

La notion de faute à la lumière du projet de convention de la Commission du Droit International sur la responsabilité internationale

Andrea Gattini *

I. Introduction. Le problème de la faute dans la doctrine et dans le projet de codification de la CDI

Peu de questions ont autant occupé, fasciné et divisé les amateurs de droit international que le rôle de la faute, entendue comme attitude psychologique de l'individu, dans la problématique de la responsabilité internationale.

Cet intérêt s'explique facilement: reconnaître ou non la faute en tant qu'élément constitutif du délit international, c'est aller au-delà d'une prise de position doctrinale en la matière; il s'agit plutôt d'une déclaration de foi plus ou moins consciente, d'une *Weltanschauung* du droit international. A l'époque d'Anzilotti, on se demandait si la faute avait encore une raison d'être dans un système dominé par la «positivité» objective de la volonté des Etats.¹ Entre les deux guerres, la question était de savoir si le droit international, vu sa nature de droit primitif, était en mesure d'accueillir ces concepts raffinés que sont la faute et la responsabilité individuelles, lesquels existent dans les systèmes nationaux les plus évolués.² Aujourd'hui, dans une curieuse inversion de perspective qui est assez significative, on se demande si le droit international ne rendrait pas un meilleur service aux exigences du monde contemporain s'il cessait de considérer la faute comme une condition nécessaire du délit. En effet, il en va ainsi dans les systèmes nationaux les plus évolués, pour un nombre sans cesse croissant d'activités techniques réputées dangereuses, ou qui comportent en tout cas un coût social élevé en termes de risque de dommages.³

* Université de Padoue.

1 Voir surtout D. Anzilotti, *Teoria generale della responsabilità dello Stato nel diritto internazionale* (1903).

2 Voir Kelsen, «Unrecht und Unrechtsfolgen», 12 *ZöR* (1932) 485.

3 Voir Bedjaoui, «Responsibility of States: Fault and Strict Liability», 10 *Encyclopedia of Public*

Par ailleurs, le débat sur la faute semblait avoir perdu de son intérêt ces dernières années. La nouvelle doctrine, qu'un auteur qualifiait récemment d'éclectique,⁴ rechignait à analyser davantage le thème. Des observations empiriques corroboraient l'opinion selon laquelle on ne pouvait donner de réponse univoque au problème de la faute: dans certains cas, la faute serait un élément indispensable pour affirmer qu'il y a délit, dans d'autres, en revanche, elle ne serait pas nécessaire. La tâche de la doctrine serait uniquement d'identifier précisément ces deux catégories et de rechercher la *ratio* de l'élément qui distingue l'une de l'autre.

Cette tendance de la doctrine avait déjà été annoncée partiellement par Schwarzenberger à la fin des années 1950. Selon lui, il n'existe aucune règle qui impose à un tribunal international d'appliquer un test objectif ou subjectif de responsabilité. C'est plutôt le caractère discrétionnaire du pouvoir judiciaire qui, à la lumière de critères d'équité et de raison, doit suggérer pour chaque cas particulier une solution qui tienne compte ou non d'éléments subjectifs.⁵ Zemanek a récemment offert une explication pour cet état de choses: pendant la période qui va grosso modo jusqu'à la Deuxième Guerre mondiale, c'est-à-dire une période qui débute dans l'euphorie avant de continuer dans l'espoir quant à l'avenir d'un système juridictionnel obligatoire, les arbitres ont abordé le problème de la responsabilité en appliquant les principes généraux du droit, parmi lesquels figurait également celui de la faute. Plus tard, en revanche, alors que les Etats s'opposaient résolument à recourir à un système juridictionnel pour résoudre leurs différends, on a assisté à la propagation de doctrines fondées sur la responsabilité objective.⁶ Si on développe la pensée de Zemanek, on peut dire qu'un scepticisme croissant quant aux possibilités du système juridictionnel a fait en sorte que les Etats, quand ils y ont recouru, se sont en général limités à lui demander un jugement sur la violation objective d'une norme internationale. En outre, ils ont soigneusement évité toute question – dont précisément celle de la faute de l'agent – susceptible de conférer aux juges un pouvoir d'enquête qui aurait pu avoir une incidence sur la structure et l'organisation interne des Etats. Les tribunaux internationaux se seraient donc adaptés à cette situation et auraient essayé de prendre en considération l'élément subjectif du délit en ayant recours à des critères d'équité ou à des concepts comme l'impossibilité, le caractère non volontaire, l'erreur ou le hasard pour révéler son existence, ne serait-ce qu'*a contrario*.

Comme nous l'avons mentionné, la doctrine actuelle la plus avisée tente de résoudre le problème de la faute par une approche différente. On la trouve formulée en termes généraux chez des auteurs comme Bronwlie,⁷ Conforti⁸ et Dupuy.⁹ Ce

International Law (EPIL) 361-362.

4 R. Pisillo Mazzeschi, *Due diligence e la responsabilità internazionale degli Stati* (1989) 101 ss., 124.

5 G. Schwarzenberger, *International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, IV (1957) 649.

6 Zemanek, «Responsibility of States: General Principles», in 10 *EPIL* 363.

7 I. Bronwlie, *System of Law of Nations: State Responsibility I*, (1983) 45.

dernier fait observer que dans de nombreux cas, «la démonstration du caractère illicite d'un fait imputable à l'Etat dépendra de la recherche des intentions et réintroduira ainsi dans l'appréciation de l'acte des considérations inévitablement subjectives». ¹⁰ En règle générale, les catégories de faits imputables à l'Etat qui témoignent de l'intention de l'auteur relèvent des obligations définies en termes de finalité et des cas où l'exercice d'un droit se fait sur la base de considérations incompatibles avec le respect de normes juridiques applicables. A titre d'exemple, Dupuy cite les cas de l'expropriation (internationalement licite lorsqu'elle est ordonnée dans l'intérêt public ¹¹) et de diverses décisions étatiques telles que l'admission et l'expulsion d'étrangers (illicites lorsqu'elles sont effectuées arbitrairement ¹²). Des considérations de caractère subjectif se manifestent également, selon l'auteur, en matière de *due diligence*. ¹³

D'autres auteurs proposent des distinctions plus systématiques. Zemanek ¹⁴ se réfère à la doctrine de Strupp ¹⁵ – dont l'influence sur la doctrine de langue allemande ne s'est jamais démentie, du moins en tant que critère préliminaire – et opère une distinction entre délits par commission (*Handlungsdelikte*) et par omission (*Unterlassungen*). Dans chacune de ces catégories, la faute est une condition du délit; toutefois, elle est plus objective dans la première catégorie, dans la mesure où les moyens qu'il faut employer pour s'acquitter des obligations sont évalués par référence à un standard international, de sorte que tout manquement à ce modèle représente en soi un comportement fautif. ¹⁶

Sous un angle encore différent, c'est-à-dire en partant d'une conception générale de faute objective, Pisillo Mazzeschi ¹⁷ a récemment proposé une théorie qui, réactualisant l'idée d'Anzilotti, opère une distinction entre obligations de moyens et obligations de résultat. Pour chacune de ces obligations, l'Etat serait tenu au respect strict de la norme internationale. Toutefois, les premières auraient une particularité: la norme même n'imposerait rien d'autre à l'Etat que l'adoption d'un comportement diligent qu'elle déterminerait.

Etant donné les incertitudes de la doctrine, il est intéressant de connaître l'opinion de la CDI, qui se trouve aux prises depuis plusieurs décennies avec la codification des

⁸ B. Conforti, *Diritto internazionale* (3 ed. 1987) 347.

⁹ Dupuy, «Le fait générateur de la responsabilité des Etats», 188 *RdC* (1984) 37.

¹⁰ *Ibid.*, 35.

¹¹ Voir aussi I. Bronwlie, *Principles of Public International Law* (3 ed. 1979) 538-539.

¹² Sur ce point, voir également M. Tamburini, *Trattamento degli stranieri e buona fede nel diritto internazionale generale* (1984) 62.

¹³ Dupuy, «Le fait générateur», *supra* note 9, 35 et note 57.

¹⁴ De cet auteur, voir surtout «Schuld- und Erfolgschaftung im Entwurf der Völkerrechtskommission über Staatenverantwortlichkeit», in *Festschrift Bindschedler* (1980) 322.

¹⁵ Strupp, *Das völkerrechtliche Delikt* (1920) 52 ss.

¹⁶ Zemanek, *supra* note 14, 323.

¹⁷ R. Pisillo Mazzeschi, *Due diligence*, *supra* note 4, 390 ss.

règles sur la responsabilité des Etats.¹⁸ Ses travaux reflètent la manière par laquelle la doctrine moderne la plus avisée tente de fournir une réponse au problème de la faute en se situant uniquement au niveau des normes primaires.

La distinction entre obligations primaires et obligations secondaires en matière de responsabilité internationale, opérée au début des années 1960 – sur suggestion d’Ago¹⁹ – par la Commission du droit international, est trop connue pour devoir faire ici l’objet d’un approfondissement. On connaît également les critiques, formulées principalement du côté anglo-américain,²⁰ contre le choix de la Commission de codifier exclusivement les normes secondaires, c’est-à-dire les normes qui régissent les conditions d’existence du délit et ses conséquences. D’une part, le côté très abstrait du projet de codification empêche que l’on prenne en considération les thèmes classiques de la responsabilité des Etats en matière de traitement des étrangers. D’autre part, le corset dogmatique imposé par la Commission empêche cette matière intarissable qu’est la responsabilité des Etats de se libérer d’un modèle rigide et artificiel.

