

Réponses à la question 1, a)

A. PELLET

Professeur à l'Université de Paris X — Nanterre

S. SZUREK

Professeur à l'Université de Rennes

QUESTION 1 A)

Au point de vue du droit international général,

Peut-on considérer que le droit international de la responsabilité *inter-étatique* admet la détresse, la nécessité, la légitime défense ou les représailles comme causes de justification d'une agression internationale, d'un génocide, d'un crime contre l'humanité ou d'un crime de guerre?

I. — OBSERVATIONS PRÉLIMINAIRES

1.1. La question posée conduit à se demander si, selon le droit international général, certaines circonstances dans lesquelles l'Etat se trouverait — détresse, nécessité, légitime défense ou recours aux représailles —, peuvent justifier la commission d'actes contraires au droit international tels qu'une agression, un génocide, un crime contre l'humanité ou un crime de guerre, sans perdre la qualité de circonstances excluant l'illicéité que le droit international de la responsabilité *inter étatique* leur reconnaît. Il s'agit donc de déterminer, au regard d'un certain type d'actes, s'il y a des limites à la portée de ces circonstances ou inversement si l'Etat peut se prévaloir de certaines justifications au regard de ces actes pour échapper à la mise en œuvre de sa responsabilité internationale.

L'importance de la question, mais aussi sa difficulté, justifient de tenter de la cerner d'un point de vue général. En effet, l'interrogation posée touche à des points délicats, soit qu'ils prêtent à controverse, soit qu'ils renvoient à un aspect encore peu développé et donc consolidé du droit international public. Ce préalable paraît donc indispensable à la compréhension et à la justification des réponses qui peuvent être apportées.

A. — *Nature des obligations internationales dont la violation est constitutive des infractions mentionnées à la question 1 a)*

1.2. Les infractions visées à la question 1 a), agression, génocide, crime contre l'humanité, crime de guerre, consistent en des violations graves d'obligations, notamment conventionnelles, relevant du droit international

humanitaire, du droit des conflits armés ou des règles de protection internationale des droits de l'homme, mais dont on peut considérer aussi qu'elles ont valeur coutumière, ce qui justifie de les appréhender du point de vue du *droit international général*.

Nombre des obligations en cause ont eu d'ailleurs une origine coutumière avant d'être posées par voie conventionnelle. La C.I.J. l'a affirmé à propos de la Convention sur le génocide : Les principes qui sont à la base de la Convention sont des principes reconnus par les nations civilisées comme obligeant les Etats même en dehors de tout lien conventionnel (1). Plus récemment, comme on a pu le souligner, le Secrétaire général des Nations Unies, dans son rapport sur la constitution du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie, a tenu pour faisant partie du droit international coutumier le Règlement de La Haye de 1907, le Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg de 1945, la Convention sur le crime de génocide de 1948 et les Conventions de Genève de 1949, ce qui a été approuvé sans réserve par le Conseil de sécurité (2).

On peut donc tenir pour acquis que les obligations ou normes dont les violations sont constitutives des actes énumérés à la question 1 a) sont des normes du droit international général et que leur violation relève donc, à ce titre, des règles établies en matière de responsabilité interétatique.

Il est néanmoins nécessaire, aux fins de circonscrire le jeu des circonstances excluant l'illicéité, de s'interroger également sur la qualité particulière de ces normes, en tentant de déterminer plus précisément leur appartenance ou non, au droit impératif.

L'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, qui consacre l'existence des normes impératives comme étant acceptées et reconnues par la communauté internationale des Etats dans son ensemble, reconnaît dans l'article 60 relatif à l'extinction d'un traité ou à la suspension de son application comme conséquence de sa violation que [l]es paragraphes 1 à 3 ne s'appliquent pas aux dispositions relatives à la protection de la personne humaine contenues dans des traités de caractère humanitaire, notamment aux dispositions excluant toutes formes de représailles à l'égard des personnes protégées par lesdits traités. (Article 60 § 5).

De leur côté, les conventions de droit humanitaire affirment le caractère absolu de leurs prescriptions qui s'imposent en tout temps et en tout lieu et qui doivent être respectées en « toutes circonstances » (v. Article 1^{er} commun aux 4 CG; article 1^{er}, alinea 1 du Premier Protocole additionnel de 1977; art. 3 commun aux 4 Conventions de Genève; article 4 du II^e Proto-

(1) C.I.J., *Reserves à la Convention sur le génocide*, Avis consultatif, *Recueil*, 1951, p. 23.

(2) V. A/ RES/827 (1993) du 25 mai 1993, par.2; v. Eric DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 55 et note 1.

cole additionnel de 1977 à ces conventions) (3). Or, les règles impératives tirant leur fondement d'un ordre supérieur à la volonté des Etats lient en toutes circonstances (4), comme le remarquait Paul Reuter, mais non parce qu'un traité *en tant que tel* peut conférer un caractère impératif absolu à une règle juridique. Les conventions humanitaires contiennent des clauses prévoyant leur dénonciation, qu'il s'agisse des Conventions de Genève, dénonçables *ad nutum*, ou de l'article 99 du Protocole I de 1977, de l'article 25 du Protocole II, ou des articles XIV et XV de la Convention sur la prévention et la répression du crime de génocide du 9 décembre 1948. Si donc une telle obligation existe, ce ne peut être qu'en vertu d'une *opinio juris* particulièrement forte (5).

Il en résulte que les obligations conventionnelles qui sont tenues aussi pour des obligations coutumières de *jus cogens* sont impératives, et ceci, à l'exclusion de toute autre obligation. Une confirmation de cette interprétation semble pouvoir être trouvée dans l'article 60 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, ainsi que le critère distinctif entre normes dispositives et normes impératives, puisqu'il vise les dispositions relatives à la *protection de la personne humaine et notamment*, mais pour les besoins de l'article 60, les repréailles.

Il est vrai que, selon certains auteurs éminents, l'ensemble du droit international humanitaire serait constitué aujourd'hui de normes coutumières impératives. C'est l'opinion de Jean Pictet qui considère que les normes du droit humanitaire ont un caractère impératif (*jus cogens*) et non dispositif (6). L'obligation de respecter en toutes circonstances le droit international humanitaire figurant à l'article 1^{er} commun aux 4 CG est tenue pour une règle de *jus cogens*, car comme le souligne Jean Pictet dans le Commentaire aux CG, l'article 1^{er}, loin d'être une simple clause de style a été volontairement revêtu d'un caractère impératif. Il doit être pris au pied de la lettre (7). Dans une contribution, qui fait également autorité, Luigi Condorelli et Laurence Boisson de Chazournes soulignent le fait que « [s]ans aucun doute, (...) les Etats sont astreints au respect inconditionnel du droit humanitaire » (8), paraissant ainsi partager l'opinion de son caractère impératif.

(3) V. également ERIC DAVID, « L'excuse de l'ordre supérieur et l'état de nécessité », *R.B.D.I.*, 1978-1979, pp. 65-84.

(4) PAUL REUTER, *Introduction au droit des traités*, Paris, P.U.F., 2^e édition, 1985, p. 120, n^o 211.

(5) *Id.*

(6) JEAN PICTET, *Développement et principes du droit international humanitaire*, Institut Henry-Dunant, Editions A. Pedone, Genève, Paris, 1983, p. 105.

(7) *Les Conventions de Genève du 12 août 1949, Commentaire publié sous la direction de Jean S. Pictet*, Genève, C.I.C.R., 1952, pp. 21-22.

(8) « L'obligation de « respecter et de faire respecter » le droit international humanitaire en toutes circonstances », In, *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, Ch. Swinarski ed., CICR, Martinus Nijhoff Publishers, Genève, La Haye, 1984, (pp. 17-36), p. 22.

Mais dans l'affaire *Tadic*, la Chambre d'appel du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie adopte une position plus prudente. Concernant le droit que le Tribunal international est autorisé à appliquer, cette dernière retient, « en plus du droit international coutumier, tout traité qui (...) ii) ne s'oppose pas ou ne déroge pas aux normes impératives du droit international, comme dans le cas de la plupart des règles coutumières du droit international humanitaire » (9). Le tribunal vise ainsi *la plupart* des règles mais non l'intégralité de celles-ci.

Il n'entre pas dans le caractère de cette étude, à supposer que cela soit possible, de chercher à déterminer, *ex abrupto*, quelles règles seraient impératives, quelles autres ne le seraient pas. Dans l'immédiat, il suffit de souligner que si un accord général se dessine nettement en droit international pour tenir désormais les règles du droit humanitaire, dans leur majorité, pour des normes de *jus cogens*, il paraît prématuré d'affirmer que la totalité de ce droit a acquis valeur impérative. Aux fins de l'examen des rapports entre la violation de telles normes et le droit de la responsabilité inter étatique, cette conclusion peut être provisoirement suffisante.

B. — *Responsabilité étatique, responsabilité individuelle et circonstances excluant l'illicéité*

1.3. L'un des développements les plus remarquables de l'ordre juridique international, ces dernières années, tient à l'affirmation de la responsabilité pénale individuelle pour les infractions en cause et à la mise sur pied de juridictions pénales internationales, renouant ainsi avec l'immédiat après-guerre et les précédents de Nuremberg et de Tokyo. Des individus sont de nouveau appelés à répondre des crimes de génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre et pourront l'être de façon permanente dès que sera instituée la Cour pénale internationale.

Paul Reuter qui avait pressenti ces évolutions estimait que « ces nouveaux développements viennent plutôt se constituer en marge de la théorie générale [de la responsabilité] et n'en altèrent pas la portée » (10). Il n'en demeure pas moins que l'affirmation d'une responsabilité pénale individuelle rend plus complexe l'appréhension de la responsabilité interétatique « classique » quand il s'agit d'examiner la portée de cette dernière par le jeu de circonstances excluant l'illicéité pour des actes constitutifs d'infractions dont, jusqu'ici, les individus seuls ont pénalement à répondre, si l'on excepte le cas très particulier des réparations de guerre.

Des liens, dont l'importance théorique et pratique est évidente, existent entre la responsabilité étatique et la responsabilité individuelle. Une thèse récente a cherché à démontrer qu'il était possible « de rattacher le phéno-

(9) IT-94-16T, Appel, *Tadic*, Compétence, § 143.

(10) Paul REUTER, *Droit international public*, Paris, Dalloz, 1973, pp. 175-176.

mène de responsabilité pénale individuelle aux conséquences que le droit international fait découler de certains actes illicites, particulièrement graves, de l'Etat » (11), et que la responsabilité pénale de l'individu pouvait être décrite « comme une manifestation non exclusive d'un régime de responsabilité pour crime d'Etat » (12).

On peut ne pas partager l'opinion selon laquelle derrière tout crime de l'individu, il y aurait crime d'Etat. Si certains des actes mentionnés dans la question 1 a) ne peuvent être que des actes de l'Etat, comme l'agression et sans doute le génocide, comme en atteste leur qualification de crime d'Etat au sens de l'article 19 du projet adopté en 1996 en première lecture par la Commission du Droit international (13), il n'en va pas de même des autres crimes. En effet, les crimes contre l'humanité, qui peuvent être commis en temps de paix ou en période de conflit armé, et surtout les crimes de guerre, sont d'abord le fait d'individus et ne mettent pas forcément en cause, notamment pour ces derniers, l'Etat ou la politique étatique. Des liens n'en existent pas moins, que les travaux de la Commission du Droit international établissent peu.

