qualité d'inventeur des gîtes phosphatiers couverts par les permis (préalablement délivrés par le même service des Mines en 1918 et 1919, donc avant la promulgation des *dahirs*).

M. Tassara et tous ceux à qui fut cédée une partie des permis (à savoir la société « *Miniere e Fosfati* ») entreprirent en vain des démarches auprès des

263. Septième rapport, *op. cit.*, § 49 ; « el ultimo comportamiento que cerró el círculo de la violación de la obligación internacional », J.D. GONZALEZ CAMPOS/J.D. SANCHEZ RODRIGUEZ/L.I. PAZ ANDRES SAENZ DE SANTA MARIA, *op. cit.*, p. 268.

264. Affaire *Losinger* (Suisse c. Yougoslavie), *Recueil CPJI*, vol. C 78, p. 333 (Réplique de M. Stoykovitch [Yougoslavie]). Voy. de même, la déclaration du juge Koroma (CIJ), *infra* note 274.

265. « *The State will still be able to fulfil its obligations, provided that there is a higher authority able to reverse the decision impugned and thus create a situation compatible in every respect with the international required result* », I. BROWNLIE, *op. cit.* (1983), p. 274.

autorités judiciaires marocaines et françaises pour s'opposer à cette décision qu'ils estimaient léser leurs droits, protégés par l'acte général d'Algesiras. Par conséquent, après que les ressortissants italiens se virent refuser le recours gracieux qui seul, selon eux, aurait pu les rétablir dans leurs droits, le gouvernement italien prit fait et cause pour eux devant la Cour permanente. D'après le gouvernement italien, la décision du service des Mines de 1925 n'avait fait qu'amorcer une violation internationale, qui n'était devenue définitive et parfaite qu'en 1931 et en 1933, par le refus des autorités françaises de remédier, moyennant un recours gracieux ou par tout autre moyen qui pouvait satisfaire la demande des ressortissants italiens d'être réintégrés dans leurs droits, et non pas seulement de bénéficier d'une réparation²⁶⁶. Le refus définitif, en 1933, de redresser la situation dans le sens souhaité par les ressortissants italiens aurait parachevé l'« éviction » de ces derniers :

« [e]n effet, la spoliation des particuliers italiens titulaires des permis n'est devenue parfaite et définitive qu'avec le refus d'octroyer les voies de recours adéquates. Soit que l'on donne le nom de déni de justice à tout l'ensemble de cette infraction continuée au droit international... soit qu'on préfère réserver plus techniquement le nom de *déni de justice* au seul dernier acte, la conclusion reste toujours la même, c'est-à-dire l'infraction avec laquelle on est en présence s'est accomplie par le refus des remèdes effectifs »²⁶⁷.

Le fait illicite définitif ne se réalisera que par le déni de justice qui constitue l'« imprimatur » délictueux de l'État à ses comportements précédents. Le premier comportement, en effet, ne fera qu'amorcer une situation provisoire, bien que contenant déjà les prodromes de l'illicéité²⁶⁸. Dans n'importe quel processus administratif, cette situation transitoire est rendue définitive par la dernière décision. Nous devons voir dans le processus du fait illicite « complexe » un étalement de faits étatiques imbriqués les uns dans les autres suivant un même dessein, un même but, une même raison d'être. En cas d'issue positive (c'est-à-dire au cas où l'État remédie à ses comportements

266. Cf. F. POCAR, « Epuisement des recours internes et réparation en nature ou par équivalent », in *Le droit international à l'heure de sa codification. Etudes en l'honneur de Roberto AGO*, Vol. III, Milano, 1987, pp. 291-300.

267. Affaire des *Phosphates du Maroc*, *op. cit.*, C 84, pp. 491-492 (Observations et conclusions du gouvernement italien).