La méthode de la CDI part du principe que la responsabilité constitue la conséquence inévitable de tout délit.

C’est précisément sur la base de cette considération que la Commission estime pouvoir soumettre à une œuvre de codification unitaire les normes relatives à la responsabilité. Comme le fait observer Simma,²¹ ceci est justifié, dans la mesure où une violation, par exemple d’un traité bilatéral d’amitié et de commerce, fonde la responsabilité de l’Etat tout autant qu’une violation de l’interdiction d’employer la force ou le génocide. Cependant, ces exemples montrent précisément combien une généralisation trop poussée des conséquences du délit se révèle impossible, étant donné que celles-ci dépendent aussi et surtout du caractère de la norme primaire violée.

On sait que l’article 3, relatif aux éléments constitutifs du fait illicite international, est la clef de voûte de toute la systématique de la CDI. L’article reconnaît deux éléments: a) un comportement (acte ou omission) imputable à l’Etat sur la base du droit international; b) le fait que ce comportement constitue un manquement à une obligation de droit international.²²

18 Jusqu’à présent, la CDI a adopté en première lecture (1980) la première partie du projet relative aux origines de la responsabilité (articles 1-35), Annuaire CDI 1980 II, 2ème partie, 30-34, et cinq articles de la deuxième partie, relative au contenu, à la forme et au degré de la responsabilité.

19 Voir Annuaire CDI 1963 II, 227 ss.

20 Voir Lillich, «The Current Status of the Law of State Responsibility for Injuries to Aliens», in R. Lillich (ed), *International Law of State Responsibility* (1983) 21, avec d’autres indications bibliographiques; voir aussi, plus récemment, Boyle, «State Responsibility and International Liability for Injurious Consequences of Acts not Prohibited by International Law: A Necessary Distinction?», 39, *ICLQ* 1990, 1 ss.

21 Simma, «Grundfragen der Staatenverantwortlichkeit in der Arbeit der International Law Commission», 21 *Archiv des Völkerrechts* (1986) 364.

22 Article 3 du projet: «*Eléments du fait internationalement illicite de l’Etat*».

Quant à la faute, on n'en trouve mention ni dans les travaux de la CDI relatifs à la première partie du projet, ni dans les rapports d'Ago. Pour une série de raisons, cette absence a de quoi laisser perplexe. Tout d'abord, il est surprenant que l'on omette la faute, thème classique de la responsabilité, dans un projet par ailleurs très abstrait et «académique». Cette omission ne devient que plus étrange lorsque l'on sait que c'est précisément au rapporteur Ago que l'on doit certaines des études les plus approfondies et les plus éclairantes sur le thème de la faute.

En fait, Ago avait clairement exprimé son intérêt pour cette problématique dans le rapport qu'il avait rédigé en qualité de président du sous-comité de la CDI. Celui-ci avait été chargé en 1963 d'examiner les possibilités de codifier le domaine de la responsabilité internationale, à la suite de l'enlisement définitif de la tentative réalisée à la fin des années 1950 par Garcia Amador. Le concept de faute figurait bien parmi les questions présentées par Ago.²³ Au cours du débat, Jimenez de Arechaga proposa d'éliminer du texte du rapport toute référence à la faute, précisant qu'il s'agissait d'une question sans aucun doute intéressante d'un point de vue théorique, mais qui ne convenait pas au but pratique d'un projet de codification.²⁴ Ago répliqua qu'un débat approfondi était nécessaire. Il repoussa aussi la thèse du manque d'intérêt pratique du problème en évoquant l'exemple du survol involontaire et non autorisé de l'espace aérien d'un pays étranger.

L'omission totale d'une quelconque référence à la faute au cours des longues années du difficile travail qu'a représenté la codification des conditions d'existence du fait illicite international ne doit pas pour autant laisser à penser que la question ait été ignorée par Ago ou par les membres de la Commission. Au contraire, comme nous allons le voir, et même si elle est restée dans l'ombre, c'est elle qui a imposé la solution de divers problèmes, notamment en ce qui concerne le délit pour violation des obligations de prévention (II) ou les circonstances qui excluent le délit (III). Enfin, le nouveau rapporteur Arangio-Ruiz a mis en lumière l'importance de la faute aux fins des conséquences du fait illicite, en particulier la réparation (IV).

II. Les obligations de prévention, la due diligence et la faute

A. L'article 23 du Projet

L'article 23 du Projet, consacré aux obligations de prévention, dispose qu'il y a violation de l'obligation «si, par le comportement adopté, l'Etat n'assure pas ce résultat».²⁵ Cet article étant ainsi rédigé, on ne peut que donner raison à Zemanek,

23 Annuaire CDI 1963 II, 223.

24 Ibid., 236.

25 Article 23 du projet: «Violation d'une obligation internationale requérant de prévenir un événement donné».

qui y voit la formulation d'une responsabilité objective illimitée.²⁶ Ceci ne semble toutefois pas avoir été l'intention de la Commission,²⁷ et encore moins d'Ago.²⁸

Durant la discussion de l'article, les membres de la Commission eurent souvent recours au concept de due diligence pour délimiter la portée de l'obligation.²⁹ D'une manière ou d'une autre, ces critiques manifestaient le mécontentement qui régnait quant à un critère de responsabilité uniquement fondé sur la donnée objective qu'est la survenance de l'événement. Ago estimait lui aussi que les obligations de prévention devaient être interprétées à la lumière de ce qui était possible et raisonnable. Il s'opposa toutefois à ce que l'on précise davantage le contenu et la portée de ces obligations, ce qui eût entraîné un glissement vers le domaine du droit primaire, risque dont la Commission devait se garder si elle ne voulait pas s'exposer à des difficultés insurmontables.

Ce faisant, Ago semblait adopter un point de vue qu'il avait lui-même rejeté très clairement cinquante ans plus tôt, c'est-à-dire la thèse d'Anzilotti selon laquelle la due diligence serait le contenu même de la norme, et non pas un facteur dont il faudrait tenir compte au moment d'établir une faute éventuelle. Rappelons brièvement les termes de cette question.

Anzilotti avait essayé de démontrer l'impossibilité logique de la faute en droit international. Dans ce but, il avait étudié séparément la responsabilité de l'Etat pour le comportement des agents et pour les actes des particuliers. Au sein de la première catégorie, Anzilotti avait opéré une distinction entre, d'une part, un comportement illicite tant du point de vue du droit international que du droit national et, d'autre part, un comportement illicite au regard du seul droit international. Dans le premier cas, le problème de la faute ne se poserait pas, l'Etat ne pouvant même pas se voir imputer le délit³⁰ (il en répondrait donc à titre de garantie pour le fait d'un tiers³¹). La faute n'apparaîtrait pas plus dans le second cas, car il n'est pas possible de reprocher quoi que ce soit à l'agent qui applique une norme étatique. Ici aussi, l'Etat serait appelé à

26 Zemanek, «Schuld- und Erfolgshaftung», *supra* note 14, 331. L'incise «par la conduite adoptée», qui devrait sans doute suggérer une limitation quelconque de l'obligation, est en réalité superflue, dans la mesure où il apparaît clairement qu'il faut établir l'existence d'un lien causal avec le comportement de l'Etat pour fonder sa responsabilité.

27 Voir Annuaire CDI 1978 II, 2ème partie, 82 para. 6, 85 para. 13.

28 Ago, «Septième rapport», Annuaire CDI 1978 II, 1ère partie, 37. L'article proposé par le rapporteur contenait une incise, en vertu de laquelle l'Etat n'aurait encouru de responsabilité qu'«à la suite d'un défaut de prévention».

29 Il n'est pas surprenant que ce souci ait été soulevé surtout par des membres originaires de pays en voie de développement ou tout au moins sensibles aux problèmes de ceux-ci. Voir les interventions de Calle y Calle (Annuaire CDI 1978 I, 6 para. 19), Njenga (*ibid.*, 9 para. 38), Diaz Gonzalez (*ibid.*, 9 para. 1-3), Pinto (*ibid.* 11-12 para. 18-19), El-Erian (*ibid.*, 15 para. 9-10), Sette Camara (*ibid.*, 17 para. 29).

30 Le fondement de l'argumentation d'Anzilotti est le suivant: «les normes juridiques par lesquelles la volonté et l'action individuelle se transforment en volonté et action de l'Etat sont des normes de droit interne». Il en résulte pour Anzilotti qu'il est impossible d'imputer à l'Etat un comportement qu'il condamne lui-même. Voir *Teoria Generale*, *supra* note 1, 130.