Certes, en abordant la question de la responsabilité inter étatique, la Commission n'avait aucune raison de s'intéresser à l'individu, sinon pour envisager, selon les règles classiques de l'attribution, les conditions dans lesquelles l'Etat avait à répondre des actes de ses agents ou de ses organes. Mais la Commission du droit international, sous l'impulsion de l'un de ses rapporteurs, Roberto Ago, introduisit la question du crime d'Etat, dont le génocide et l'agression sont des manifestations, sans toutefois en établir le régime.

Par ailleurs, la C.D.I. élaborait un Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, adopté en 1996, qui établit à l'égard des infractions en cause une responsabilité individuelle. L'article 4 du Code n'en précise pas moins que le Code est sans préjudice de toute question de responsabilité des Etats en droit international (14) et s'appliquerait à ce titre, par exemple, à toute question de responsabilité d'un Etat pour génocide visée à l'article IX de la Convention (15). Mais il n'entrait pas dans le champ de ce projet de chercher plus avant la consistance de la responsabilité de l'Etat comme conséquence — ou complément ? — de la responsabilité pénale des individus ou agents.

(11) Rafaëlle MAISON, *La responsabilité individuelle pour crime d'Etat en droit international public*, Thèse Université Panthéon-Assas (Paris II), multig., 2000, p. 7.

(12) *Id.*, p. 23.

(13) En seconde lecture, la Commission a remplacé le mot crime par une périphrase alambiquée « violations graves d'obligations substantielles envers la communauté internationale dans son ensemble », mais ceci ne change guère les données du problème.

(14) V. aussi le commentaire de la C.D.I., *A.C.D.I.*, 1996, vol. II, p. 49, § 20.

(15) *Id.*

Quoiqu'il en soit, il n'en demeure pas moins que ces deux corps de règles peuvent interagir, sans que cet aspect ait été abordé par l'un ou l'autre des projets de la C.D.I. La question Ia) offre une occasion d'illustration des rapprochements possibles entre les deux aspects.

Tout d'abord, elle implique une application de la *responsabilité inter étatique* sous un angle relativement nouveau dans la mesure précisément où, jusqu'à présent, l'agression, le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre ont été des infractions qui n'ont mis en jeu que des responsabilités pénales individuelles (16). Contrairement à ce qui prévaut dans le cadre de la responsabilité « classique », l'Etat n'est pas appelé à répondre, en tant qu'entité, de ces infractions. Rien ne s'oppose, en théorie, à ce que la *responsabilité pénale étatique* puisse être mise en cause, parallèlement ou complémentirement à la responsabilité individuelle, même si l'on voit assez bien les raisons, peut-être plus politiques que juridiques, qui y font obstacle (17). Mais la question Ia) ne se pose pas en ces termes, car elle n'envisage pas la question d'une responsabilité de l'Etat, en quelque sorte indirecte, du fait des responsabilités individuelles, mais d'une responsabilité directe de l'Etat pour commission de différentes infractions « justifiées » par l'effet de certaines circonstances. Elle continue donc bien de se situer dans le cadre d'une responsabilité classique.

Mais comment ne pas voir cependant que cette dernière, si elle devait être écartée par le jeu de certaines circonstances, ne manquerait pas d'avoir des conséquences sur la responsabilité pénale individuelle ? Si l'Etat peut se voir reconnaître des circonstances excluant l'illicéité pour de telles violations, les agents ou les organes qui auraient agi en exécution de ces actes pourraient-ils eux-mêmes en être tenus pour responsables, sinon pour avoir éventuellement dépassé ce qu'exigeait les situations en cause ?

Ces considérations sont incidentes par rapport à la question posée et ne méritent donc pas d'être développées plus avant. Elles peuvent cependant illustrer le fait que le corps de règles de la responsabilité inter étatique classique et en particulier les circonstances excluant l'illicéité qu'il comporte relèvent sans doute d'une appréciation particulière quand elles s'appliquent à des violations constitutives d'infractions graves envers la communauté internationale dans son ensemble.

(16) Toutefois, dans son arrêt du 11 juillet 1996 relatif à l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, la C.I.J. a observé « qu'en visant » la responsabilité d'un Etat en matière de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III, l'article IX [de la Convention sur le génocide] n'exclut aucune forme de responsabilité de l'Etat », *Rec.* 1996, par. 32. V. Christian DOMINICÉ, « La question de la double responsabilité de l'Etat et de son agent », *Liber Amicorum Judge Mohammed Bedjaoui*, Emile YARKO and Tahar BOUMEDRA (éd.), Kluwer Law International, The Hague, London, Boston, 1999, pp. 143-157.

(17) Voir sur ce thème, Marina SPINEDI, « La responsabilité de l'Etat pour 'crime' : une responsabilité pénale ? », in Hervé ASCENSIO, Emmanuel DECAUX et Alain PELLET (Dir.), *Droit international pénal*, Cedin Paris X, Editions A. Pedone, Paris, 2000, pp. 93-114.

1.4. On ne peut donc s'étonner que cette question ne trouve qu'une réponse partielle ou indirecte dans les travaux de la Commission du Droit international consacrés à la responsabilité internationale.

Elle a été abordée, de façon limitée, à l'occasion de l'examen du chapitre V sur les circonstances excluant l'illicéité du comportement de l'Etat de la première partie du projet de la C.D.I. sur la responsabilité de l'Etat consacrée au fait internationalement illicite. Certaines de ces circonstances connaissent des limites s'appliquant à des faits de l'Etat.

Dans cette perspective, la doctrine paraît apporter à la question posée des réponses à première vue majoritairement négatives. C'est ainsi qu'Eric David, passant en revue les circonstances excluant l'illicéité du comportement de l'Etat aboutit à la conclusion qu'aucune de ces circonstances, hormis la détresse et encore dans des hypothèses exceptionnelles, ne saurait être valablement invoquée pour justifier la violation des obligations du droit des conflits armés (18).

Luigi Condorelli et Laurence Boisson de Chazournes notent justement que la soumission « inconditionnelle » des Etats au droit international humanitaire a des implications considérables tout particulièrement sur le régime des circonstances excluant l'illicéité d'un comportement non conforme aux règles en question (19), ce qui conduit ces auteurs à noter l'importante déviation caractérisant le régime de la responsabilité en matière humanitaire par rapport au « régime ordinaire » (20). On ne peut que souscrire à une telle approche et d'un point de vue très général, Luigi Condorelli et Laurence Boisson de Chazournes concluent d'ailleurs que les auteurs admettent que l'illicéité est à exclure lorsque le comportement non conforme est déterminé par des causes objectives, indépendantes de la volonté de l'Etat intéressé : force majeure, cas fortuit et situation d'extrême détresse (articles 31 et 32 C.D.I.) (21). Ces mêmes auteurs écartent par contre l'exclusion de l'illicéité aussi bien pour les contre-mesures (article 30 du projet de la C.D.I. de 1996) que pour la légitime défense, si le fait de l'Etat est non conforme à une obligation « découlant du droit de Genève; le régime juridique de celui-ci n'[étant] pas différent pour l'agresseur et pour l'agressé » (22).

1.5. Si l'on se réfère à présent aux travaux de Roberto Ago, et plus spécialement au chapitre V de la première partie du projet de la Commission du Droit international, il y a responsabilité dès lors qu'il y a violation d'une obligation internationale. Rien ne saurait donc justifier ou excuser une violation. Néanmoins, Roberto Ago admet que certaines circonstances empê-

(18) Eric DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, op. cit., pp. 529 et s.

(19) *Op.cit.*, p. 22.

(20) *Id.*, p. 23.

(21) *Id.*, p. 22.

(22) *Id.*, p. 24.

chent la constitution de l'*élément objectif* de la responsabilité, à savoir précisément l'existence d'une violation, parce que dans ces circonstances, l'Etat n'aurait pas d'obligation en la matière, ou, pour reprendre la formulation même de Roberto Ago que la C.D.I. a faite sienne, parce que les obligations ne seraient plus opératives (23).

Compte tenu de la nature du droit international humanitaire, on devrait conclure que les circonstances excluant l'illicéité ne peuvent écarter l'élément objectif de la responsabilité étatique parce que les obligations posées dans certains domaines restent opératives, ou si l'on préfère, restent dues, quelles que soient les circonstances à l'origine de leur inobservation.

1.6. Le droit de la responsabilité inter étatique ne présente pas, pourtant, une réserve aussi générale. Les opinions doctrinales rappelées précédemment n'écartent pas, non plus, de façon catégorique, le jeu de toutes les circonstances excluant l'illicéité. Par ailleurs, les crimes que ces circonstances pourraient justifier (bien qu'on puisse contester cette terminologie), recouvrent une très grande diversité de comportements, de faits ou d'actes, comme en atteste leur définition (24).

Dès lors, on ne saurait s'en tenir à la seule analyse *in abstracto* de la portée des circonstances excluant l'illicéité. Cette diversité implique nécessairement que cette dernière soit éventuellement complétée et/ou nuancée, sinon par une analyse *in concreto*, du moins par une approche plus concrète et diversifiée.

II. — DÉFINITIONS

2.1. Avant de répondre plus précisément à la question posée, il convient également de préciser les définitions des actes visés, dont on retiendra essentiellement celles données dans le Statut de la C.P.I.

2.2. *L'agression internationale*

Bien que la définition de l'agression demeure sujette à controverse, on peut, aux fins du présent exercice, partir de la résolution 3314 (XXIX) du 14 décembre 1974 de l'Assemblée générale des Nations Unies portant Définition de l'agression, selon laquelle cette dernière est l'emploi de la force armée par un Etat contre la souveraineté, l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique d'un autre Etat, ou de toute autre manière incompatible avec la Charte des Nations Unies. (Article 1^{er}). L'article 3 de la résolution 3314 (XXIX) retient par exemple l'invasion d'un territoire étatique, l'occupation militaire, l'annexion.

(23) A.C.D.I., 1979, vol. II, 2^e Partie, p. 120 § 9 et note 554.

(24) V. *Infra*, II.

On peut toutefois s'étonner de l'expression d'agression internationale, objet de la question 1 a), qui paraît dépasser le cadre d'une simple bilatéralité. Les termes d'agression internationale semblent viser une forme d'agression qui serait commise par un ensemble d'Etats ou une agression commise par un ou plusieurs au nom de la communauté internationale en admettant que cette idée ait un sens. Concrètement, on est conduit à se demander si l'expression agression internationale ne fait pas référence aux formes les plus récentes de recours à la force, telles que l'intervention alliée contre l'Irak ou à celle des forces de l'OTAN contre la Serbie dans le conflit du Kosovo. Si tel est le cas, il pourrait y avoir débat sur cette pré-qualification d'agression internationale que, pour notre part, nous récusons. On examinera cependant la question de ce double point de vue.

2.3. *Le génocide*

La définition du génocide n'est guère contestée, elle est donnée dans des termes identiques par l'article II de la Convention de 1948, l'article 17 du Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité (25), et par l'article 6 du Statut de la C.P.I. : Le crime de génocide s'entend de l'un quelconque des actes ci-après, commis dans l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel ; a) le meurtre de membres du groupe ; b) l'atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale de membres du groupe ; c) la soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle ; d) les mesures visant à empêcher les naissances au sein du groupe ; e) le transfert forcé d'enfants du groupe à un autre groupe.