268. Voy. *supra* II.B. *A contrario*, voy., en ce sens, l'arrêt de la Cour internationale de justice (*Projet Gabčíkovo / Nagymaros*, *op. cit.*, § 79) sur les « travaux préparatoires entrepris par la Slovaquie aux fins de la mise en service de la Variante C, qui fut considérée par la Cour comme étant contraire aux obligations conventionnelles en vigueur entre les deux États : « [u]ne telle situation n'est pas rare en droit international, comme d'ailleurs en droit interne. Un fait illicite ou une infraction est fréquemment précédé d'actes préparatoires qui ne sauraient être confondus avec le fait ou l'infraction eux-mêmes. Il convient de distinguer entre la réalisation même d'un fait illicite (que celui-ci soit instantané ou continu) et le comportement antérieur à ce fait qui présente un caractère préparatoire et « qui ne saurait être traité comme un fait illicite » (voy. par exemple le commentaire de l'article 41 du projet d'articles sur la responsabilité des États, « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-huitième session, 6 mai-26 juillet 1996 », *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, supplément n° 10 (A/51/10)*, p. 164 et *Annuaire de la Commission du droit international*, 1993, vol. II, deuxième partie, p. 59, § 14) ». Or, si la (Tchéco-)Slovaquie avait poursuivi ses travaux et avait concrètement mis en fonction la variante C, alors il y aurait eu fait internationalement illicite (complexe) qui aurait rétroagit (dans le temps) au début de sa construction (novembre 1991). La science du droit connaît la notion de faits ou actes préparatoires : « les faits préparatoires, préliminaires (*Vorbereitungstatbestände*) qui préparent la constitution d'un autre fait [...] », E. DE SZASZY, *op. cit.*, p. 243. Donc si d'une part la Cour a raison d'affirmer qu'il n'y a pas (encore) de fait internationalement illicite de la part de la (Tchéco-)Slovaquie, elle aurait d'autre part dû étayer son raisonnement sur la notion de fait internationalement illicite complexe, comme l'un de ses membres, le juge Bedjaoui, l'a souhaité (*supra* note 241).

précédents) par le truchement, par exemple, de l'épuisement des voies de recours internes (ou par tout autre comportement conformément à l'article 21, § 2 du projet 1996)²⁶⁹, le comportement définitif de l'État brise ce processus, en interrompant par là le mécanisme de la réalisation de la violation internationale par fait « complexe »²⁷⁰. En cas d'issue négative, le dernier comportement (par exemple la décision définitive et sans appel) met un terme au caractère provisoire de la situation (qui deviendra ainsi un *factum praeteritum*), et marque la « transsubstantiation » de l'illicéité internationale.

En tout état de cause, la Cour permanente de justice internationale a réfuté dans l'affaire des *Phosphates* la manière de voir prônée par le gouvernement italien et a adopté ce que nous pourrions appeler un profil bas dans l'important débat entre des défenseurs de la nature « procéduraliste » (J. Basdevant) ou « substantialiste » (R. Ago) de la règle de l'épuisement des recours internes :

« [e]n pareil cas, le prétendu déni de justice constitué, soit par une carence de l'organisation judiciaire, soit par le refus de recours administratifs ou extraordinaires destinés à y suppléer, ne peut que laisser subsister le fait internationalement illécite. Il n'exerce aucune influence ni sur sa consommation ni sur la responsabilité qui en dérive »²⁷¹.

D'aucuns ont stigmatisé le « cynisme » du professeur Ago, dès lors qu'il situe la détermination du moment de la violation « complexe » au dernier comportement, brisant ainsi les liens souhaités entre éthique et droit²⁷². Du point de vue pratique cependant, il n'en irait pas différemment si l'on devait épouser l'acceptation « procéduraliste » de la règle. À défaut d'épuisement des voies de recours internes, et même si la violation internationale est parfaite et définitive, l'État de nationalité n'est pas en mesure de protéger son ressortissant en raison de

269. Il était temps, en effet, de clarifier une ambiguïté qui aurait pu surgir relativement aux rapports conceptuels entre la notion de fait étatique « complexe » et l'épuisement des voies de recours internes. Ce mécanisme et la catégorie des obligations de résultat concernant le traitement des étrangers ne sont pas les seuls à être englobés dans la notion de fait « complexe ». Ce dernier couvre en effet toutes les situations dans lesquelles un premier comportement ayant manqué d'assurer le résultat requis de l'État par l'obligation (qui sera évidemment... de résultat), ne compromet pas définitivement l'État si celui-ci, par des comportements ultérieurs, y remédie en garantissant le même résultat ou un résultat équivalent. Nous nous référons ici aux cas envisagés par l'article 21 du projet 1996. Par conséquent, les situations envisagées par le concept de fait « complexe » vont au-delà des cas visés à l'article 22, bien que ces derniers représentent les exemples les plus nombreux.