31 *Ibid.*, 134.

répondre du délit en raison de la différence objective existant entre l'ordre juridique interne et l'ordre juridique international.³² Quant à la responsabilité pour les actes des particuliers, Anzilotti considérait qu'elle n'incombait pas à l'Etat, s'il avait pris des précautions pour empêcher l'acte dommageable, moins par manque de faute que parce qu'il n'aurait manqué à aucune obligation.³³

Il ne nous appartient pas ici de rendre compte de l'énorme influence exercée par la pensée d'Anzilotti sur la doctrine postérieure en matière de responsabilité. Il suffit d'observer que sa conception cadre parfaitement avec une époque dominée par le dualisme et par une stricte conformité au dogme de la volonté de l'Etat. Dupuy³⁴ a décrit avec un sens aigu de la synthèse le lien entre cet humus culturel et la naissance de la théorie de la responsabilité internationale objective. Le mérite d'Ago a été de réfuter les thèses d'Anzilotti sur leur propre terrain. Dans un essai fondamental paru en 1939,³⁵ Ago démontra que l'on ne pouvait faire valoir aucun argument logique pour nier l'existence de la faute en matière de délit international. Selon lui, le point de départ d'Anzilotti (et dans son sillage, celui de Kelsen³⁶) est erroné: en ce qu'il considère que seul le droit interne détermine les règles en vertu desquelles la volonté ou l'action de l'individu-organe seraient juridiquement attribuables à l'Etat. Au contraire, il faut plutôt de reconnaître qu'il existe un principe qui vaut pour le droit international comme pour chaque système juridique: l'imputation d'un fait déterminé à un sujet particulier doit être le fait du système même.³⁷

Ago critique également la distinction opérée par Anzilotti entre l'Etat et l'organe, le premier étant exclusivement soumis au droit international et le second exclusivement au droit national. Il ne s'agit pas ici d'opposer une vision moniste et une vision dualiste, mais de reconnaître que l'organe ne peut être envisagé comme un *quid* en marge de l'Etat, étant donné qu'il en est la personnification même.³⁸

32 Ce point est amplement développé dans le *Cours* (3 ed. 1927) 500.

33 Selon les termes d'Anzilotti: «la due diligence n'est pas un élément particulier et subjectif de la responsabilité ... mais bien le contenu du devoir international de l'Etat», *Teoria generale, supra* note 1, 137 note 26.

34 Dupuy, «Faute de l'Etat et 'fait internationalement illicite'», 5 *Droits* (1987) 53.

35 Ago, «La colpa nell'illecito internazionale», in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano III* (1940) 177 ss. (traduction allemande in 20 *ZöR* (1940) 449 ss.). Les citations se réfèrent à l'extrait daté de 1939 et à sa pagination propre.

36 Voir Kelsen, «Unrecht», *supra* note 2, 498.

37 Ago, «La colpa», *supra* note 35, 20 avec référence à Perassi, *Lezioni di diritto internazionale* (1934) 94. La thèse dominante de l'imputation normative a été critiquée par un nombre d'auteurs (notamment Arangio-Ruiz), qui lui opposent une imputation de fait. Cette construction (sur laquelle voir *infra* texte aux notes 143-146) n'a pas par ailleurs de conséquences sur l'existence et l'importance de la faute en tant qu'élément du délit.

38 Ago, «La colpa», *supra* note 35, 21. Ce point avait déjà été mis en évidence par Strupp, *Das Delikt*, *supra* note 15, 48, qui estimait que le problème de la faute était théoriquement possible, même en présence d'un comportement licite au regard du droit interne, bien que par la suite, alléguant une pratique internationale assez vague, il se prononçait en faveur d'une responsabilité objective pour les délits par commission.

Ago conclut donc que rien ne s'oppose à ce que le droit international puisse estimer – sur la base de ses propres règles – que le comportement d'un organe étatique est dolosif, fautif ou, au contraire, exempt de faute.

En ce qui concerne la responsabilité de l'Etat pour des actes commis par des particuliers, Ago fait observer que la pratique est unanime: elle exige que les organes-agents soient fautifs. En réponse à la tentative d'Anzilotti d'intégrer la faute dans la structure de la norme, Ago fait observer avec finesse que cette construction est quelque peu contradictoire, puisqu'elle revient à dire qu'«on répond, même sans faute, du manquement à une obligation de ne pas commettre de faute». ³⁹ L'aphorisme de Ago est très juste: que l'on attribue la due diligence au contenu même du cas d'espèce ou qu'on la maintienne dans le champ d'étude de la faute, le processus mental mis en œuvre pour vérifier la violation de la norme ne change pas. ⁴⁰

B. La due diligence

Le problème est donc de savoir ce que l'on entend par les expressions «due diligence» et «mesures praticables». Comme on le sait, la définition de la due diligence constitue un des problèmes les plus épineux dans le domaine de la responsabilité internationale. On pourrait affirmer que la doctrine n'a pas beaucoup progressé en cent ans, depuis qu'en 1887, le secrétaire d'Etat américain Bayard déclara que: «due diligence is the diligence good governments are accustomed to exercise under the circumstances». ⁴¹

Bien sûr, dans son projet de codification de 1929, l'*Harvard Law School* avait raison de faire observer – affichant là un flegme des plus académiques – que «due diligence is a standard, not a definition». ⁴² La tâche ingrate de transformer le concept en un instrument opérationnel pour les Etats revint aux membres de la troisième commission de la Conférence de La Haye de 1930. Cette commission était chargée de

³⁹ Ago, «La colpa», *supra* note 35, 24; et en ce qui concerne les délits par omission, voir aussi la critique de Strupp, *Das Delikt*, *supra* note 15, 55-56.

⁴⁰ Zemanek, «Schuld- und Erfolgshaftung», *supra* note 14, 330 a démontré clairement comment, en droit international les normes classiques de prévention ne se prêtent pas à ce que l'on entende la *due diligence* en termes d'élément normatif du cas d'espèce. Il donne comme exemple l'article 22, paragraphe 2 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, lequel établit que «l'Etat accréditaire a l'obligation spéciale de prendre toutes mesures appropriées afin d'empêcher que les locaux de la mission ne soient envahis ou endommagés, la paix de la mission troublée ou sa dignité amoindrie». Si la thèse d'Anzilotti était exacte, la norme devrait au moins indiquer les critères de concrétisation de l'obligation. Si d'un côté il est clair que la norme n'entend pas imposer à l'Etat d'accueil une obligation absolue de prévention, d'un autre côté, elle n'offre aucun moyen d'établir quelles sont les «mesures appropriées» évoquées dans le texte. Même la doctrine «objectiviste» a fini par admettre l'impossibilité de ramener de telles mesures à une échelle d'évaluation unitaire. Voir par exemple Wolf, «Die gegenwärtige Entwicklung der Lehre über die völkerrechtliche Verantwortlichkeit der Staaten», 43 *ZaöRV* (1983) 503.

⁴¹ Note du secrétaire d'Etat dans l'affaire *Negrete*, cit. in Moore, *History and Digest of International Law* (1906) VI 962.

⁴² Cf. 23 *AJIL* 1929, Spec. Suppl., 187.

codifier la responsabilité des Etats à raison des préjudices causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers. Le rapporteur De Visscher admit humblement devant la Commission que le sous-comité chargé de la rédaction «avait vainement essayé de préciser la teneur de l'obligation. Il a été reconnu qu'il était impossible de le faire».⁴³

La doctrine s'est efforcée de donner un contenu précis à la due diligence, prenant simultanément en considération les multiples aspects qui se présentent dans le cas concret, lesquels ne se laissent pas condenser dans une formule réductrice. Parmi les circonstances dont il faut tenir compte dans le domaine de la protection des étrangers, on trouve celles qui concernent le caractère public ou non de l'étranger,⁴⁴ la gravité du danger auquel sa vie et ses biens sont exposés,⁴⁵ les particularités géographiques du lieu de résidence,⁴⁶ le fait qu'une aide avait été requise,⁴⁷ ou que les organes étatiques aient été au courant d'un danger concret,⁴⁸ la multiplicité de manifestations populaires de caractère xénophobe,⁴⁹ la situation de guerre, guerre civile ou de troubles dans laquelle l'Etat se trouve,⁵⁰ les moyens techniques dont il dispose en raison de son degré de développement,⁵¹ etc.

⁴³ *Actes de la Conférence pour la codification du droit international, IV, Procès-Verbaux de la Troisième Commission*, 144.

⁴⁴ On sait que l'Etat est tenu à un degré de protection plus élevé pour les étrangers qui occupent des fonctions publiques. Voir la prise de position du Conseil de la Société des Nations dans l'affaire *Tellini* (homicide du membre italien de la commission internationale pour la fixation de la frontière greco-albanaise), *Journal Officiel de la SdN*, 5, année 4 (1924), 524; v. aussi l'affaire *Mallén* (Mexique/Etats-Unis 1927) IV *RIIA* 175. Ce point est déjà évoqué par Vattel, *Droit des gens*, Livre IV, Chap. VII para. 82.

⁴⁵ Elément à mettre en parallèle avec la prudence particulière dont la police doit faire preuve lorsqu'elle utilise des armes à l'encontre des citoyens, voir affaires *Garcia et Garza* (Mexique/Etats-Unis 1926) IV *RIIA* 121, *Falcón* (Mexique/Etats-Unis 1926) *ibid.* 104, *Kling* (Etats-Unis/Mexique 1930) *ibid.* 579.

⁴⁶ On a reconnu l'importance de «sparsely settled conditions of the region» dans de nombreux arbitrages, parmi lesquels *Boyd* (Etats-Unis/Mexique 1928), IV *RIIA* 380, *Smith* (Etats-Unis/Mexique 1929) *ibid.* 469, *Mead* (Etats-Unis/Mexique 1930) *ibid.* 655, *Bartlett* (Royaume-Uni/Mexique 1931) V *RIIA* 152, *Buckingham* (Royaume-Uni/Mexique 1931), *ibid.* 288.

⁴⁷ Voir sur ce point les nuances entre les affaires *Boyd*, IV *RIIA* 380; *F.M. Smith*, IV *RIIA* 470; *Kennedy* (Etats-Unis/Mexique 1926), IV *RIIA* 198-199, *Chapman*, *ibid.* 634, *Mead*, *ibid.* 655. Sur ce point, voir également Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad* (1915) 219.