2.4. *Le crime contre l'humanité*

Aux termes de l'article 18 du projet de la C.D.I., on entend par crime contre l'humanité :

« le fait de commettre, d'une manière systématique ou sur une grande échelle et à l'instigation ou sous la direction d'un gouvernement, d'une organisation ou d'un groupe, l'un des actes ci-après : a) le meurtre ; b) l'extermination ; c) la torture ; d) la réduction en esclavage ; e) les persécutions pour des motifs politiques, raciaux, religieux ou ethniques ; f) la discrimination institutionnalisée pour des motifs raciaux, ethniques ou religieux comportant la violation des libertés et droits fondamentaux de l'être humain et ayant pour résultat de défavoriser gravement une partie de la population ; g) la déportation ou le transfert forcé de populations, opérés de manière arbitraire ; h) l'emprisonnement arbitraire ; i) la disparition forcée de personnes ; j) le viol, la contrainte à la prostitution et les autres formes de violence sexuelle ;

(25) A.C.D.I., 1996, vol. II, 2^e partie, p. 46.

k) d'autres actes inhumains qui portent gravement atteinte à l'intégrité physique ou mentale, à la santé ou à la dignité humaine, tels que mutilations et sévices graves (26) ».

Dans son commentaire, la C.D.I. précise que le terme de systématique signifie en application d'un plan ou d'une politique préconçus dont la mise en œuvre se traduit par la commission répétée ou continue d'actes inhumains (27). Et comme la Commission le souligne, le but de cette disposition est d'exclure l'acte fortuit qui ne ferait pas partie d'un plan ou d'une politique plus vaste (28).

L'article 7 du Statut de la C.P.I. est rédigé en des termes voisins mais différents. En particulier, dans le chapeau de son premier paragraphe il dispose que les actes constituant le crime contre l'humanité doivent être commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile et en connaissance de cette attaque et il mentionne expressément l'*apartheid* en lieu et place de la discrimination institutionnalisée. Et son paragraphe 2 donne des définitions plus précises — qui doivent encore être complétées par les éléments constitutifs des crimes de chacun de ces actes.

Comme le souligne Mario Bettati, les travaux préparatoires de l'Accord de Londres révèlent que cette catégorie de crimes fut introduite parce qu'on voulait élargir « les poursuites aux auteurs d'actes extrêmement graves qui échappaient à la définition de crimes de guerre » (29). Cherchant comment évaluer la gravité d'un fait illicite, l'auteur pense possible de transposer aux crimes contre l'humanité les orientations concernant le crime d'Etat proposées par Gaetano Arangio-Ruiz, à savoir « l'importance objective et la portée subjective de la règle violée, l'ampleur de la violation, l'élément subjectif, y compris le degré de participation de l'appareil d'Etat fautif et le degré de gravité de la faute (...) et enfin les effets de la violation » (30).

2.5. *Le crime de guerre*

Pour Eric David, on entend par crimes de guerre les violations graves du droit humanitaire et du droit des conflits armés (31). Pour Georges et Rosemary Abi-Saab, « [L]es infractions graves sont (...) une *espèce* d'un *genre*

(26) A.C.D.I., 1996, vol. II, 2^e partie, p. 49.

(27) *id.*, p. 49 § 3.

(28) *id.*

(29) Mario BETTATI, « Le crime contre l'humanité », in Hervé ASCENSIO, Emmanuel DECAUX et Alain PELLET, *Droit international pénal*, Cedin Paris X, Paris, Editions A. Pedone, 2000, (pp. 293-317), p. 294, n° 5.

(30) *Septième rapport sur la responsabilité des Etats*, Doc. O.N.U., A/CN.4/469, 1995, p. 17 cité in Mario BETTATI, *id.*, p. 296, n° 9.

(31) V. sur les crimes de guerre, Eric DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, op. cit., notamment n°s 4.60 et 4.95a.

plus large que sont les crimes de guerre » (32). Ainsi, si pour le premier de ces auteurs, toutes les violations graves du droit de Genève et de La Haye sont des crimes de guerre, on voit que pour les seconds tous les crimes de guerre ne consistent pas en des violations graves.

Parmi les violations graves du droit de Genève, on peut citer, notamment, les meurtres, tortures, mauvais traitements, les expériences biologiques et médicales, les prises d'otages, les déportations de populations civiles, les destructions inutiles etc. Au titre des violations graves du droit de La Haye figurent, entre autres, les attaques dirigées contre les civils, les attaques indiscriminées, les attaques contre des localités non défendues ou des zones démilitarisées etc.

On notera également que certains des crimes de guerre les plus graves ont été qualifiés de crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité par la Commission du Droit international sous réserve qu'ils soient commis d'une manière systématique ou sur une grande échelle (article 20). Pour sa part, l'article 8, paragraphe 1 du Statut de Rome donne compétence à la C.P.I. à l'égard des crimes de guerre en particulier lorsque ces crimes s'inscrivent *dans un plan ou une politique* ou lorsqu'ils font partie d'une série de crimes analogues commis *sur une grande échelle* (italiques ajoutées).

2.6. Il résulte des définitions que l'on vient de rappeler qu'il existe bien des différences de nature et d'intensité selon le crime en cause. De surcroît, toutes les définitions données s'accompagnant d'une liste exemplative, exhaustive ou non, d'actes constitutifs de ces crimes, donner une réponse globale et abstraite à la question de savoir si des circonstances excluant l'illicéité peuvent être invoquées en raison de ces crimes peut être difficile, voire contestable.

On le fera donc, dans la ligne des précisions précédentes, en tenant compte et des caractéristiques essentielles des infractions en cause et des « exceptions » concernées, sans oublier toutefois que là où il n'y a pas une impossibilité juridique de les prendre en considération, leur jeu n'en est pas moins affaire de « circonstances », comme leur nom l'indique.

III. — RÉPONSES

3.1. *La détresse*

La détresse se distingue de l'état de nécessité en ce que le sujet sur lequel pèse cette dernière est la personne physique de l'agent ou de ses proches et non l'Etat.

(32) Georges et Rosemary ABI-SAAB, « Les crimes de guerre » in Hervé ASCENSIO, Emmanuel DECAUX et Alain PELLET, *Droit international pénal, op. cit.*, (pp. 265-285), p. 280, n° 51.

Aux termes de l'article 25 du projet sur la responsabilité des Etats adopté en deuxième lecture par la Commission du Droit international, la détresse se définit comme suit :

« 1. L'illicéité du fait d'un Etat non conforme à une obligation internationale de cet Etat est exclue si l'auteur du fait en question n'avait raisonnablement pas d'autre moyen, dans une situation de détresse, de sauver sa propre vie ou celle de personnes confiées à sa garde.

2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas :

a) Si la situation de détresse résulte, soit uniquement soit en conjonction avec d'autres facteurs, du comportement illicite de l'Etat qui l'invoque; ou

b) Si le fait en question était susceptible de créer un péril comparable ou plus grave. »(33).

3.2. *Portée de la détresse au regard de l'agression*

La détresse autorise-t-elle, pour se sauver soi-même ou des personnes que l'on a sous sa garde, à commettre une agression? L'article 32 relatif à la détresse ne comporte pas, contrairement à celui relatif à l'état de nécessité (v. *infra*, n^{os} 4-3), une limitation relative au *jus cogens*. On peut donc légitimement se demander si la détresse n'est pas susceptible d'exclure l'illicéité de la violation d'une interdiction de *jus cogens*, comme l'agression.

Il faut tout d'abord supposer, dans ce cas, que la détresse pèserait sur des organes supérieurs de l'Etat, les gouvernants, et qu'ils n'auraient, par exemple, pour sauver d'un danger grave l'ensemble, ou partie, de la collectivité humaine dont ils ont la responsabilité, que le moyen d'une agression. La doctrine classique avait envisagé l'hypothèse d'un souverain qui, devant le refus d'un voisin, bien pourvu en vivres, de venir en aide à sa population qui en serait privée, pouvait avoir recours à la force contre ce dernier pour s'en procurer. Elle considérait ce cas de détresse comme légitime.

Mais peut-on parler dans ce cas d'agression? Même s'il y a formellement atteinte à la souveraineté et à l'intégrité territoriale de l'Etat, la finalité du recours à la force ne consiste pas dans une atteinte substantielle à l'Etat et à son indépendance politique. Certes, cette hypothèse ne semble guère plausible aujourd'hui. Il est évident que le recours à la force ne pourrait plus passer pour l'unique moyen de pallier le danger et constituerait sans

(33) C.D.I., *Rapport sur les travaux de la cinquante-deuxième session*, A.G. Doc. off. 55^e session, Supplément N^o 10 (A/ 55/10), p. 108. Aux termes de l'article 32 du projet de la C.D.I. relatif à la responsabilité des Etats, adopté en première lecture, la détresse était ainsi définie :

1. L'illicéité d'un fait d'un Etat non conforme à l'obligation internationale de cet Etat est exclue si l'auteur du comportement qui constitue le fait de cet Etat n'avait pas d'autre moyen, dans une situation d'extrême détresse, de sauver sa vie ou celle de personnes confiées à sa garde.

2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas si l'Etat en question a contribué à la situation d'extrême détresse ou si le comportement en question était susceptible de créer un péril comparable ou supérieur.

doute un péril comparable ou supérieur à celui qui doit être conjuré. A ce titre, l'hypothèse serait contraire à l'article 32 2 b.

3.3. Mais l'expression d'agression internationale conduit à envisager un autre cas de figure que l'on peut énoncer ainsi : l'existence d'un peuple en détresse autorise-t-elle une agression internationale contre l'auteur du péril extrême dans lequel ce peuple a été placé, aux fins de le sauver ? Si l'on peut attribuer à l'Etat auteur de ce type de péril, un crime international de l'Etat, la commission de ce dernier peut autoriser la communauté internationale et, individuellement, chacun de ses membres à agir pour faire cesser le crime (34). La question se pose alors de savoir si cette réaction peut revêtir la forme de l'emploi de la force armée.

Toutefois, ici il ne s'agirait pas alors d'agression internationale mais de contre-mesures impliquant l'emploi de la force armée, hypothèse qui n'est pas envisagée par la Charte puisque celle-ci limite l'usage licite de la force armée à la riposte à l'agression précisément. On ne peut cependant s'arrêter à une position aussi rigide et l'on admet, par exemple que, lorsqu'il lutte contre une puissance coloniale qui réprime ses aspirations à la liberté et à l'indépendance, un peuple colonial peut le faire par tous les moyens nécessaires, expression dont on sait que, dans le langage des Nations Unies, elle implique le droit de recourir à la force armée (Résolution 2621 (XXV)), et que, à cette fin, il est en droit de rechercher et de recevoir un appui conforme aux buts et principes de la Charte (Déclaration 2625 (XXV)). Peu importe que l'hypothèse soit en grande partie obsolète : elle montre que l'usage de la force armée n'est pas aussi radicalement exclu des relations internationales contemporaines qu'on le dit parfois, et que celui-ci ne se limite pas à la seule légitime défense de l'article 51 puisque, comme on l'a montré, le maintien, même par la force, d'une domination coloniale ne peut être assimilé à une agression au sens de cette même disposition (35).