270. Voy., en ce sens, l'affaire du *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis* (Estonie c. Lituanie), *Recueil CPJI C* 86, p. 276 (contre-mémoire du gouvernement lituanien) ; « [i]l convient de tenir compte du fait qu'aussi longtemps que les actes des organes d'un certain État, présumés porter atteinte aux engagements internationaux de cet État, peuvent être invalidés par des instances nationales, il ne saurait être question d'un délit international accompli, [...] », affaire relative à *l'administration du Prince Von Pless* (Allemagne c. Pologne), *Recueil CPJI C* 70, p. 135 (contre-mémoire préliminaire de la Pologne).

271. *Op. cit.*, p. 28. On ne peut qu'opiner avec M. Staedtler, lorsqu'il regrette qu'« une décision de la plus haute juridiction internationale sur la exception déduite du défaut d'épuisement des recours internes eût contribué à fixer l'une des questions que soulève la pratique des réclamations diplomatiques. Cette joie a été refusée aux juristes », *op. cit.*, p. 326 ; voy. aussi les perplexités quant au raisonnement suivi à cet égard par la Cour (« Urteil des ständigen Internationalen Gerichtshofes vom 14 juni 1938 in dem italienisch-französischen Streit über die Phosphatvorkommen in Französischen Marokko », *ZaöRV*, 1938, pp. 754-758) : « la Corte ha messo da parte la realtà e certi principi ormai acquisiti alla teoria generale dei fatti giuridici », R. MONTAGNA, *op. cit.*, p. 145. Au paragraphe 48 du septième rapport, le professeur Ago présente deux décisions de la Commission européenne des droits de l'homme qui corroboreraient sa manière de voir, et celle de la CDI (jusqu'en 1996), quant à la détermination du *tempus commissi delicti* d'un fait illicite « complexe » ; de même, E. Oeser, B. Graefrath et P.A. Steiniger concordent avec cette prise de position de la CDI (jusqu'en 1996) quant à la détermination du *tempus commissi delicti* (*op. cit.*, p. 87).

272. G. PERRIN, *op. cit.*, p. 290.

l'impossibilité d'enclencher le mécanisme de la protection diplomatique²⁷³. Par conséquent, on aboutit au même résultat et la manière de voir à laquelle la CDI s'était finalement ralliée en 1996 ne présentait aucun hiatus entre éthique et droit, du moins pas plus que la conception « procéduraliste ». De surcroît, la solution adoptée par la CDI en 1996 paraissait au contraire accabler davantage l'État auteur d'un fait illicite « complexe ». En effet, la violation s'étend du premier fait non conforme à l'obligation internationale jusqu'au dernier fait qui scelle la perpétration de l'illicéité. Ainsi, contrairement à la conception procéduraliste qui n'identifie qu'un fait internationalement illicite instantané, le fait « complexe » appréhende un fait illicite « multiple », bref une situation d'illicéité se prolongeant dans le temps. Or, puisque, aussi longtemps que les voies de recours internes n'ont pas été épuisées, l'on ne peut pas mettre en cause la responsabilité internationale de l'État fautif, il s'ensuit que le fait « complexe », loin de favoriser l'État responsable, étire dans le temps son illicéité. Au point de vue des conséquences du fait internationalement illicite, cet étirement dans le temps n'est donc pas sans pertinence. Les modalités et les formes de la réparation en tiendront assurément compte.

Sous un autre angle, l'importance pratique de la détermination du *tempus commissi delicti* au regard de la (double) limitation *ratione temporis* de la compétence est tout aussi évidente²⁷⁴ : seraient exclus de la compétence du tribunal tous les différends dont les faits (ou situations) générateurs sont antérieurs à la date critique, en entendant par ceux-ci le(s) dernier(s) comportement(s) étatiques ayant mis l'État dans l'impossibilité d'assurer le résultat requis de lui par l'obligation enfreinte. La détermination du *tempus commissi delicti* d'un fait internationalement illicite complexe a été également considérée utile aux fins du calcul de la réparation suite à l'émergence de la responsabilité internationale²⁷⁵.