⁴⁸ Voir par exemple les affaires *Wipperman* (Etats-Unis/Venezuela 1868), in Moore, *History, supra* note 41, III 3042; *Youmans* (Etats-Unis/Mexique 1926), IV *RIIA* 112; *Canhal* (Etats-Unis/Mexique 1928) 389.

⁴⁹ Dans ce domaine, la doctrine s'est demandée si l'Etat doit répondre objectivement du préjudice souffert par les étrangers à raison de manifestations hostiles de caractère xénophobe, ou si l'on devait appliquer dans de tels cas le critère de la *due diligence*.

⁵⁰ Voir par exemple les affaires *Egerton et Barnett* (Royaume-Uni/Chili 1895), La Fontaine, *Pasicrisie internationale*, 455; Biens britanniques au Maroc espagnol (Royaume-Uni/Espagne 1924) II *RIIA* 642, et *infra* note 65.

⁵¹ Voir par exemple l'affaire *Home Frontier et Missionary Society* (Etats-Unis/Royaume-Uni 1920), VI *RIIA* 44.

Arrêtons-nous ici. Devant la variété inépuisable des circonstances, il semble impossible de maintenir la thèse selon laquelle la due diligence constituerait le contenu même de la norme internationale. En effet, si c'était le cas, on devrait finir par admettre que pour un même cas d'espèce, mais selon les caractéristiques propres à chaque situation, on aurait affaire à différentes catégories de due diligence ou – l'équivalence est ici donnée à titre de définition – à différentes catégories de normes. L'absurdité du résultat auquel aboutit cette thèse en dément la validité. Toutefois, il suffit de ramener la due diligence dans le domaine de la faute pour remettre les choses en place: en effet, tout jugement qui constate une faute a pour caractéristique d'être formulé en tenant compte des circonstances du cas d'espèce. Il ne s'agit pas ici de proposer à nouveau un système de gradation de la faute en *lata*, *levis* et *levissima*, mais bien de reconnaître que la diligence, même si elle est appréciée selon des paramètres objectifs, constitue la méthode d'estimation «naturelle» de l'attitude psychique d'un individu, qui se traduit ensuite en termes de faute ou d'absence de faute.⁵²

D'autre part, le parallèle établi par certains auteurs avec le *tort of negligence* du droit anglo-saxon, afin de créer un concept analogue en droit international, ne réussit pas à amoindrir la validité de l'équivalence diligence=absence de faute.⁵³ Comme on le sait, le concept de *negligence* a subi au cours de ce siècle une transformation dans le système de *common law*: il ne désigne plus seulement un état psychique (connu sous le nom de *carelessness*), mais également un *tort* spécifique. Ce *tort* est caractérisé par des éléments dont chacun est mesurable objectivement: le devoir de «faire attention» (*duty to take care*), la violation de ce devoir (*breach of duty*) et le préjudice qui en résulte.⁵⁴ A la lecture du verdict du juge Lord Atkin dans la célèbre affaire *Donoghue v. Stevenson* (1932), il apparaît de manière évidente que le magistrat, bien qu'il tentât de fonder un concept autonome de *negligence*, ne s'est pas écarté de la tradition. Aux fins de l'existence du *duty of care*, il fit valoir, en plus du critère de *neighbourhood*, le critère classique de la *foreseeability* du dommage, et il mit à la base du concept l'élément de la réprobation morale.⁵⁵

52 Voir les observations aiguës de Garcia Amador, «Second Report on State Responsibility», YILC 1957 II, 122: «In effect, the rule of due diligence is the expression par excellence of the so-called theory of fault (culpa), for if there is any category of cases in which it cannot be said that responsibility arises through the simple existence of a wrong it is surely the category dealt with in this chapter. Accordingly, though the rule is vague and, consequently, of only relative value in practice, there is no choice ... but to continue to apply the rule of due diligence in these cases of responsibility».

53 Voir surtout F. Perret, *De la faute et du devoir en droit international* (1962) 152 ss. L'auteur attribue l'existence d'un *tort of negligence* autonome en droit international à l'influence sans cesse croissante des modèles conceptuels anglo-américains dans la pratique arbitrale. Voir également Luzzatto, «Responsabilità e colpa», 51 *RDI* (1968) 79 in note 62.

54 Cf. W.W. Buckland, A.D. McNair, *Roman Law and Common Law* (1958) 363.

55 «The liability for negligence, whether you style it as such or treat it as in other systems as a species of culpa, is no doubt based upon a general public sentiment of moral wrongdoing for which the offender must pay».

Tout aussi peu convaincante est la tentative récente de réfuter l'équivalence diligence=absence de faute en faisant valoir une distinction, d'origine française cette fois, entre obligations de résultat et obligations de moyens. On sait que la doctrine civiliste de France et d'autres pays opère une distinction entre les contrats où le débiteur s'engage à parvenir à un objectif déterminé et les contrats par lesquels le débiteur s'engage uniquement à des actes déterminés, en général susceptibles d'atteindre l'objectif souhaité.⁵⁶

Pisillo Mazzeschi a récemment tenté de proposer à nouveau cette distinction, en essayant de la libérer des limites étroites de la vision civiliste. Se référant à Combacau,⁵⁷ il estime que la justification théorique de la distinction réside dans l'idée que les deux catégories d'obligations sont conditionnées par des aléas différents. Alors qu'aucune difficulté particulière ne s'oppose au respect de certaines obligations, ce qui permet d'exiger du débiteur la garantie du résultat, d'autres sont caractérisées par le fait que la réalisation de l'objectif présuppose non seulement la diligence du débiteur, mais également la mise en œuvre de certains facteurs objectifs de risque, de telle sorte qu'on ne peut exiger du débiteur qu'un effort diligent.⁵⁸

Dans le domaine de la sécurité des Etats étrangers, Pisillo Mazzeschi donne ainsi l'exemple de l'obligation «absolue» pour l'Etat de ne pas organiser directement ou de ne pas appuyer des expéditions militaires hostiles et, inversement, de l'obligation «relative» d'empêcher l'organisation de telles expéditions par des particuliers sur le territoire de l'Etat. Ou encore, en matière de protection des étrangers, l'obligation «absolue» imposée aux organes étatiques de ne pas utiliser à tort des armes contre les étrangers, par opposition à l'obligation «relative» d'empêcher une telle utilisation d'armes par des particuliers.⁵⁹

L'exactitude de ces affirmations est en soi incontestable, mais ce sont précisément les exemples choisis qui révèlent l'interprétation discutable des faits réels qui se

56 La prestation d'une activité intellectuelle est un contrat typique de la seconde catégorie, et c'est d'ailleurs à la responsabilité du médecin que Reuter fait allusion pour exposer sa distinction entre obligations de moyens et de résultat, «Principes de droit international public», 103 *RdC* (1961) 472.

57 Combacau, «Obligations de résultat et de comportement. Quelques questions et pas de réponse», in *Mélanges Reuter* (1981) 196.

58 R. Pisillo Mazzeschi, *Due diligence*, supra note 4, 393. La distinction entre obligations de résultat et obligations de moyens est également adoptée par la CDI aux articles 20 et 21 du projet, mais avec une acception tout à fait différente, et même avec un sens entièrement opposé à celui qui est évoqué plus haut. Ago part du principe connu de la liberté du choix des moyens laissée généralement en droit international aux Etats pour s'acquitter de leurs obligations, et de l'observation que dans de nombreux domaines, les normes de droit international général ont nécessairement un caractère indéterminé, étant donné qu'elles concernent davantage l'objectif que le contenu de l'obligation. Suivi par la Commission, Ago opère sur cette base une distinction entre les obligations qui imposent une «conduite spécifique» (article 20) et les obligations, portant par exemple sur la protection des étrangers, qui exigent que l'on aboutisse à un «résultat déterminé» (article 21), laissant à l'Etat le choix des moyens pour parvenir à cet objectif. Dans son sixième rapport (Annuaire CDI 1977 II, 8 in note 27), Ago fait observer à propos des obligations de protection des étrangers que c'est précisément cette caractéristique qui empêche un parallèle avec le modèle des obligations de moyens du droit civil.

59 Ibid., 396.

trouvent à la base de la théorie. Le droit international n'impose pas deux obligations différentes, toutes deux objectives mais néanmoins distinctes en raison du caractère plus ou moins difficile de leur accomplissement. L'obligation est unique et a pour nom, dans les exemples en question, non-intervention et protection de la vie des étrangers résidents. Toutefois, aucune obligation ne peut jamais être entendue de manière absolue, sauf disposition contractuelle contraire. La limite intrinsèque de l'obligation réside toujours dans l'impossibilité résultant d'une cause non imputable, tandis que le dol ou la faute sont en principe nécessaires pour qu'il y ait imputabilité.⁶⁰

Il ne s'agit donc pas d'imposer aux organes étatiques des obligations absolues ou seulement relatives, selon qu'on se réfère à l'organisation directe ou à la prévention d'expéditions militaires hostiles. Il s'agit plutôt de vérifier la présence effective du dol ou de la faute dans les deux cas cités. S'il est vrai que dans le premier cas, l'obligation peut sembler «absolue», ce n'est pas en raison d'une caractéristique supposée de son contenu, mais uniquement dans la mesure où une violation impliquerait nécessairement un dol, de sorte qu'il n'y aurait pas de raison d'enquêter sur la présence d'un éventuel motif d'exclusion de la culpabilité. Parallèlement, dans le cas de la prévention d'expéditions militaires hostiles de la part de particuliers, on pourra également considérer l'obligation de l'Etat comme «relative», à condition toutefois que cela signifie que l'obligation est considérée comme violée dans le seul cas où l'on peut démontrer concrètement le dol ou la faute des organes étatiques chargés de prévenir le fait en question.