Ceci rejoint aussi la position, ambiguë, de la Cour internationale de Justice dans son avis consultatif du 8 juillet 1996 sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, où, sans prendre de position claire, la Haute Juridiction indique ne pouvoir conclure de façon définitive que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires serait licite ou illicite dans une circonstance extrême de légitime défense dans laquelle la survie même de l'Etat serait en cause (36). Sans qu'il soit besoin de revenir sur le caractère discutable de cette affirmation (et, en tout cas, de sa formulation), il nous semble que, *mutatis mutandis*, le raisonnement esquissé par la Cour (ou son arrière-plan) peut être transposé lorsque la population d'un Etat se trouve

(34) C.D.I., 2^e Partie du projet d'articles sur la *responsabilité des Etats* consacrée aux conséquences du fait illicite et, en particulier, l'article 40, paragraphe 3.

(35) Cf. Alain PELLET et Monique CHEMILLIER-GENDRE au, « L'analyse du phénomène de libération nationale », in Sixième Rencontre de Reims, *Réalités du droit international contemporain — Discours juridique sur l'agression et réalité contemporaine*, P.U. Reims, 1982, pp. 117-135.

(36) C.I.J., *Rec.* 1996, p. 266.

dans une situation d'extrême détresse du fait d'un crime commis par un autre Etat (ou de la menace grave d'un tel crime) (compte tenu de la définition même de la détresse, le problème ne se pose pas en termes de détresse si le crime est commis par l'Etat national de la population menacée — v. *supra* n° 3-1). Dans un tel cas, il nous semble, pour le moins, aventureux de conclure avec assurance que la menace ou l'emploi de la force armée serait certainement illicite et, à plus forte raison, qu'il pourrait être qualifié d'agression, indépendamment même d'une décision du Conseil de sécurité autorisant le recours à la force armée dans le cadre du chapitre VII (ce qu'il pourrait sans aucun doute dès lors qu'il aurait constaté l'existence d'une menace contre la paix) ou d'une recommandation de l'Assemblée générale dans le cadre du système Union pour le maintien de la paix.

On pourrait avancer que, dans ces circonstances, une action armée — que l'on ne saurait qualifier d'agression internationale — pourrait être justifiée par l'importance des droits en cause et par celle de leur violation avérée, l'exclusion de l'illicéité du recours à la force en cas d'extrême détresse d'une population restant bien sûr subordonnée, en outre, aux autres conditions requises : la preuve que les contre-mesures impliquant le recours à la force étaient l'ultime moyen après échec de tous les autres ; la preuve que les moyens mis en œuvre n'ont pas créé un péril égal ou supérieur, en l'espèce n'aient pas conduit à la destruction d'une autre population.

Cet inflexissement de la notion de détresse a été opéré par le tribunal arbitral chargé de régler le différend entre la France et la Nouvelle-Zélande dans l'affaire du *Rainbow Warrior*. En effet, dans la sentence arbitrale du 30 avril 1990, *Nouvelle-Zélande c/ France*, le tribunal a déplacé la décision tendant à éviter le péril extrême de la personne de l'agent personnellement menacé à celle de l'autorité gouvernementale. En outre, le tribunal n'a pas limité la détresse à la sauvegarde de la vie, mais a considéré cette circonstance applicable à la sauvegarde d'autres droits fondamentaux de la personne humaine, telle son intégrité physique (par. 78) ou à des cas d'extrême urgence impliquant des considérations élémentaires d'humanité (37). Cet élargissement de la situation d'application de la détresse tenant à des considérations d'humanité ou à la sauvegarde des droits fondamentaux de la personne humaine correspond, *mutatis mutandis*, à l'hypothèse que l'on vient d'examiner. Enfin, on peut avancer que si une exception est d'interprétation stricte et ne saurait justifier un acte directement contraire au droit international comme l'agression, le fait illicite est lui aussi défini de façon stricte et la notion d'agression ne saurait couvrir toutes les formes de recours à la force, comme le montre d'ailleurs l'intitulé même du chapitre VII de la Charte.

(37) Pour le texte de la sentence, v. *R.G.D.I.P.*, 1990/4, p. 838 et *J.D.I.*, 1990, p. 841. v. également J. CHARPENTIER, « L'affaire du *Rainbow Warrior* : la Sentence arbitrale du 30 avril 1990 (Nouvelle-Zélande c. France) », *A.F.D.I.*, 1990, p. 400.

3.4. En conclusion sur ce point, nous souhaitons être très clairs : nous considérons que la détresse ne constitue jamais une circonstance justifiant une agression *correctement définie*. En revanche, nous estimons que l'on ne peut exclure la licéité du recours à la force armée si la population d'un Etat se trouve dans une situation d'extrême détresse (génocide ou menace de génocide par exemple) et si la seule possibilité d'éviter un tel crime est le recours à la force — qui ne saurait alors être qualifié d'agression.

3.5. *Au regard du génocide*

Pour des raisons en partie comparables, et en dépit du silence de la Commission du Droit international sur l'opposabilité de la détresse à une norme de *jus cogens*, l'invocation de la détresse est totalement exclue pour écarter l'illicéité d'un génocide. Conformément à la définition de ce dernier, le génocide implique nécessairement un plan prémédité, préparé ou concerté. Il se caractérise par son intentionnalité sélective. On ne peut donc justifier par la détresse, qui implique un acte destiné à sauver des vies, pris sous la contrainte de l'urgence et de la gravité d'un danger, un acte dont la perpétration suppose une certaine préparation. De surcroît, la détresse implique comme pour l'admission de l'état de nécessité, que l'acte n'ait pas des conséquences comparables ou supérieures à celles que l'on veut éviter pour soi-même. Or le génocide est considéré comme l'exemple même de la violation la plus grave du principe fondamental du respect dû à la personne humaine, constitutif de crime international de l'Etat, selon l'article 19 (38). La détresse d'un organe de l'Etat ne saurait donc exclure l'illicéité d'un crime international de l'Etat tel que le génocide.

3.6. *Au regard du crime contre l'humanité*

Le crime contre l'humanité supposant des violations systématiques et à grande échelle et commises à l'instigation de certains organes, la détresse ne saurait non plus être invoquée à son égard. Il y a dans la détresse l'idée d'instantanéité de la nécessité de la violation pour se sauver d'un péril présent et extrême. Ce seul trait de la détresse semble donc suffisant pour exclure la possibilité de son invocation pour justifier des crimes contre l'humanité.

3.7. *Au regard du crime de guerre*

Cette hypothèse, en revanche, ne peut être écartée d'emblée. En effet, la détresse supposant la protection de vies humaines, on peut admettre qu'elle

(38) V. G. PALMISANO, « Les causes d'aggravation de la responsabilité des Etats et la distinction entre crimes et délits internationaux », *R.G.D.I.P.*, 1994/3, pp. 653 et s.

conduise à la commission de crimes de guerre avec pour conséquence d'exclure la responsabilité de l'Etat à raison des actes de ses organes.

Néanmoins, ici encore, les limites de sa portée justificative peuvent être trouvées dans ses conditions et en particulier dans la comparaison des intérêts sauvés et des intérêts sacrifiés. Si la détresse conduit à porter atteinte à la vie des personnes humaines, l'intérêt sacrifié est, par hypothèse, au moins égal à l'intérêt que l'on veut sauvegarder et la détresse ne saurait être admise au titre de l'exclusion de l'illicéité du comportement de l'Etat.

Par contre, si pour sauver des vies humaines, l'organe, sous le coup de la détresse, déporte par exemple, une partie de la population civile dans un territoire occupé, l'intérêt sacrifié pourra être considéré comme de moindre importance que l'intérêt sauvegardé. L'acte ne pourra pas être considéré comme commis intentionnellement en violation du droit international humanitaire (article 20, al. c, i du Projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité) ni comme s'inscrivant dans un plan ou une politique (article 8, paragraphe 1, du Statut de la C.P.I.). Là encore, la nature des événements, leur gravité avérée, et le caractère temporaire de la mesure dont le seul objectif doit être de parer au danger seront des facteurs déterminants pour apprécier si la circonstance de détresse est susceptible d'exclure l'illicéité du fait.

Les conditions de la détresse ne s'opposent donc pas, *a priori*, à ce qu'elle exclue l'illicéité résultant de la commission de certains crimes de guerre. Mais on se trouve ici dans un cas typique où l'appréciation *in concreto* sera déterminante.

3.8. *Conclusions*

La détresse ne saurait en aucun cas justifier l'agression. Mais dans certaines hypothèses, la détresse pourrait empêcher la qualification d'un acte de recours à la force armée, d'agression. Les éléments constitutifs de la détresse à savoir l'instantanéité de la réaction à un danger immédiat et la balance nécessaire entre l'intérêt sauvegardé et l'intérêt sacrifié rendent cette circonstance inopérante au regard du génocide ou du crime contre l'humanité. Au regard des crimes de guerre, la détresse pourrait conduire à exclure l'illicéité de ceux d'entre eux qui ne se traduiraient pas par le sacrifice d'un intérêt égal ou supérieur à l'intérêt sauvegardé (39). Comme la détresse est limitée à la sauvegarde de la vie de l'auteur de l'acte ou de personnes confiées à lui, cette condition cumulée à la précédente limite la possibilité de son jeu aux seules hypothèses où des vies ne seraient pas

(39) Bien que seule nous soit posée la question de la responsabilité interétatique, il nous paraît aller de soi que le raisonnement s'applique avec davantage de force encore en ce qui concerne la responsabilité individuelle.

sacrifiées. Et même dans ces cas, on peut estimer que l'appréciation *in concreto* sera appelée à jouer un rôle important.

4.1. *L'état de nécessité*

Largement assimilée au fait accompli et à la négation du droit (40), l'état de nécessité a soulevé d'importantes querelles doctrinales, dans lesquelles il n'est pas nécessaire de rentrer. Même si l'on peut douter encore parfois de la pertinence de son admission en droit international public, l'état de nécessité a été retenu par la Commission du droit international au titre d'une circonstance excluant l'illicéité du comportement de l'Etat et consacré par la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Projet Gabčíkovo/Nagymaros*.

Pour Roberto Ago, l'état de nécessité est une situation de fait où l'Etat fait valoir un intérêt dont l'existence est pour lui essentielle au point de devoir faire fléchir l'obligation qu'il aurait de respecter un droit subjectif déterminé d'un autre Etat, ce respect étant en l'occurrence incompatible avec la sauvegarde dudit intérêt (41). Cette définition est proche de celle donnée par exemple par Charles de Visscher pour lequel l'état de nécessité est une situation où se produit une collision d'intérêts, en eux-mêmes parfaitement légitimes et juridiquement reconnus, mais qui, par un concours de circonstances, se trouvent exceptionnellement en conflit au point que l'un d'eux ne peut se conserver ou se protéger qu'aux dépens de l'autre (42).

4.2. Dans le cadre de la responsabilité des Etats, l'état de nécessité a été défini de la manière suivante à l'article 33, en première lecture :

« 1. L'état de nécessité ne peut pas être invoqué par un Etat comme une cause d'exclusion de l'illicéité d'un fait de cet Etat non conforme à une de ses obligations internationales, à moins que :

a) ce fait n'ait constitué le seul moyen de sauvegarder un intérêt essentiel dudit Etat contre un péril grave et imminent et que

b) ce fait n'ait pas gravement porté atteinte à un intérêt essentiel de l'Etat à l'égard duquel l'obligation existait.