Épilogue

La théorisation des modalités des faits étatiques illicites conçue par le texte de 2001 – le fait « complexe » en moins – répond à la nécessité, souvent ressentie en droit international, d'ancrer les violations internationales dans la dimension temporelle. À cet égard, l'adoption par la CDI des dispositions qui ont fait l'objet de nos commentaires ne peut qu'être saluée. Au fil de ces pages nous avons essayé de mettre en exergue l'importance pratique d'une telle systématisation, à savoir (entre autres) les limitations *ratione temporis* de la compétence juridictionnelle²⁷⁶ ou encore les modalités de la réparation.

D'un point de vue strictement juridique, certains aspects de cette théorisation ne font cependant pas l'unanimité. Cela se comprend de par la nouveauté de la tentative et de par l'originalité avec laquelle la CDI a procédé à la systématisation

273. Hormis les cas où, en vertu d'une clause conventionnelle, l'épuisement des voies de recours internes n'est pas requis (voy. affaire de l'*Eletronica sicula*, *op. cit.*, § 50). Dès lors, que l'on soit « procéduraliste » ou « substantialiste », il y aura violation internationale à partir du premier comportement non conforme à l'obligation.

274. Voy., en ce sens, l'affaire relative à la *Licéité de l'emploi de la force* (Yougoslavie c. Belgique), ordonnance du 2 juin 1999, *CIJ Rec. 1999*, déclaration du juge Koroma.

275. Mémoire du Nicaragua (Réparation) (affaire des *Activités militaires au Nicaragua et contre celui-ci*), *CIJ, Rec. vol. V*, p. 335.

276. Cf. notamment : *Droit de passage en territoire indien* (Portugal c. Inde), arrêt du 26 novembre 1957 (exceptions préliminaires) ; *Certains emprunts norvégiens* (France c. Norvège), arrêt 6 juillet 1957 (exceptions préliminaires) ; *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie* (Belgique c. Bulgarie), arrêt du 4 avril 1939 (exception préliminaire), *Recueil CPJI A/B n° 77*. Dans toutes ces affaires, la partie défenderesse a fait valoir la limitation temporelle « faits et situations postérieurs ».

des diverses espèces de faits étatiques. Toutefois, même si l'on ne partage pas la vision dualiste des rapports entre les ordres juridiques international et interne, cette théorisation garde toute sa validité scientifique et normative²⁷⁷. En conclusion, nul ne saurait nier la valeur ajoutée du concept de fait illicite « multiple » (« composé » et « complexe ») comme outil juridique aux fins de la « *rilevazione* » et de la qualification d'illicéité d'un comportement étatique en contraste avec certains engagements internationaux de l'État.

C'est justement à cet égard que ressort l'esprit pénaliste de R. Ago qui a – comme nous venons de le voir – des origines lointaines²⁷⁸. Seul ce type d'enquête juridique, cependant, nous aiderait à appréhender (et par conséquent à qualifier) certains phénomènes étatiques qui, autrement, seraient difficiles à saisir sous l'angle des règles de la responsabilité internationale. De fait, la plausibilité de cette systématisation juridique des faits illicites dépend du caractère multi-forme des faits et comportements étatiques²⁷⁹.

De surcroît, à la lumière de l'évolution de la science juridique en droit international, il est intéressant de remarquer que si, en 1938, cette systématisation avait laissé perplexe la CPJI – à l'occasion de l'affaire, souvent citée, des *Phosphates du Maroc*²⁸⁰ – elle semble avoir conquis, par la suite, la faveur des organes juridictionnels, dont la pratique en reflète l'application *in concreto*.

En conclusion, nous devons confesser en toute honnêteté que nous avons en quelque sorte été subjugués par la rigueur et l'originalité de ce façonnement des modalités des violations internationales eu égard au facteur « temps ». Nous sommes néanmoins en excellente compagnie puisque, jadis, l'éminent juriste qui s'employa à la réfuter, M. Basdevant, s'exprima ainsi à son propos : « [c'est une doctrine nouvelle... elle fait le plus grand honneur à l'imagination de son auteur [...]] Cette entreprise est conduite par un pilote habile et de façon si séduisante qu'on se laisse volontiers bercer au cours de cette navigation »²⁸¹.

Quant aux perspectives d'une conclusion conventionnelle du projet laissons la parole au commanditaire de l'action de codification, l'Assemblée générale des Nations Unies qui :

« *Recommande une fois de plus les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite à l'attention des gouvernements, sans préjuger la question de leur future adoption ou autre décision appropriée [et] Prie le Secrétaire général d'inviter les gouvernements à soumettre leurs observations écrites concernant la décision à prendre au sujet des articles* »²⁸².