Une question tout à fait différente, que nous ne pouvons pas approfondir ici⁶¹ et qui par ailleurs ne porte pas sur la nature de la *due diligence* en tant que concept lié à celui de faute, est de savoir si on objectivise le concept de faute en exigeant une «due» diligence. En effet, même certains partisans convaincus de la faute concèdent qu'en mesurant la due diligence selon un modèle de «bon gouvernement» semblable au «bon père de famille» ou, en termes moins anthropomorphiques, selon un standard international, la faute serait tout aussi abstraitement déterminable.⁶²

Avant toute chose, il est permis de douter de la possibilité de transposer le concept de bon père de famille en droit international. L'adoption d'un critère abstrait de *diligence* se révèle improposable en droit international, car il manque à celui-ci une base sociale suffisamment uniforme et anonyme. Cette vérité fondamentale est trop souvent oubliée par la doctrine internationaliste, mais elle est pourtant bien connue

⁶⁰ Cf. *infra*, texte à la note 139.

⁶¹ Nous nous permettons de renvoyer à notre ouvrage *Zufall und force majeure im System der Staatenverantwortlichkeit anhand der ILC-Kodifikationsarbeit* (1991) 211 ss.

⁶² Cf. Perrin, «L'agression contre la légation de Roumanie à Berne et le fondement de la responsabilité internationale dans les délits d'omission», 61 *RGDIP* (1957) 424. Pour cet auteur, la négligence est «l'une des formes de la faute, puisqu'elle est une inaction que la volonté pourrait éviter. Mais c'est une faute objective. En effet ... elle se mesure ... selon les normes fournies par un modèle abstrait, celui de la conscience attribuée par la pensée juridique à un esprit avisé». Zemanek s'exprime en des termes semblables dans «Schuld- und Erfolgshaftung», *supra* note 14, 323. On trouve une notion plus nuancée chez A. Verdross, B. Simma, *Universelles Völkerrecht* (1984) 853-854 para. 1267.

des Etats, qui tentent chaque fois que c'est possible de faire valoir leur «individualité» et «spécificité», et qui n'acceptent d'y renoncer que sous réserve de réciprocité.⁶³

Développé de manière cohérente, cet argument laisse à penser que le critère pour ainsi dire conforme à la nature de la société internationale est la *diligentia quam in suis*, c'est-à-dire la diligence que l'Etat adopte habituellement dans la conduite de ses affaires.

A notre avis, reconnaître ouvertement la *diligentia quam in suis* ne signifie pas qu'on sanctionne un état d'anarchie dans les rapports internationaux, en récompensant l'Etat le moins bien organisé et celui qui se soucie le moins des conséquences internationales de ses actions. Il s'agit plutôt de reconnaître réaliste que la responsabilité cesse d'exister dès lors que l'Etat a employé de bonne foi les instruments dont il dispose.⁶⁴ Il est toutefois opportun de préciser qu'il ne lui suffit pas toujours d'employer les moyens qui s'offrent à lui, quel qu'ils soient, dans la mesure où l'ordre juridique international exige que l'Etat possède un appareil juridique et administratif minimal.⁶⁵ Cette exigence ne se trouve pas en contradiction avec la *diligentia quam in suis*,⁶⁶ car le fait de rendre nécessaire un appareil minimal constitue une condition pour que l'on puisse attribuer à l'entité la qualification même d'Etat et lui permettre ainsi de trouver place dans le concert des Nations. C'est pourquoi, lorsque cette organisation élémentaire fait défaut, il n'est pas possible d'imputer le fait à une entité sujet de droit international.⁶⁷

63 Ce point a été exposé avec lucidité par de Lacharrière: «L'appétit de spécificité se révèle dès que les circonstances le permettent. (L'Etat) veut être admis comme différent, à défaut d'être reconnu pour ce qu'il se sent vraiment, c'est-à-dire unique», G. de Lacharrière, *La Politique juridique extérieure* (1983) 64-65. L'auteur cite notamment Schindler, «Contribution à l'étude des facteurs sociologiques et psychologiques du droit international», 46 *RdC* (1933) 265. En ce qui concerne plus spécifiquement la responsabilité voir Reuter, «Principes», *supra* note 56, 599.

64 Le critère de l'emploi par le gouvernement des «moyens dont il dispose» a rapidement substitué dans la pratique diplomatique la formule de la «due diligence». Voir les articles 8 et 25 de la XIIIème Convention de La Haye (1907) concernant les droits et les devoirs des puissances neutres en cas de guerre maritime. Ceci va à l'encontre de la conclusion de la commission arbitrale dans l'affaire Alabama: la diligence à laquelle les gouvernements neutres étaient tenus devait être mesurée par rapport au risque auquel ils auraient exposé un des belligérants en cas de manquement de leur part.

65 Ce point est mis en évidence par tous les adeptes de la *diligentia quam in suis*. Cf. le rapport de Huber dans l'affaire des *Biens britanniques en Maroc espagnol*, II *RIAA* 641-642; Strupp, *Das Delikt*, *supra* note 15, 57; F.V. Garcia Amador, *The Changing Law of International Claims* (1984) I, 200.

66 Contra: R. Pisillo Mazzeschi, *Due diligence*, *supra* note 4, 255.

67 Il faut également faire observer que cette condition se présente différemment selon les domaines: le niveau d'organisation minimal peut être plus ou moins élevé ou être assorti de caractéristiques particulières en raison des spécificités de la matière. Il faut par exemple estimer qu'en matière d'environnement, les Etats sont en tout cas tenus à plus de diligence que dans d'autres domaines, étant donné que le risque de dommages transfrontaliers est plus élevé. Ce type de dommage touche des personnes étatiques ou privées qui n'ont eu aucun «contact» volontaire avec l'Etat en question et auxquelles on ne peut donc opposer automatiquement le critère de la diligence manifestée par cet Etat. D'ailleurs, on trouve de nombreux exemples de *diligentia quam in suis* en matière de

Il nous reste maintenant à considérer un dernier motif de critique à l'encontre de la théorie de la faute subjective, lequel a souvent été présenté comme décisif dans la doctrine récente. Certains affirment que l'élévation de la faute au rang d'élément du délit avait un fondement logique et une fonction pratique à l'époque de Grotius, lorsque l'Etat s'identifiait effectivement avec la personne du souverain et de ses ministres; toutefois, fondement et fonction sont venus à manquer en raison de l'évolution de l'Etat moderne en une structure de plus en plus complexe où la conduite qui lui est imputable se révèle conditionnée par l'action concertée de plusieurs organes qui relèvent souvent de fonctions diverses.⁶⁸ Il faut noter que les auteurs qui ont avancé cet argument n'ont pas tous mis l'accent sur les mêmes caractères, pas plus qu'ils n'en ont tiré les mêmes conséquences. Ainsi, pour Conforti,⁶⁹ la structure complexe du système étatique rendrait impossible une enquête sur le comportement fautif d'un agent particulier, tandis que Bronwlie fait plus justement remarquer que le déplacement de l'attention vers la «general policy», ou le système en tant que tel, fait que l'enquête sur la responsabilité d'un organe particulier n'est pas impossible, mais qu'elle est surtout dénuée d'intérêt.⁷⁰

L'argument est de toute façon non fondé pour ce qui est de sa généralisation de l'«appareil». En ce qui concerne l'exécutif, ce n'est pas le problème de l'état psychologique de l'individu-organe qui est dénué d'intérêt, mais bien la détermination de la fonction qu'il occupe. Comme cela apparaît clairement dans les articles 6 et 10 du projet de codification, l'Etat répond de tous les types d'organes, quels que soient leur degré hiérarchique et leur compétence de droit interne.⁷¹

Tout au plus, pourrait-on mettre en doute la nécessité de la vérification d'une faute pour les délits par commission perpétrés sur la base d'instructions émanant des organes étatiques les plus élevés, étant donné que les agents sont tenus de suivre les instructions qui ne sont pas incontestablement illégitimes. En fait, on peut rétorquer que si le problème de la faute ne se pose pas dans ce cas, ce n'est pas parce que

protection de l'environnement. Voir, parmi les multiples exemples possibles, l'article 194 paragraphe 1 de la Convention des Nations-Unies de 1982 sur le droit de la mer.

⁶⁸ Cf. Jimenez de Arechaga, «International Responsibility», in M. Sørensen (ed.) *Manual of Public International Law* (1968) 535; I. Bronwlie, *State Responsibility*, supra note 7, 150 ss.; B. Conforti, *Diritto internazionale*, supra note 8, 348; R. Pisillo Mazzeschi, *Due diligence*, supra note 4, 258-259. La doctrine moins récente s'était limitée à mettre la crise de la faute en corrélation avec le comportement d'organes collégiaux, comme le législatif, voir P. Guggenheim, *Traité de droit international public* (2 ed. 1967) II, 52 et L. Delbez, *Les principes généraux du droit international public* (3 ed. 1964) 367. Pour des sources plus anciennes, voir Borchard, «Theoretical Aspects of the International Responsibility of States», 1 *ZaöRV* (1929) 225; Basdevant, «Règles générales du droit de la paix», 58 *RdC* (1936) 670.