2. En tout état de cause, l'état de nécessité ne peut pas être invoqué par un Etat comme une cause d'exclusion d'illicéité

a) si l'obligation internationale à laquelle le fait de l'Etat n'est pas conforme découle d'une norme impérative du droit international général; ou

(40) J. LECA, *Les techniques de révision des conventions internationales*, L.G.D.J., Paris, 1961, p. 281.

(41) R. AGO, 8^e *Rapport*, p. 18 10, et C.D.I., 1613^e séance, *A.C.D.I.*, 1980, vol. I (1^{re} partie), p. 146 6.

(42) CHARLES DE VISSCHER, *Théories et réalités en droit international public*, p. 314.

b) si l'obligation internationale à laquelle le fait de l'Etat n'est pas conforme est prévue par un traité qui, explicitement ou implicitement, exclut la possibilité d'invoquer l'état de nécessité en ce qui concerne cette obligation; ou

c) si l'Etat en question a contribué à la survenance de l'état de nécessité. » (43).

Le nouvel article 26 du projet de la C.D.I., adopté en deuxième lecture, dispose que :

« 1. Un Etat ne peut invoquer la nécessité comme cause d'exclusion de l'illicéité d'un fait non conforme à l'une de ses obligations internationales que si ce fait :

a) Constitue pour l'Etat le seul moyen de protéger un intérêt essentiel contre un péril grave et imminent; et

b) Ne porte pas gravement atteinte à un intérêt essentiel de l'Etat ou des Etats à l'égard desquels l'obligation existe ou de la communauté internationale dans son ensemble

» 2. En tout cas, la nécessité ne peut être invoquée par un Etat comme cause d'exclusion de l'illicéité :

a) Si l'obligation internationale en question découle d'une norme impérative du droit international général;

b) Si l'obligation internationale en question exclut la possibilité d'invoquer la nécessité; ou

c) Si l'Etat qui invoque la nécessité a contribué à la situation de nécessité. » (44)

4.3. *Portée de l'état de nécessité au regard de l'agression et du génocide*

L'agression étant considérée comme la violation la plus grave de la norme impérative d'interdiction de l'emploi de la force et constitutive d'un crime international de l'Etat, l'état de nécessité ne peut être invoqué pour exclure l'illicéité de cet acte. La première version de l'article 33, paragraphe 3, a) du projet de la C.D.I. l'excluait expressément et Roberto Ago l'avait rappelé dans son commentaire : « Il ne s'agit pas pour nous (...) de chercher de quoi établir si l'existence d'un état de nécessité pourrait ou non exclure l'illicéité d'une action de force menée contre le territoire d'un Etat étranger et qui mettrait en cause son intégrité territoriale ou son indépendance politique, ou qui, de toute manière, de par ses buts et ses proportions, assumerait l'aspect d'un acte d'agression : la réponse négative à ce sujet a déjà été claire et nette » (45).

La C.D.I. ne dit pas autre chose. Pour cette dernière, tout recours à la force constitutif d'un acte d'agression forme comme tel l'objet d'une inter-

(43) *A.C.D.I.*, 1996, vol. II, 2^e partie, p. 66.

(44) *Doc. A/55/10, op. cit.*, p. 108. Pour la rédaction proposée par le Rapporteur spécial, v. C.D.I., 51^e session, *Doc. A/CN.4/498/Add.2, Deuxième rapport sur la responsabilité des Etats*, présenté par James Crawford, Rapporteur spécial, p. 64.

(45) *A.C.D.I.*, 1980, vol. II, 1^{re} Partie, p. 41, paragraphe 61.

diction de *jus cogens* et ne peut être justifié par la nécessité (46). En outre, selon Jean Salmon, l'article 5 de la résolution 3314 de l'Assemblée générale portant Définition de l'agression excluait implicitement le recours à la nécessité en affirmant qu'aucune considération de quelque nature que ce soit, politique, économique, militaire ou autre ne saurait justifier l'agression (47). En effet, l'état de nécessité mettant en jeu un intérêt étatique, de quelque nature que soit ce dernier, la réponse ne souffre donc aucun doute. L'état de nécessité ne saurait justifier une agression internationale, conformément à l'article 26 § 2 a).

Réintroduisant une exception qui avait fait l'objet d'une condamnation unanime en raison des actes d'agression qu'elle avait tenté de justifier, la Commission du droit international a pris les précautions indispensables. A propos de l'état de nécessité, Charles de Visscher ne disait-il pas que pour juger de la valeur morale d'une théorie, il fallait tenir compte avant tout des actes qu'elle a inspirés (48).

Il reste que, ici encore, la question préalable consiste évidemment à déterminer ce que l'on entend par agression et que si l'on admet que tout recours à la force armée ne constitue pas nécessairement une agression ni même sans doute la violation d'une norme de *jus cogens*, on est ramené à la problématique que nous avons esquissée à propos de la détresse (v. *supra*, n° 3-2). Mais, dans ce cas, l'usage de la force ne répond pas, par hypothèse, à la définition de l'agression.

Ainsi, supposons, par exemple, qu'un cas de pollution d'une extrême gravité prenne naissance sur le territoire d'un Etat A, lequel ne fait rien pour y mettre fin et menace, de façon également grave et immédiate, la population d'un Etat B. Si, après échec de tous les moyens de persuader l'Etat A de maîtriser cette source de danger, l'Etat B n'a pas d'autres moyens d'y parer que de recourir à la force à l'encontre de l'Etat passif, quand bien même il y aurait atteinte à l'intégrité territoriale de l'Etat, on pourrait ne pas voir dans ce recours à la force une agression, si l'acte a bien pour seul objectif de faire cesser la source du danger, est proportionnel à celui-ci et cesse lui-même dès que l'objectif est atteint.

Le rapporteur spécial de la Commission du Droit international, James Crawford note que « tous les comportements qui empiètent sur la souveraineté territoriale d'un Etat ne doivent pas être nécessairement considérés comme un acte d'agression ni non plus comme la violation d'une norme impérative » (49). Il rappelle que dans l'échange de lettres qui mit fin au différend dans l'affaire de la *Caroline*, les deux gouvernements avaient

(46) *Id.*, p. 22.

(47) Jean SALMON, « Faut-il codifier l'état de nécessité en droit international? », in *Etudes de droit international en l'honneur du juge Manfred Lachs*, ed. by J. MAKARCZYK, La Haye, Boston, Lancaster, Martinus Nijhoff Publishers, 1984, p. 258.

(48) Charles DE VISSCHER, *La responsabilité des Etats*, Bibliotheca Visseriana, p. 112.

(49) C.D.I., Doc. A/CN.4/498/Add.2, § 278, p. 27.

reconnu que le « grand principe » de l'inviolabilité du territoire d'un autre Etat pouvait être suspendu dans certaines situations « de nécessité irrésistible » mais que cette suspension n'aurait cours que « le moins longtemps possible pendant que subsistait une situation de nécessité impérieuse et reconnue comme telle, et uniquement dans les limites les plus étroites imposées par cette situation » (50).

Autrement dit, des circonstances comme la détresse ou l'état de nécessité sont soit insusceptibles de justifier une agression, parce qu'elles créeraient un péril égal ou supérieur si elles consistaient à porter atteinte à la souveraineté et à l'indépendance politique d'un Etat, soit susceptibles de disqualifier un acte d'agression, en raison de la motivation de leur accomplissement, parer à un danger présent, réel, dans le but exclusif de le faire cesser. Ceci étant, ceci revient sans doute toujours davantage à s'interroger sur la définition du concept même d'agression qu'à admettre l'existence d'une circonstance excluant l'illicéité d'une agression.

Pour ce qui est du génocide, dont l'interdiction est une norme de *jus cogens*, l'état de nécessité ne peut pas plus le justifier que la détresse. De surcroît, l'état de nécessité ne pourrait être une justification pour les mêmes raisons communes à ces différentes circonstances. Leurs caractères intrinsèques jouent de la même façon : le génocide implique la préméditation et une intentionnalité, alors que l'état de nécessité est la réponse immédiate à un danger grave et imminent que l'on apprécie de façon très stricte et qui doit avoir un début de réalité. L'idée de proportionnalité s'y oppose : l'intérêt que l'on sacrifie ne doit pas être plus important ou de valeur égale à l'intérêt que l'on entend sauvegarder.

4.4. *Au regard des autres crimes*

L'article 26 § 2 b) du projet de la C.D.I. adopté en deuxième lecture (v. *supra* n° 4-2) exclut expressément la possibilité d'invoquer une excuse de nécessité à l'égard d'obligations internationales qui en excluent la possibilité.

L'exclusion de la possibilité d'invoquer l'état de nécessité à l'égard des règles tant du droit international humanitaire que du droit des conflits armés a été affirmée par les tribunaux alliés (51). Les motifs alors avancés, à savoir que la nécessité n'avait jamais été considérée comme faisant partie du droit international et qu'elle avait toujours été condamnée par le monde civilisé sont certes infirmés dans le droit international contemporain. Mais le même rejet fait l'objet d'un accord général de la doctrine. La raison en

(50) *Id.*, pp. 27-28.

(51) V. Cour spéciale Cass., Pays-Bas, 12 janvier 1949, *Rauter*, A.D., 1949, cas n° 193, p. 543, citée in Charles ROUSSEAU, *Droit des conflits armés*, Paris, Pedone, 1983, n° 101.

a été parfaitement explicitée par Charles de Visscher dans ce passage qui, bien qu'un peu long, mérite d'être cité :

« La théorie de la nécessité a été invoquée surtout en temps de guerre pour justifier des actes contraires aux lois de la guerre et de la neutralité. Elle apparaît ici sous le nom spécial de raison de guerre (*Kriegsräson*) (...).

Pour se rendre compte du caractère profondément subversif de cette théorie, il faut resserrer la question de plus près et dissiper une équivoque. Les lois de la guerre, dans la mesure où elles font partie du droit international positif, ont pour fondement soit une coutume constante, soit une convention internationale. Dans l'un et l'autre cas elles représentent toujours une transaction entre les exigences militaires qui n'ont pour loi que l'utilité et pour fin que le succès et les aspirations d'ordre supérieur qui tendent à limiter, au nom de la justice et de l'humanité, la liberté d'action des belligérants. (...). [L]es nécessités dont il a été tenu compte sont celles qui sont communes à tous les belligérants indistinctement; elles ont été considérées *in abstracto*, d'un point de vue impersonnel et purement objectif. » (52).

La réponse ne semble pas pouvoir être différente si l'on sort du cadre des conflits armés. Certaines règles relatives aux droits de l'homme imposent des standards humanitaires minimum et sont considérées comme de *jus cogens*, telles l'interdiction de la torture ou de l'esclavage. A juste titre, Sir Ian Sinclair, délégué du Royaume-Uni à la 6^e Commission de l'Assemblée générale a mis l'accent sur l'existence de cas qui avaient pour conséquence logique, nécessaire et inéluctable d'exclure la possibilité d'invoquer l'état de nécessité (53). Il en est ainsi des droits de l'homme auxquels aucune dérogation n'est possible, même en cas de circonstances exceptionnelles.