277. En l'espèce, le caractère sensible et délicat de la responsabilité internationale des États appellerait à davantage de rigueur et de souplesse à la fois. Même si l'on devait admettre que la taxonomie des violations internationales complexes relève du développement progressif du droit international, l'on ne pourrait cependant pas passer sous silence que, pendant la période de son existence dans les travaux de codification de la CDI (grosso modo de 1978 à 1996), le concept de fait internationalement illicite complexe n'a cessé d'influencer les juristes ou à tout le moins de susciter leur réflexion.

278. R. AGO, « La colpa nell'illecito internazionale », in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Vol. III, Padova, 1940, pp. 177-206 [réimprimé in R. AGO, *Scritti sulla responsabilità internazionale degli Stati*, Vol. I, Naples, 1979, pp. 271-302].

279. Voy. *supra*, note 8.

280. À cet égard, nous ne partageons pas l'opinion de R. Ago, selon laquelle la Cour n'aurait pas nié la validité de la théorie italienne des faits illicites, mais qu'elle n'en aurait contesté que l'application *in specie* (Sixième rapport, *op. cit.*, § 69 ; Septième rapport, *op. cit.*, § 47).

281. Affaire des *Phosphates du Maroc*, *op. cit.*, C 85, pp. 1293 et 1294 (Réplique de Basdevant).

282. Résolution 59/35 du 2 décembre 2004.

Annexe

Type de fait illicite	Projet de 1996	Texte de 2001
Instantané	« La violation d'une obligation internationale par un fait de l'État ne s'étendant pas dans le temps se produit au moment où ce fait est accompli. La perpétration de cette violation ne s'étend pas au-delà dudit moment, même si les effets du fait de l'État se prolongent dans le temps » (art. 24)	« La violation d'une obligation internationale par le fait de l'État n'ayant pas un caractère continu a lieu au moment où le fait se produit, même si ses effets perdurent » (art. 14 § 1)
Continu	« La violation d'une obligation internationale par un fait de l'État ayant un caractère de continuité se produit au moment où ce fait commence. Toutefois, le temps de perpétration de la violation s'étend sur la période durant laquelle ce fait continue et reste non conforme à l'obligation internationale » (art. 25 § 1 ^{er})	« La violation d'une obligation internationale par le fait de l'État ayant un caractère continu s'étend sur toute la période durant laquelle le fait continue et reste non conforme à l'obligation internationale » (art. 14 § 2)
Composé (Projet 1996) ou composite (Texte 2001)	« La violation d'une obligation internationale par un fait de l'État composé d'une série d'actions ou omissions relatives à des cas distincts se produit au moment de la réalisation de celle des actions ou omissions de la série qui établit l'existence du fait composé. Toutefois, le temps de perpétration de la violation s'étend sur la période entière à partir de la première des actions ou omissions dont l'ensemble constitue le fait composé non-conforme à l'obligation internationale et autant que ces actions ou omissions se répètent » (art. 25 § 2)	« 1. La violation d'une obligation internationale par l'État à raison d'une série d'actions ou d'omissions, définie dans son ensemble comme illicite a lieu quand se produit l'action ou l'omission qui, conjuguée aux autres actions ou omissions, suffit à constituer le fait illicite. 2. Dans un tel cas, la violation s'étend sur toute la période débutant avec la première des actions ou omissions de la série et dure aussi longtemps que ces actions ou omissions se répètent et restent non conformes à ladite obligation internationale » (art. 15)

Complexe	« La violation d'une obligation internationale par un fait de l'État complexe, constitué par une succession d'actions ou omissions émanant des mêmes ou différents organes étatiques intervenant dans une même affaire, se produit au moment de la réalisation du dernier élément constitutif dudit fait complexe. Toutefois, le temps de perpétration de la violation s'étend sur la période entière allant du comportement qui a amorcé la violation à celui qui l'a parachevée » (art. 25 § 3)	Supprimé
----------	---	----------

Le texte de 2001 intègre l'article 18 du projet 1996 dans la définition de la typologie des faits internationalement illicites. L'article 18 disparaît donc, hormis son paragraphe 1^{er} – devenu l'article 13 actuel – qui énonce le premier principe du droit intertemporel, à savoir « *tempus regit factum* ».