⁶⁹ B. Conforti, *Diritto internazionale*, supra note 8, 348. Conforti est suivi par De Sena, «Condotta di singoli organi e condotta dell'apparato statale in tema di colpa nell'illecito internazionale», 71 *RDI* (1988) 545.

⁷⁰ I. Bronwlie, *State Responsibility*, supra note 7, 150.

⁷¹ Article 6 du projet: «Non-pertinence de la position de l'organe dans le cadre de l'organisation de l'Etat».

Article 10 du projet: «Attribution à l'Etat du comportement d'organes agissant en dépassement de leur compétence ou en contradiction avec les instructions concernant leur activité».

celle-ci est dénuée d'importance. Au contraire, elle existe en tant que *re ipsa*, puisque il faut partir du prémisses que les organes étatiques les plus importants agissent toujours, ou devraient en tout cas agir en étant pleinement conscients de leur responsabilité internationale.⁷²

En ce qui concerne le pouvoir judiciaire, il n'est pas vrai que l'Etat réponde toujours et dans chaque cas de tout défaut objectif dans le processus

⁷² C'est aussi la position de Verdross, B. Simma, *Universelles Völkerrecht*, *supra* note 62, 851 para. 1266.

d'administration de la justice: ceci est notamment démontré par les cas d'erreur dans l'application de la loi.⁷³ Il répond plutôt du déni de justice qui, pour être démontré, doit apparaître clairement – ce qu'enseignait déjà Vattel – comme une «injustice évidente et palpable»,⁷⁴ susceptible de révéler *in re ipsa* l'élément psychologique dolosif ou tout au moins fautif des membres de l'organe chargé de juger.⁷⁵

Enfin, c'est dans le domaine législatif que les critiques contre la praticabilité de la faute ont été les plus vives. Ici aussi, la critique est mal ciblée. Il ne s'agit évidemment pas d'établir la culpabilité du législateur pour n'avoir pas su prévoir que «à une distance de temps indéfinie ... une disposition donnée pouvait être entendue et appliquée de manière à rendre possible la violation d'un devoir international de l'Etat». ⁷⁶ Il ne peut non plus être question d'enquêter sur l'attitude psychique de chaque membre du Parlement au moment de l'adoption de la loi. Il s'agit plutôt d'admettre que l'Etat doit se doter d'une disposition générale susceptible de garantir dans tous les cas la concordance du droit interne et du droit international. Si ceci ne se vérifie pas, il n'y a pas alors d'obstacle à ce que le droit international prenne en considération la faute de l'organe en tant que tel (*Organisationsverschulden*). Et encore il sied de préciser que, dans ce domaine, le fait illicite ne se réalise pas par la seule adoption d'une loi contraire au droit international, mais par l'application de celle-ci.

III. Force majeure, cas fortuit et faute

A. L'article 31 du Projet

L'article 31 du projet de codification, consacré à la force majeure et au cas fortuit, dispose au paragraphe 1 que:

L'illicéité d'un fait d'un Etat non conforme à une obligation internationale de cet Etat est exclue si ce fait a été dû à une force irrésistible ou à un événement extérieur imprévu, en dehors de son contrôle, qui a rendu matériellement impossible à l'Etat d'agir conformément à cette obligation ou de se rendre compte que son comportement n'était pas conforme à cette obligation.

Dans son commentaire à l'article, la CDI s'efforce de déterminer le critère qui permet de distinguer ces deux faits justificatifs de ceux qui figurent également dans le projet. Pour ce qui est du consentement (article 29), des sanctions (article 30) et de la

⁷³ Cf. Dubouis, «L'erreur en droit international public», 9 *AFDI* (1963) 218.

⁷⁴ Vattel, *Droit des gens* (1758), livre II chap. VII para. 84.

⁷⁵ Cf. les affaires *Chattin* (Etats-Unis/Mexique 1927), IV *RIIA* 288: «judicial acts showing outrage, bad faith, wilful neglect of duty»; *Martini* (Italie/Pérou 1930), II *RIIA* 987: «erreur grossière, inexcusable, volontaire et malveillante»; *Salem* (Etats-Unis/Egypte 1930), XII *RIIA* 1202: «palpable and malicious iniquity».

⁷⁶ Anzilotti, *Cours*, 500-501.

légitime défense (article 34), la distinction est claire et consiste dans l'existence d'un comportement déterminé de l'Etat, qui provoque l'acte d'un autre Etat.⁷⁷

Aux dires mêmes de la CDI, il est plus difficile de distinguer la force majeure et le cas fortuit d'autres causes d'exonération comme la détresse (article 32) et l'état de nécessité (article 33). Avant toute chose, il convient d'observer que le choix de la CDI de codifier ces deux causes d'exonération, et particulièrement l'état de nécessité, n'est pas exempt de critiques. Il ne nous appartient pas ici d'approfondir le thème épineux de la nécessité en droit international. Observons toutefois que de graves doutes subsistent quant à l'admissibilité en droit international de la codification d'une exonération reposant sur la «nécessité», dans la mesure où cette codification ne tiendrait pas compte de la distinction entre nécessité offensive et défensive, ou entre cause d'exclusion de l'illicéité et cause d'exclusion de la culpabilité.⁷⁸ Il en irait de même si la codification faisait abstraction d'un nombre limité de cas d'espèce relevant de la coutume, ceux-ci étant les seuls exemples où le concept semble avoir été clairement reconnu en droit international: c'est notamment le cas de l'angarie en droit de la guerre et, précisément, de la détresse de l'individu-organe.⁷⁹

Quoi qu'il en soit, selon la CDI, la différence réside dans le fait qu'en cas de nécessité ou de détresse, un élément de volonté est présent, alors qu'il est absent dans la situation de force majeure ou dans le cas fortuit. Une caractéristique commune des situations de force majeure et de cas fortuit est donc l'aspect «involontaire ou du moins non intentionnel» de la conduite de l'organe qui incarne l'Etat, en raison de la présence d'une force irrésistible ou d'un événement extérieur imprévu, qui rend «matériellement impossible» le respect de l'obligation, et qui va parfois jusqu'à empêcher que l'on se rende compte que le comportement va à l'encontre de l'obligation.⁸⁰

La CDI s'interroge sur l'opportunité d'offrir deux définitions distinctes pour la force majeure et le cas fortuit, mais arrive à la conclusion qu'il n'est possible de déduire une distinction claire ni de la pratique des Etats, ni des décisions

⁷⁷ Annuaire CDI 1979 II, 2ème partie, 122 para. 2.

⁷⁸ La doctrine, et souvent les textes normatifs eux-mêmes, opèrent une distinction selon que l'action accomplie en état de nécessité affecte un bien quelconque protégé juridiquement ou la source même du danger, et selon que le bien sacrifié a une importance moindre ou égale à celle du bien que l'on entend protéger. Cette distinction est particulièrement rigoureuse en droit allemand, voir para. 228 et 904 BGB, para. 34 et 35 StGB.

⁷⁹ Cf. G. Dahm, *Völkerrecht* (1961) II 443; R. Quadri, *Diritto internazionale pubblico* (5 ed. 1968) 226; Jimenez de Arechaga, «State Responsibility», 542; I. Brownlie, *Principles*, *supra* note 11, 465-466; B. Conforti, *Diritto internazionale*, *supra* note 8, 344; ainsi que notre *Zufall und force majeure*, *supra* note 61, 110. La détresse, plus précisément «l'existence de circonstances exceptionnelles d'urgence extrême comprenant des considérations médicales ou d'autres considérations de caractère élémentaire» a été retenue par le tribunal arbitral dans l'affaire du *Rainbow Warrior*, en relation au transfert du commandant Mafart de l'île de Hao à Paris sans consentement préalable du gouvernement néo-zélandais (point 88 de la sentence du 30 avril 1990, publiée dans 117 *Clunet* (1990) 861 ss).

⁸⁰ Annuaire CDI 1979 II, 2ème partie, 123 para. 4.

internationales, pas plus que de la doctrine.⁸¹ Malgré cela, si l'on tient compte du fait que l'article combine les deux articles distincts proposés par Ago pour la force majeure et le cas fortuit, et qu'il maintient leur contenu presque intacts, il est possible d'affirmer que pour la CDI, la force majeure s'identifie à la situation de «force irrésistible» et le cas fortuit à «l'événement extérieur imprévisible en dehors du contrôle» de l'Etat, en raison desquels il est «matériellement impossible» de respecter l'obligation, dans un cas, ou de se rendre compte que la conduite adoptée n'est pas conforme à l'obligation, dans l'autre cas.⁸²

Toutefois, le caractère apparemment linéaire du texte de l'article est contredit par le commentaire dont il fait l'objet, et qui est ponctué d'incertitudes considérables, d'imprécisions et d'expressions peu habituelles dans le langage de la Commission. Ce commentaire apparaît comme sous-tendu par une arrière-pensée inexprimée mais déterminante. Le rapprochement entre le caractère involontaire et le caractère non intentionnel est des plus étonnants.⁸³ Comme l'enseigne depuis toujours la doctrine de droit pénal, il s'agit de deux choses totalement différentes. La première exclut que l'on attribue le fait à la personne, comme dans le cas de la violence pour laquelle *homo non agit sed agitur*. En revanche, la seconde exclut uniquement le dol, la question de l'attribution du fait à titre de faute restant posée. Si la CDI a sciemment conféré à la force majeure et au cas fortuit les attributs aussi bien du caractère involontaire que du caractère non intentionnel, il s'agit d'une imprécision inadmissible. Si, dans le cas contraire, elle a voulu attribuer des effets distincts à l'une comme à l'autre situation, la formulation adoptée témoigne d'une négligence qui ne peut s'expliquer qu'en termes de réticence.