4.5. L'impressionnante unanimité de la doctrine montre que l'état de nécessité ne pourrait être éventuellement invocable que dans les cas très étroits où des dispositions conventionnelles le permettraient explicitement ou implicitement.

Ainsi, par exemple, l'article 18 g) du Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité interdit la déportation ou le transfert forcé de populations, opérés de manière arbitraire (v. *supra*, n° 2-4; v. aussi l'article 7, par. 2 d) du Statut de Rome). Or, dans son commentaire, la Commission précise que « [L]es mots opérés de manière arbitraire sont employés ici pour exclure les cas où les actes seraient commis pour des motifs légitimes, de santé ou de bien-être publics, par exemple, d'une manière compatible avec le droit international (54) ». Supposons ainsi qu'un Etat, dans une situation de conflit, pour se protéger du danger grave et imminent d'une épidémie qui met en péril sa population déporte une partie de celle-ci, l'état de nécessité reconnu en droit international ne permettrait pas de considérer l'acte comme arbitraire et constitutif d'un crime contre l'humanité. Ce point est également souligné dans l'analyse que Mario Bettati consacre au

(52) Charles DE VISSCHER, *La responsabilité des Etats*, Bibliotheca Visseriana, p. 113.

(53) A/C.6/35/SR. 51 10.

(54) A.C.D.I., 1996, vol. II, p. 52 13.

crime contre l'humanité : « Cette dernière disposition [les motifs admis en droit international] signifie que seraient donc exclues les poursuites dans le cas de déplacements justifiés tels que ceux visés à l'article 49 de la quatrième Convention de Genève de 1949 : les évacuations en cas d'urgence ou de catastrophe menaçant la vie ou le bien-être d'une population. » (55).

Néanmoins, on ne saurait en tirer une règle d'application générale, tout dépendant de l'acte constitutif de la violation. Dans le passé, par exemple, la question a pu se poser à propos de la pratique de la prise d'otages. Charles Rousseau fait ainsi état de certaines pratiques antérieures à la deuxième Guerre mondiale. Il rappelle que la Grande-Bretagne, réserve faite de certains abus commis dans la guerre du Transvaal « (...) a eu tendance à limiter la prise d'otages à des cas déterminés, tels que la nécessité d'assurer la sécurité des blessés et malades tombés aux mains ennemis et des prisonniers faits par une troupe irrégulière ou par des civils armés » (56). Charles Rousseau souligne que pour déterminer la licéité ou l'illicéité de la pratique, les tribunaux de guerre ont retenu des critères purement formels, tels que la notification, le rapport de proportionnalité et le choix des otages (57).

On peut exclure aujourd'hui que seuls ces critères seraient déterminants et que la nécessité serait admise. En effet, les normes des droits de l'homme posent des exigences incompatibles avec ces pratiques. La prise d'otages peut être considérée comme un traitement inhumain et dégradant et à ce titre, l'intérêt sacrifié ne semble pas pouvoir être d'une nature bien moindre que l'intérêt que l'on voudrait préserver, quel qu'il soit.

4.6. En conclusion, on peut donc considérer que l'état de nécessité ne peut exclure l'illicéité ni d'une agression, ni d'un génocide. Concernant les crimes contre l'humanité, les auteurs divergent dans leur appréciation. Pour Alain Pellet, cette exclusion est complète. Pour Sandra Szurek, si le caractère systématique des crimes contre l'humanité s'oppose également et le plus généralement à la possibilité d'invoquer l'état de nécessité, cette circonstance n'en reste pas moins admissible dans des hypothèses très limitées où des règles, conventionnelles ou de codification relatives aux actes constitutifs de ces crimes, laissent place implicitement à cette circonstance [v. *supra*, n° 4-5, article 18 g)]. Mais dans ce dernier cas on peut aussi considérer que les éléments constitutifs du crime ne sont pas réunis et donc qu'il n'y a pas crime contre l'humanité, ce qui réduit singulièrement l'opposition entre les deux auteurs, l'un et l'autre s'accordant par ailleurs pour considérer que l'état de nécessité n'est jamais une circonstance excluant l'illicéité d'un crime contre l'humanité dès lors que les éléments constituant celui-ci sont réunis.

(55) Mario BETTATI, *op. cit.*, p. 313-314, n° 45.

(56) Charles ROUSSEAU, *Droit des conflits armés, op. cit.*, p. 156, n° 101.

(57) *id.*, pp. 157-158, n° 101.

Par contre, l'état de nécessité ne doit pas forcément être exclu pour toutes les violations du droit de La Haye ou du droit de Genève qui ne constitueraient pas des infractions graves. Mais, à cet égard, il convient de ne pas confondre état de nécessité et nécessités militaires. En effet, pour ces dernières, on ne saurait en aucun cas élargir le champ qui leur est dévolu par les instruments conventionnels. Mais un état de nécessité peut survenir de circonstances extérieures, étrangères, ou encore connexes à un conflit et entraîner la commission d'un acte illicite.

5.1. *La légitime défense*

Aux termes du nouvel article 22 consacré à la légitime défense dans le cadre du projet sur la responsabilité des Etats adopté par la C.D.I. en deuxième lecture :

« L'illicéité du fait d'un Etat est exclue si ce fait constitue une mesure licite de légitime défense prise en conformité avec la Charte des Nations Unies » (58).

La légitime défense est donc la riposte à une agression armée, dont l'objectif ne peut être que de repousser l'agresseur et qui doit cesser dès que le danger qui justifiait le recours à la légitime défense a cessé. La C.D.I. n'apportant aucune précision sur les conditions d'exercice de la légitime défense, on doit donc tenir pour acquis que cette circonstance est entendue dans le sens qu'elle a en droit international coutumier (59). La réalité du danger, l'immédiateté de la riposte, la proportionnalité des moyens pour parvenir au but qui est de repousser l'agresseur, enfin la cessation du recours à la force dès que l'agression a été repoussée, forment les éléments constitutifs de la légitime défense.

Les débats auxquels la légitime défense avaient donné lieu, lors de son examen en première lecture, montraient cependant qu'il était difficile de déterminer à quoi l'exercice légitime ou « naturel » du droit de légitime défense autorisait un Etat. On peut observer que contrairement à l'article 26 relatif à l'état de nécessité, la Commission du Droit international n'avait posé aucune limite quant à la portée de la légitime défense comme circonstance excluant l'illicéité, dans la première version. Pour le Rapporteur spécial Roberto Ago, on ne pouvait imposer à l'Etat victime d'une agression des limites qui risqueraient de nuire au succès de sa réplique (60). Mais comme l'a remarqué L.-A. Sicilianos, dire toutefois que la licéité des

(58) A.G. Doc. A/55/10, *op. cit.*, p. 107.

(59) Cf. C.I.J., arrêt du 27 juin 1986, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, Rec., 1986, p. 94.

(60) C.D.I., 1619^e séance, 25 juin 1980, A.C.D.I., 1980, vol. I, p. 176 § 25.

moyens mis en œuvre en légitime défense devrait se mesurer uniquement à leur aptitude à atteindre le résultat recherché risque de conduire à des appréciations ouvrant la voie à des abus (61). Ce risque fut parfaitement perçu par W. Riphagen. Au cours de la discussion de l'article consacré à la légitime défense (article 34 du premier projet), ce dernier fit observer que cette disposition donnait l'impression de consacrer l'ancien adage *adversus hostem aeterna auctoritas*. Soulignant que la légitime défense désigne un motif et non des actes, Riphagen en déduisait que tout acte, même un génocide ou une violation grave des droits de l'homme — qui ne sont pas des mesures licites, pourrait être qualifié d'acte de légitime défense (62). On pourrait en effet se demander si, dans son action de légitime défense, l'Etat pourrait décliner sa responsabilité pour la commission d'actes constitutifs d'un génocide, de crimes contre l'humanité et de crimes de guerre.

Si le rapport de proportionnalité implique un génocide, pour terrifier l'agresseur, ou en riposte à un génocide commis par ce dernier, le génocide serait-il justifié? Or, pour Riphagen, les règles de *jus cogens* relatives à la protection des droits de l'homme dans les conflits armés demeurent valables même dans les relations avec l'Etat agresseur (63). Il était donc nécessaire, de son point de vue, de limiter la légitime défense à l'usage de mesures licites, alors que Roberto Ago n'acceptait de ne faire intervenir que l'action raisonnable (64), limitation que l'on peut trouver vague.

Le texte proposé en deuxième lecture par le Rapporteur spécial James Crawford, en particulier dans le paragraphe deux apportait, en revanche, des précisions intéressantes sur la portée de la légitime défense et répondait aux objections soulevées lors des précédents débats (65). Mais on peut regretter à cet égard que le Comité de rédaction ait proposé à la Commission de supprimer ce paragraphe 2 (66) qui aurait contribué à lever les incertitudes (et à donner un sens à l'article 34 dont on peut se demander si, dans sa rédaction actuelle, il relève bien du droit des règles secondaires auxquelles la C.D.I. prétend limiter son projet). C'est donc un texte « minimal » que la Commission a adopté en deuxième lecture.

(61) L.-A. SICILIANOS, *Les réactions décentralisées à l'illicite. Des contre-mesures à la légitime défense*, Paris, L.G.D.J., 1990, p. 316.

(62) C.D.I., 1635^e séance, 17 juillet 1980, *A.C.D.I.*, 1980, vol. I, p. 257 59.

(63) C.D.I., 1620^e séance, 26 juin 1980, *A.C.D.I.*, 1980, vol. I, p. 177 5.

(64) C.D.I., 1619^e séance, *id.*, p. 176 § 25.

(65) Le paragraphe 2 disposait que : « le paragraphe 1 ne s'applique pas aux obligations internationales qui sont, expressément ou implicitement, des obligations d'abstention totale même pour les Etats agissant dans le cadre d'un conflit armé ou en situation de légitime défense, et en particulier aux obligations de caractère humanitaire relatives à la protection de la personne humaine en période de conflit armé ou d'état d'urgence national. », C.D.I., *Doc. A/ CN.4/498/ Add.2*, p. 61.

(66) Cf. A/CN.4/L.574, p. 4.

5.2. Portée au regard de l'agression

Il peut paraître difficile de déterminer *a priori* les moyens autorisés par la légitime défense (67). Les tribunaux militaires internationaux de Nuremberg et de Tokyo, ont reconnu la formation d'un principe de droit non écrit excluant l'illicéité d'un emploi de la force armée en état de légitime défense. Mais comme le rappelle Roberto Ago, le Tribunal de Nuremberg examina si l'invasion par l'Allemagne nazie du Danemark et de la Norvège, puis de la Belgique, de la Hollande et du Luxembourg ainsi que l'attaque contre l'U.R.S.S. pouvaient être justifiées à titre d'actes commis en état de légitime défense. Le Tribunal de Tokyo se prononça sur cette même question en rapport avec les comportements du Japon et des Pays-Bas (68). Ce précédent montre que l'on a pu se poser la question de savoir si la légitime défense pouvait être invoquée pour justifier une agression.

L'évolution du droit international exclut qu'elle puisse être aujourd'hui encore posée en ces termes. En effet, si certains tiennent la règle affirmant le « droit naturel » de légitime défense en réponse à une agression armée pour une règle de *jus cogens*, qualité qui lui serait conférée pour cette raison qu'elle est elle-même la seule dérogation possible à une autre norme de *jus cogens* qui est l'interdiction du recours à la force (69), la légitime défense ne se justifie en tout cas que comme réponse à l'agression préalable d'un autre Etat. Elle ne saurait donc consister elle-même en une agression (70).

La légitime défense est strictement limitée comme moyen de défense contre une agression armée, que cette dernière ait été dirigée contre l'Etat qui y a recours ou un autre Etat. Par sa référence à la Charte des Nations Unies, l'article 22 prend en compte aussi bien la légitime défense individuelle que collective. On retrouve cette acception, par exemple, dans l'arrêt de la C.I.J. relatif aux *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua ou contre celui-ci*. La Cour affirme que dans le cas de légitime défense individuelle, ce droit ne peut être exercé que si l'Etat intéressé a été victime d'une agression armée. L'invocation de la légitime défense collective ne change évidemment rien à cette situation (71).

(67) V. par exemple H. Kelsen, *Principles of International Law*, 2nd ed. Rev. And edited by R.W. TUCKER, 1960, Holt, Rinehart and Winston inc., New York, Chicago, pp. 73 et s.

(68) Pour le Tribunal de Nuremberg, v. Sentence du 1^{er} octobre 1946, in *Procès des grands criminels de guerre*, 1947, t. I, pp. 215-226; pour le Tribunal de Tokyo, v. B.V.A. RÖLING et C.F. RÜTER, éd., *The Tokyo Judgment*, Amsterdam, APA-University Press Amsterdam, 1977, vol. I, pp. 46 et suiv. et 382. Cités par Ago, p. 59, paragraphe 103 et note 250.

(69) Point de vue affirmé notamment par Roberto Ago, *A.C.D.I.*, 1980, vol. I, p. 175 11.

(70) V. *A.C.D.I.*, 1980, vol. II, 2^e partie, p. 56 18 et James CRAWFORD, 2^e rapport sur la responsabilité des Etats, A/CN.4/498/Add.2, par.296; v. également, L.-A. SCILIANOS, *Les réactions décentralisées à l'illicite. Des contre-mesures à la légitime défense*, Paris, L.G.D.J., 1990, pp. 304-305 et note 341.

(71) C.I.J., *Rec.* 1986, p. 103, paragraphe 195.

5.3. *Au regard des autres crimes*

S'agissant des autres violations constitutives de crimes dont la légitime défense pourrait exclure l'illicéité, on pourrait y apporter une réponse simple : dans le droit international contemporain, la légitime défense ne se conçoit que comme une riposte à l'agression et le problème ne se pose dès lors que par rapport à celle-ci, ce qu'accrédite le renvoi à la Charte. Ce n'est donc que par rapport à l'agression et aux réponses qu'elle autorise, ou non, en cas de légitime défense, que l'on se situera.

La question s'est essentiellement posée au regard du principe de proportionnalité, comme cela fut affirmé dans le rapport de Brouckère de 1926 à la S.D.N. : la légitime défense suppose l'emploi de moyens proportionnés à la gravité de l'attaque (72). On trouve ici l'affirmation d'un *principe de proportionnalité* appelé à tenir un rôle essentiel tant dans le cadre de la légitime défense que dans celui des représailles. Mais l'affirmation précitée de ce principe ne manque toutefois pas d'ambiguïté. Comme on le sait, l'expression la plus ancienne de ce principe est la loi du talion. Certes, celle-ci introduisait une mesure dans la vengeance. Elle n'en supposait pas moins une vengeance identique ou équivalente au tort. Au XIX^e siècle cependant, apparut l'idée que l'excès dans la riposte n'est pas admissible. La sentence *Naulilaa* rendue en matière de représailles armées allait préciser le principe de proportionnalité en dégageant l'idée de proportionnalité admissible (73). Mais la résolution de l'Institut du droit international de 1934 dans son article 6, 2^o) énonce que l'Etat qui use de représailles en temps de paix est tenu de proportionner la contrainte employée à la gravité de l'acte dénoncé comme illicite et à l'importance du dommage (74). On retrouve une idée voisine chez J. Zourek : les moyens utilisés pour la légitime défense doivent toujours être proportionnés à la forme et à l'intensité de l'acte d'agression, c'est-à-dire ne doivent pas causer plus de préjudice qu'il n'est nécessaire pour arrêter ou supprimer l'invasion (75). La Cour internationale de Justice a conclu à l'existence d'une règle spécifique —... bien établie en droit international coutumier — selon laquelle la légitime défense ne justifierait que des mesures proportionnées à l'agression armée subie, et nécessaires pour riposter (76).

Mais les opinions précitées ne permettent pas de lever l'ambiguïté du principe de proportionnalité. Si l'agression s'est accompagnée d'un acte de

(72) L.-A. SICILIANOS, *op. cit.*, p. 312 et note 375.

(73) *Responsabilité de l'Allemagne à raison des dommages causés dans les colonies portugaises du Sud de l'Afrique*, 31 juillet 1928, R.S.A., II, pp. 1011-1033.

(74) A.I.D.I., 1934(28), p. 165, cité in Denis ALLAND, *Justice privée et ordre juridique international, Etude théorique des contre-mesures en droit international public*, Paris, Pedone, 1994, p. 294.

(75) J. ZOUREK, « La définition de l'agression et le droit international. Développement récents de la question », R.C.A.D.I., 1957-II, t. 92, p. 811.

(76) C.I.J., Rec. 1986, p. 122, par. 176.

génocide, la légitime défense autorise-t-elle, en retour, la commission du génocide ?

Un élément de réponse peut être trouvé dans la distinction opérée par Denis Alland, « [L]a proportionnalité joue, dès les origines, un rôle de mesure dans les affaires humaines, mesure que l'on doit comprendre, suivant son étymologie, comme une *modération* et non comme une *mensuration* (77) ». Dès lors, on ne cherche pas à établir ce qui est adéquat, mais ce qui est manifestement excessif. Cette condition impose donc de ne pas dépasser ce qui est nécessaire pour empêcher l'attaque ou ses conséquences. La légitime défense doit être limitée et adaptée aux circonstances.

Pour Daniel Bardonnnet, c'est également une conception flexible et qualitative qui prévaut en droit humanitaire. Mais, si l'on retient l'idée de modération et non de mensuration, la légitime défense ne pourra jamais justifier un acte de génocide comme riposte à un acte préalable de même nature. On en trouve confirmation dans la réserve exprimée par Daniel Bardonnnet, pour qui une attaque ne pourrait être justifiée sur la seule base de la proportionnalité si elle contrevient par ailleurs aux principes fondamentaux du droit humanitaire (78).

Il convient également à cet égard de se référer à la position de la Cour internationale de Justice selon laquelle la question n'est pas de savoir si les traités relatifs à la protection de l'environnement sont ou non applicables en période de conflit armé, mais bien de savoir si les obligations nées de ces traités ont été conçues comme imposant une abstention totale en période de « conflit armé » (79). Il y a, dans la réponse à cette question, l'un des éléments qui permettent de juger si une action est conforme aux principes de nécessité et de proportionnalité (80).

5.4. Posée comme une norme de *jus cogens*, dérogeant à la norme de *jus cogens* interdisant l'agression, la légitime défense ne peut autoriser une agression. Mais elle peut entrer en conflit avec une autre norme de *jus cogens*, l'interdiction du génocide, ou l'interdiction de la torture. Si l'on admet que la modération est un élément inhérent à l'exercice de la légitime défense, cette dernière impose donc des moyens qui ne soient pas manifestement excessifs. Un génocide, des crimes contre l'humanité portant atteinte aux droits fondamentaux de la personne humaine le seraient. Mais la légitime défense pourrait exclure l'illicéité des crimes de guerre, auxquels s'appliquent toutefois la réserve déjà faite, tenant aux actes constitutifs d'at-

(77) D. ALLAND, *op. cit.*, p. 307. Souligné par nous.

(78) Daniel BARDONNET, « Quelques observations sur le principe de proportionnalité en droit international », in *Le droit international dans un monde en mutation, Liber Amicorum en hommage au Professeur Eduardo Jiménez de Aréchaga*, Fundación de cultura universitaria, Montevideo, Uruguay, 1996, t. II, p. 1027.

(79) Avis consultatif préc., *Rec.* 1996, par. 30, p. 242.

(80) *Id.*.

teintes graves aux droits de la personne humaine, que même la légitime défense ne pourrait justifier.

6.1. *Les représailles : notion*

L'Institut de droit international a défini les représailles comme des mesures de contrainte dérogatoires aux règles ordinaires du droit des gens, prises par un Etat à la suite d'actes illicites, commis à son préjudice par un autre Etat et ayant pour but d'imposer à celui-ci, au moyen d'un dommage, le respect du droit (81). Cette définition des représailles correspond à ce que l'on dénomme aujourd'hui des « contre-mesures », circonstance excluant l'illicéité dans le cadre du droit de la responsabilité inter étatique (v. *infra* n° 6-4). La notion ne doit donc pas être confondue avec l'institution des représailles, telle que visée par le droit de La Haye et de Genève (v. *infra* n° 6-5)

6.2. Le statut des représailles a été longtemps incertain en droit international. Très tôt le besoin s'est fait sentir d'enfermer l'exercice des mesures de représailles dans certaines limites (82). La première limite à l'exercice des représailles à avoir été affirmée est celle de *la nécessaire proportion* entre le mal infligé par l'adversaire et les mesures de représailles appliquées. Le respect du principe de proportionnalité constituait ainsi la première condition de la licéité de leur exercice. Selon Nahlik, « Garder cette proportion, se montrer 'humain', frapper de représailles plutôt les biens que les hommes — voilà ce que prêchent, tout en reconnaissant le principe même des représailles, la plupart des publicistes réputés du XIX^e siècle » (83). Ce principe sera particulièrement affirmé dans le Manuel des lois de la guerre sur terre élaboré par l'I.D.I. à sa session d'Oxford en 1880 (84).

Néanmoins, avant la première guerre mondiale puis dans l'entre-deux-guerres, la doctrine restait divisée. Une partie d'entre elle, essentiellement allemande soutenait l'idée que les représailles, institution légitime du droit international, n'était sujette à aucune limitation (85). En opposition à cette doctrine, une autre partie tendait à poser des limitations à la possibilité d'y recourir (86)

Le Tribunal arbitral mixte dans la sentence relative à *l'Incident de Naulila*, condamna la conduite de l'Allemagne en l'espèce, entre autres, parce

(81) *Annuaire I.D.I.*, 1943, p. 708.

(82) Stanislaw E. NAHLIK, « Le problème des représailles à la lumière des travaux de la Conférence diplomatique sur le droit humanitaire », *R.G.D.I.P.*, 1978-1, p. 132.

(83) *Id.*, p. 133.

(84) *Annuaire I.D.I.*, vol. V, pp. 149 et s.

(85) Voir les auteurs cités par Nahlik, p. 135 et notes 18-20.

(86) *Id.* note 21.

que l'Allemagne n'avait pas observé la *proportion admissible* entre la faute imputée et la mesure de représailles à laquelle elle avait eu recours (87).

Cependant, une seule convention, la Convention relative au traitement des prisonniers de guerre signée à Genève le 27 juillet 1924 interdisait l'exercice de toute mesure de représailles à l'encontre des prisonniers de guerre à l'article 2, alinéa 3.