Cette impression se renforce lorsqu'on considère que la Commission a substitué le terme Etat à une autre expression, «auteur du comportement attribuable à l'Etat», qui apparaissait dans les articles proposés par Ago. La référence directe à l'individu-organe avait été critiquée par certains membres durant la discussion qui avait eu lieu au sein de la Commission. Selon ceux-ci, cette référence n'était pas conforme à l'usage jusqu'alors suivi par la Commission, qui consistait à indiquer exclusivement l'Etat et l'acte de l'Etat. Dans sa réplique lors de la clôture du débat, si Ago reconnut que la formule qu'il avait proposée n'était pas irremplaçable, il maintint toutefois sa position à propos du cas fortuit. Il fit observer que, dans l'exemple d'un survol non autorisé et inconscient d'un territoire étranger, c'est la connaissance, ou plutôt la méconnaissance du pilote auteur du fait qui est importante,

81 Ibid., para. 5. La CDI s'appuie sur une étude volumineuse réalisée par le service juridique du Secrétariat des Nations-Unies et intitulée «Force majeure and fortuitous event as precluding wrongfulness: survey of State practice, international judicial decisions and doctrine» (Doc.A/CN.4/315, 27 juin 1977). Cette étude est reproduite in *Annuaire CDI 1978 II*, 1ère partie, 61-227 (dans les citations: *Secr. Survey*).

82 Le sens strict de l'excuse de la force majeure a été affirmé aussi par le tribunal arbitral franco-néo-zélandais dans l'affaire *Mafart et Prieur*, cit. point 77 de la sentence. Pour une critique de cette conception voir notre *Zufall und force majeure*, *supra* note 61, 84 ss.

83 *Annuaire CDI 1979 II*, 2ème partie, 123 para. 4.

et non celle de l'Etat dont il relève, lequel pourrait d'une manière ou d'une autre (grâce par exemple à des instruments techniques plus sophistiqués) être également au courant du fait, sans disposer par ailleurs de moyens pour intervenir.⁸⁴

L'impression que la CDI est mal à l'aise dans le traitement des deux causes d'exonération se voit confirmée de manière évidente dans le domaine des obligations de prévention. Reprenant textuellement l'argumentation – sur laquelle nous reviendrons – qu'Ago avait adoptée dans son rapport,⁸⁵ la Commission soutient que là où l'obligation consiste à assurer la non-survenance d'un événement causé par un tiers, on pourrait considérer fortuit l'accomplissement même du fait, s'il se manifeste de manière inattendue. Ce serait donc précisément ce caractère fortuit de l'accomplissement qui empêcherait les organes-agents de se rendre compte que leur conduite ne suffit pas à prévenir le fait, entraînant par là une violation de l'obligation. La Commission conclut que le caractère fortuit de l'événement écarte par sa présence «la possibilité de charger l'Etat d'une négligence coupable».⁸⁶

On voit ainsi se confirmer un soupçon: dans la pensée de la Commission – ou au moins d'une majorité de ses membres – le cas fortuit aurait effectivement un rapport avec la faute, et celle-ci avec le délit. On se souviendra qu'Ago, évoquant la faute lors du débat de 1963 au sein du sous-comité, avait précisément fait allusion à l'exemple du survol inconscient et non autorisé d'un territoire étranger pour démontrer l'intérêt pratique de la question.⁸⁷ Le rapport préliminaire rédigé par Ago en 1963 nous apporte une information singulière: à cet époque, le rapporteur ne considérait comme causes d'exclusion du délit que le consentement, l'application légitime d'une sanction, l'état de nécessité et la légitime défense.⁸⁸ On ne trouve donc aucune trace de force majeure, ni de cas fortuit. Les deux concepts apparaissent pourtant dans le célèbre essai sur la faute de 1939, où ils sont définis par Ago comme «la limite négative de la faute».⁸⁹

84 Annuaire CDI 1979 I, 207 para. 11. Le comité de rédaction ne suivit pas Ago, faisant valoir qu'aux termes de l'article 5, le comportement d'un organe étatique quelconque, qui jouit de ce statut en droit interne, doit être considéré comme un acte de l'Etat au regard du droit international. Cet argument ne fait que contourner le problème, puisqu'il ne s'agit pas ici de décider si la conduite de l'organe doit être considérée comme conduite de l'Etat, question à laquelle on ne peut répondre que par l'affirmative, mais bien de décider s'il convient de tenir compte ou non, en ce qui concerne l'existence du délit, de l'attitude mentale de l'organe en tant qu'individu. Malgré la modification apportée au texte, la Commission ne semble pas vouloir adopter une position claire sur ce point: dans son commentaire, après avoir désigné l'Etat comme destinataire de l'obligation, elle s'empresse d'ajouter l'incise «ou l'organe dont la conduite constitue un acte de l'Etat» (Annuaire CDI 1979 II, 2ème partie, 123 para. 4), précision qui devrait être superflue étant donné la terminologie adoptée par la Commission.

85 Cf. *infra* texte à la note 113.

86 Annuaire CDI 1979, 2ème partie, 129 para. 25. Il ne peut s'agir d'une erreur de rédaction, étant donné que la formule «négligence coupable» apparaît encore deux fois dans la note relative au texte cité.

87 Annuaire CDI 1963 II, 236. Voir *supra* texte aux notes 23-24.

88 Ibid., 228.

89 Ago, «La colpa», *supra* note 35, 16.

Que doit-on retirer de tout ceci? Une seule conclusion semble possible: Ago a adopté une ligne souple pour éviter une discussion laborieuse et vraisemblablement infructueuse sur la faute en tant qu'élément essentiel ou non du délit. Cette discussion aurait pu éventuellement miner le succès même de l'entreprise, et c'est pourquoi Ago n'a pas inséré la faute parmi les éléments positifs du délit, mais l'a réintroduite de manière détournée en tant qu'élément négatif, en reprenant le cas fortuit et la force majeure parmi les causes d'exclusion d'illicéité.⁹⁰

Ago a consacré aux circonstances excluant l'illicéité le huitième rapport de 1979 et l'Addendum de 1980. Pour Ago, il s'agit de circonstances qui ont pour effet d'exclure l'illicéité qui, en leur absence, caractériserait le comportement imputable à l'Etat.⁹¹ Pour utiliser la terminologie habituelle du droit pénal, il s'agit donc de faits justificatifs (*Rechtfertigungsgründe*).

S'il en est ainsi, l'introduction de la force majeure et du cas fortuit parmi les causes d'exonération dont il est ici question ne peut paraître que douteuse d'un point de vue dogmatique. Comme on le sait, la théorie classique du délit, d'origine germanique, distingue trois éléments: le fait, l'illicéité et la faute. L'invocation de la force majeure peut avoir lieu au moment de la vérification du fait, si on a l'intention de se servir de celle-ci pour nier l'imputabilité même du fait à la personne. On peut également, ce qui est plus courant, invoquer la force majeure ainsi que le cas fortuit au moment de la vérification de la faute. Cette possibilité existe, car la force majeure et le cas fortuit ne sont pas des normes permissives, à la différence du consentement de l'ayant droit ou de la légitime défense, lesquelles éliminent d'elles-mêmes l'interdiction ou excluent l'illicéité objective du fait. En revanche, la force majeure et le cas fortuit sont des circonstances qui influencent la volonté, la conscience ou en tout cas l'attitude mentale de la personne.⁹²

Comme on le sait, toutes les sources de doctrine n'acceptent pas que l'on considère la force majeure et le cas fortuit de manière subjective; en droit civil surtout, il existe un courant doctrinal qui voit dans le cas fortuit et dans la force majeure une cause autonome susceptible de rompre le lien causal entre le comportement et l'événement.⁹³ Même dans cette optique, le cas fortuit et la force majeure ne constituent toutefois pas des faits justificatifs.

⁹⁰ Dans le même sens, K. Zemanek, *Responsabilité internationale pour faits internationalement illicites, ainsi que pour faits internationalement licites* (1987) 39; Simma, «Grundfragen», *supra* note 21, 369.

⁹¹ Ago, Huitième rapport sur la responsabilité, Annuaire CDI 1979 II, 1ère partie, 30 para. 53 et 55.

⁹² La doctrine qui réfute la théorie tripartite et considère qu'il n'y a dans le délit qu'un élément objectif et un autre subjectif, opère également une distinction entre les circonstances qui excluent objectivement le caractère illicite du fait, qu'on appelle donc éléments négatifs du fait, et celles qui agissent sur le plan subjectif, lesquelles concernent donc l'attitude mentale de l'auteur par rapport au fait. La force majeure et le cas fortuit rentrent sans aucun doute dans cette seconde catégorie de circonstances.