6.3. Sous le régime de la Charte, la prohibition des représailles militaires « ... est la conséquence du caractère englobant, voire impératif que revêt son article 2 paragraphe 4, marquant ainsi un tournant décisif par rapport au droit antérieur. » (88). De même, l'Assemblée Générale, dans sa résolution 2625 (XXV) portant *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats* énonce que les Etats ont le devoir de s'abstenir d'actes de représailles impliquant l'emploi de la force.

6.4. Dans le cadre du droit de la responsabilité inter étatique, l'ancienne institution des représailles a été reprise dans le cadre de l'article 30 relatif aux contre-mesures à l'égard d'un fait illicite, lequel, dans la formulation proposée par le rapporteur spécial, disposait que :

« L'illicéité d'un fait d'un Etat non conforme à une obligation de cet Etat envers un autre Etat est exclue si ce fait constitue une mesure légitime au regard du droit international prise à l'encontre de cet autre Etat comme suite à un fait internationalement illicite de ce dernier. » (89).

Les contre-mesures sont donc des réactions légitimes à un comportement illicite d'un Etat, qui selon le Rapporteur spécial, James Crawford « ont une finalité de répression ou d'exécution » (90).

En deuxième lecture, la Commission du Droit international a adopté le texte suivant, objet de l'article 23 « Contre-mesures à l'égard d'un fait internationalement illicite » :

« L'illicéité d'un fait d'un Etat non conforme à ses obligations internationales à l'égard d'un autre Etat est exclue si, et dans la mesure où, ce fait constitue une contre-mesure dirigée envers cet autre Etat dans les conditions énoncées aux articles 50 [47] à 55 [48] » (91).

L'article 51 [50] relatif aux obligations non soumises à des contre-mesures, prévoit notamment que ces dernières ne peuvent entraîner aucune

(87) Sentence du 31 juillet 1928, *R.S.A.*, 1949, V, 1, pp. 1019 et s., 1069 et s. V. également H.W. BRIGGS, *The Law of Nations, Cases, Documents and Notes*, N.Y., 1944, pp. 677 et s.

(88) L.-A. SICILIANOS, *op. cit.*, p. 420.

(89) C.D.I., *Doc. A/ CN.4/498/Add.2*, pp. 61-62. Dans la version adoptée en première lecture l'article 30 était ainsi rédigé : « L'illicéité d'un fait d'un Etat non conforme à une obligation de ce dernier envers un autre Etat est exclue si ce fait constitue une mesure légitime d'après le droit international à l'encontre de cet autre Etat, à la suite d'un fait internationalement illicite de ce dernier Etat. », *id.*, p. 15 § 242.

(90) *Id.*, p. 16 § 244.

(91) A.G., *Doc. A/55/10, op. cit.*, p. 107.

dérogação « à l'obligation de ne pas recourir à la menace ou à l'emploi de la force telle qu'elle est prévue dans la Charte des Nations Unies » (article 51 § 1a), « aux obligations concernant la protection des droits de l'homme fondamentaux » (article 51 § 1b), « aux obligations de caractère humanitaire excluant toute forme de représailles contre les personnes qu'elles protègent » (article 51 § 1c), « aux autres obligations découlant des normes impératives du droit international général » (article 51 § 1 d). L'article 52 [49] « Proportionnalité » précise quant à lui que « les contre-mesures doivent être proportionnelles au préjudice subi, compte tenu de la gravité du fait internationalement illicite et des droits en cause. » (92).

Compte tenu des précisions apportées par la Commission du Droit international et du projet tel qu'adopté en deuxième lecture, on peut dire que les contre-mesures n'autorisent pas une agression. Les contre-mesures n'autorisant pas à déroger aux normes impératives, aux droits fondamentaux de l'homme on peut aussi en conclure qu'elles n'autorisent ni un génocide, ni des crimes contre l'humanité.

6.5. Enfin, conformément à l'article 51 § 1 c) précité on peut conclure que les contre-mesures ne peuvent consister en représailles contre les personnes protégées par les obligations de caractère humanitaire. Les Conventions de Genève (CG) qui constituent un vrai code de la protection des victimes des conflits armés (93), ont posé le principe de l'interdiction formelle et inconditionnelle des représailles à l'égard des personnes et dans une certaine mesure des objets que chacune d'elles protège. Ainsi, l'interdiction des représailles figure dans la 1^{re} CG, art. 46; 2^e CG, art. 47; 3^e CG, art. 13, al. 3; 4^e CG, art. 33 al. 3. Elle figure également dans la Convention de La Haye sur la protection des biens culturels de 1954, article 4, al. 4.

L'interdiction des représailles figurant aux CG est confirmée et confortée par d'autres textes conventionnels de portée plus générale, comme la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 (article 60, al. 5) (v. *supra* n° 1-3).

6.6. Si les interdictions du recours aux représailles figurant dans le droit de Genève constituent une grande victoire de l'humanité (94), d'autant qu'elles ont un caractère absolu et n'admettent aucune exception, ces interdictions semblent gagner aussi la doctrine qui s'intéresse au droit de La Haye » (95).

(92) A.G., *Doc. A/55/10, op. cit.*, p. 115.

(93) NAHLIK, *op. cit.*, p. 137.

(94) La doctrine a souvent souligné que les représailles devaient être limitées par les lois de l'humanité V. par ex., A. CAVAGLIERI, « Règles générales du droit de la paix », *R.C.A.D.I.*, 1929, I, t. 26, p. 576; A. VERDROSS, « Règles générales du droit international de la paix », *R.C.A.D.I.*, 1929, V, t. 30, p. 492.

(95) v. notamment, OPPENHEIM-LAUTERPACHT, *International Law*, vol. II, 7^e édition, 1952; L. DELBEZ, *les P.G. du D.I.P.*, Paris 1964, p. 517.

Mais l'I.D.I. qui eut à s'occuper de la question (96) ne parvint pas à adopter de position sur les représailles. Le rapport préliminaire préparé par J. François ne prévoyait qu'une réglementation du recours aux représailles (97), qui ne se retrouvera pas dans son rapport définitif du 19 février 1958. Mais il n'en retenait pas moins le droit de recourir aux représailles, à la condition qu'il y ait eu préalablement constatation impartiale des faits incriminés.

Le rapport de Mme D. Bindschedler-Robert consacré au droit des conflits armés présenté à la conférence consacrée en 1969, à Genève, par la Dotation Carnegie, à ce thème, se situe aux confins des deux droits de La Haye et de Genève (98). Tout en considérant souhaitable une interdiction complète des représailles, l'auteur ne la jugeait pas réaliste.

Par contre le C.I.C.R., qui présenta en 1969 un rapport à la XXI^e Conférence Internationale de la Croix-Rouge se prononça en principe pour une interdiction complète des représailles, et, en tout cas, pour la fixation de certaines limites à leur exercice : enquête et constatation impartiale des faits; proportionnalité; exercice des représailles dans le même domaine que celui de la violation; respect dans tous les cas des lois de l'humanité. Mais les experts étant partagés sur ce point, les conclusions du CICR ne mirent l'accent que sur le respect du principe de proportionnalité (99).

6.7. Le Protocole I de 1977 aux Conventions de Genève ne contient aucune clause générale concernant les représailles, soit pour les interdire expressément, soit pour en fixer les conditions. Mais certaines de ses dispositions interdisent expressément les représailles contre la population civile, les biens de caractère civil, les biens culturels de caractère indispensable à la survie de la population civile et contre l'environnement naturel (Titre IV, article 52 1; 53; 54 4; 55 2).

Dans tous ces cas, les contre-mesures ne pourraient contrevenir à ces dispositions.

6.8. De ce qui précède, on peut conclure que ni les contre-mesures ni les représailles ne peuvent autoriser le génocide, des crimes contre l'humanité ni, dans tous les cas, des crimes de guerre portant sur les personnes ou sur les biens protégés par des dispositions spécifiques des instruments de droit international humanitaire. Les représailles n'autorisent pas plus l'agression, bien entendu. On citera à ce sujet cette remarque de Julio Barboza : It is hardly necessary to state that the fact that reprisals belong to the necessity

(96) V. *Annuaire I.D.I.*, vol. 45/I (1954), p. 515.

(97) *Annuaire I.D.I.*, vol. 47/I (1957).

(98) *A reconsideration of the Law of Armed Conflicts*, Conference Carnegie, 1969, pp. 1 et s.

(99) V. XXI^e Conf., Istanbul, sept. 1969 : Réaffirmation et développement des lois et coutumes applicables dans les conflits armés, Rapport C.I.C.R., Genève, mai 1969, pp. 96-100.

family, does not authorize the state taking them to use force in such a manner as to incur in an act of aggression against another state (100).

Conclusions

7.1. Il va de soi que les conclusions auxquelles nous parvenons ne préjugent pas l'opinion que l'on peut avoir sur l'article 31 du Statut de la C.P.I. qui n'a vocation à s'appliquer qu'à la responsabilité pénale des individus et non à la responsabilité internationale de l'Etat. Il nous semble cependant que lorsque l'accusé est un agent de l'Etat et a agi en tant que tel, la Cour ne pourra manquer de s'interroger sur la responsabilité de l'Etat lui-même au nom duquel il a agi. Or, autant il nous semble que le caractère impératif des normes de droit international général qui sont souvent en cause exclut que leur violation puisse être excusée par une quelconque circonstance excluant l'illicite, autant il nous apparaît que lorsque la norme violée n'a pas ce caractère la réponse est, pour le moins, moins évidente.

Tel est le cas, en particulier, s'agissant des crimes de guerre qui sanctionnent les violations des règles du droit de La Haye aussi bien que de Genève mais dont il nous paraît abusif et réducteur de prétendre qu'elles ont toutes acquis un caractère *cogens*. A cet égard, on se reportera avec profit, par exemple, à la position du TPIY dans l'affaire *Celebici* concernant l'acte de pillage, dont la gravité n'a pas été retenue (101).

7.2. Le problème de l'agression est plus compliqué encore. D'une part, il est certain qu'elle justifie l'exercice du droit naturel de légitime défense et légitime du même coup une riposte armée (proportionnelle) qui eût pu être qualifiée d'agression si l'acte initial ne l'avait pas été lui-même. D'autre part, cette constatation ne résout en rien l'entêtant problème de la définition de l'agression, si mal réglé par la résolution 3314 (XXIX) de 1974, et laisse entier le problème de savoir quelles ripostes à l'utilisation de la force armée ne constituant pas une agression sont (ou seraient) licites.

7.3. En revanche, il nous apparaît que le génocide et les crimes contre l'humanité (dans la définition restrictive de ceux-ci, qui suppose systématisme et massivité) ne sauraient être justifiés par quelque circonstance excluant l'illicéité que ce soit. Sur ce joint, néanmoins, une divergence est apparue entre nous (v. n° 4-6).

(30 octobre 2000)

(100) Julio BARBOZA, « Necessity (Revisited) in International Law », in *Etudes de droit international en l'honneur du juge Manfred Lachs*, Martinus Nijhoff Publishers, 1984, p. 38.

(101) V. Hervé ASCENSIO et Rafaëlle MAISON, « L'activité des Tribunaux pénaux internationaux (1998) », *A.F.D.I.*, 1998, p. 386.