⁹³ Voir *infra* note 137. L'étude du Secrétariat traite brièvement de la question à la page 70 para. 18. Bien qu'elle se réfère correctement à la théorie comme étant «objective», elle lui attribue une distinction entre cas fortuit et force majeure basée sur l'origine intérieure ou extérieure du fait (il

Cependant, abstraction faite de ce que l'on peut lire dans le rapport d'Ago ou dans le commentaire de la Commission, il faut remarquer que le chapitre V de la première partie du projet porte le titre générique de «circonstances qui excluent l'illicéité». Pour qu'il y ait délit de l'Etat, il faut, selon l'article 3 du projet, que le fait soit attribuable à l'Etat. Si l'on considère que la force majeure et le cas fortuit ont une incidence sur l'imputation, on pourrait donc soutenir que pour l'article 31 – en présence de force majeure ou de cas fortuit – il n'y a pas délit de la part de l'Etat, car exceptionnellement, le comportement ne lui est pas imputable, même s'il est le fait d'une des personnes mentionnées aux articles 5-15.

En effet, il est possible de ramener la force majeure et le cas fortuit dans le domaine de l'imputabilité, bien que cette opération soit elle aussi quelque peu suspecte. S'il est vrai, comme nous le verrons bientôt, qu'une partie substantielle de la doctrine estime que la force majeure exclut la possibilité d'attribuer le comportement à la personne, il est plus difficile de relier le cas fortuit et l'imputabilité. Ce n'est possible qu'en adoptant une conception particulière de la faute de l'Etat. Comme nous l'avons vu, Ago estimait dans sa conception originale que le droit international impute directement à l'Etat l'attitude psychologique du particulier. En revanche, Morelli précise que seul le comportement peut être juridiquement imputable à l'Etat, l'attitude psychologique du particulier ne pouvant faire l'objet de la même opération. La faute est donc un élément du délit, puisqu'elle constitue une condition pour l'imputation du comportement à l'Etat.⁹⁴ Si l'on adopte cette conception, il est dès lors possible d'affirmer qu'en présence de cas fortuit, la faute faisant défaut, l'imputation de la conduite à l'Etat disparaît aussi, et par conséquent le caractère illicite également.⁹⁵

B. La force majeure

Dans son huitième rapport, Ago présente la force majeure comme «l'impossibilité absolue d'agir autrement». Selon Ago, la différence avec le cas fortuit réside dans le fait que ce dernier se manifeste dans des situations où l'organe étatique agit librement, mais sans être conscient de la violation de l'obligation, tandis que dans la

s'agit de la célèbre distinction qui remonte à Exner, *Der Begriff der höheren Gewalt (vis major) im römischen und heutigen Verkehrsrecht*, 1883). En fait, cette distinction n'est pas unanimement suivie par la doctrine en la matière, qui tend plutôt à fondre cas fortuit et force majeure en une unique cause extérieure (voir *infra* note 134). D'autre part, l'étude du Secrétariat semble ne pas saisir le caractère «causaliste» particulier de la conception objective, se limitant à relever les différentes formes sous lesquelles peut se présenter le fait qui empêche l'accomplissement de l'obligation. En revanche, on trouve un net refus de la conception causale dans la partie de l'étude qui est consacrée au concept de la force majeure; il y est écrit que «la question essentielle dans la force majeure n'est pas de savoir si les actes ou omissions en cause sont le fait du débiteur, ou s'ils sont extérieurs à lui, mais plutôt de savoir si ces actes ou omissions peuvent ou non lui être attribués à raison de son propre comportement volontaire» (67 para. 15).

⁹⁴ Morelli, *Nozioni di diritto internazionale* (1967) 345.

⁹⁵ C'est l'interprétation qui est proposée par Spinedi, «Responsabilità internazionale», in *Enciclopedia Giuridica Treccani* (1985) 5 ss. de l'extrait.

force majeure, même s'il le fait contre sa propre volonté, l'organe est bien conscient que son comportement est contraire au droit.⁹⁶

Comme nous l'avons dit, Ago considérait la force majeure comme la «limite négative de la faute», laquelle avait pour effet de rendre la conduite involontaire. Il est intéressant de remarquer comment dans ce cas-ci, en revanche, Ago ne prend pas de position explicite quant à savoir si la force majeure exclut le fait même que l'on puisse attribuer de faute, ou seulement la possibilité d'un jugement qui constate la faute. En fait, dans un passage, Ago parle même explicitement de la force majeure comme d'une circonstance qui exclut «la réalisation de l'élément objectif d'un fait illicite».⁹⁷ Il n'y a qu'un passage où Ago évoque une conduite de l'organe étatique «contre sa volonté»⁹⁸ et un autre où il parle de comportements «pour la plupart non intentionnels».⁹⁹ Pour le reste, il se limite à indiquer qu'il y a exclusion d'illicéité de par la présence de la force majeure.

L'attitude prudente d'Ago va jusqu'à attribuer le même langage générique à d'autres auteurs, alors que ceux-ci adoptent une position claire et nette. C'est le cas de Sperduti. Dans le domaine de la responsabilité, selon Sperduti, la force majeure exerce une influence analogue à celle de la violence en matière de validité des actes juridiques. S'il n'est pas possible de déterminer son propre comportement (*vis absoluta*) ou de déterminer librement son propre comportement (*vis compulsiva*), il en résulte que l'acte ne peut être considéré comme celui de l'entité ou qu'en tout cas, en raison de sa formation anormale, il est assimilé à une activité non imputable. Sperduti conclut que disparaît ainsi la possibilité, ou mieux la raison, de se demander si l'entité a agi fautivement ou non.¹⁰⁰

La thèse du caractère non attribuable du fait à la personne en cas de force majeure est également soutenue dans la doctrine dominante des pays anglo-saxons, qui comme chacun sait adopte une vision objective de la responsabilité. Bronwlie condense ainsi le fondement de la responsabilité internationale:

technically, objective responsibility rests on the doctrine of the voluntary act: provided that agency and causal connexion are established, there is a breach of duty by result alone.¹⁰¹

⁹⁶ Annuaire CDI 1979 II, 1ère partie, 49 note 212.

⁹⁷ Ibid., para. 128.

⁹⁸ Ibid., 49 note 212.

⁹⁹ Ibid., 48 para. 103.

¹⁰⁰ Sperduti, «Sulla colpa in diritto internazionale», 3 *Comunicazioni e Studi* (1950) 103. Qu'il nous soit permis de faire observer que la thèse de Sperduti n'est correcte qu'à l'égard de la *vis absoluta*. En cas de *vis compulsiva*, l'action est bien imputée à son auteur (*quamvis coactus tamen voluit*) mais celui-ci n'en répond pas dans la mesure où il y a un vice de volonté.

¹⁰¹ I. Bronwlie, *State Responsibility*, *supra* note 7, 38. Voir également Schwarzenberger, «The Fundamental Principles of International Law», 87 *RdC* (1955) 351; Jimenez de Arechaga, «State Responsibility», 544; B. Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* (1953) 223.

On a fait observer que, dans un certain sens, les auteurs anglo-saxons jettent ainsi un pont entre la conception subjective de la force majeure comme excluant l'imputabilité et la conception objective d'absence de violation de la norme.¹⁰² Même si Ago cite ces auteurs, il est toutefois significatif qu'il s'abstienne d'adopter leur interprétation de la force majeure.¹⁰³

Le détachement manifesté par Ago lorsqu'il expose les diverses théories relatives à la force majeure ne nous permet donc pas de déterminer avec certitude quelle est son opinion personnelle.¹⁰⁴ On observera toutefois avec curiosité que lorsqu'il évoque le cas où l'Etat même causerait la situation de force majeure, Ago exclut l'application de l'excuse et laisse échapper le lapsus suivant: «(cette situation) ne peut donc pas lui fournir de justification et d'excuse».¹⁰⁵

C. Le cas fortuit

Dans son huitième rapport, Ago avait proposé la définition suivante du cas fortuit: «L'illicéité internationale d'un fait de l'Etat non conforme à ce qu'une obligation internationale requiert de lui est exclue si l'auteur du comportement attribuable à l'Etat est mis par la survenance d'un facteur extérieur et imprévisible dans l'impossibilité de se rendre compte de la non-conformité de son comportement avec l'obligation internationale».¹⁰⁶ Sont notamment des exemples de cas fortuit l'intrusion d'un avion dans un espace aérien étranger en conditions de mauvaise visibilité, la fouille d'une valise diplomatique non spécifiée comme telle, la réquisition par les autorités militaires d'une habitation récemment destinée à un siège diplomatique, le meurtre d'un étranger entré par erreur dans un champ de tir, la

¹⁰² Secr. Survey, 204 para. 520. La position de médiation adoptée par les auteurs précités apparaît également dans l'importance qu'ils accordent à la présence d'éléments de «knowledge, advertence or control» (I. Bronwlie, *State Responsibility*, supra note 7, 44). Ainsi, pour G. Schwarzenberger, *International Law*, supra note 5, 650: «... in cases of alleged omission to act as required by international law, the existence of some subjective element such as knowledge appears indispensable» (c'est nous qui soulignons). Sur ce point, voir aussi De Sena, *Condotta di singoli organi*, 543 et note 49, qui se demande «jusqu'à quel point la référence générique aux justifications susdites ne constitue pas une tentative de camoufler la réapparition de la faute dans les instances d'attribution de la responsabilité internationale».

¹⁰³ Ago observe que ces auteurs, «tout en ne faisant pas explicitement appel aux notions de «force majeure» et d'«impossibilité d'exécution», excluent que l'Etat puisse être tenu pour responsable dans les cas où, non seulement aucun dol, mais aucune négligence, ne sauraient lui être reprochés» (Annuaire CDI 1979 II, 1ère partie, 58 para. 123).

¹⁰⁴ Par la disposition sur la force majeure, la CDI aurait voulu exclure du fait illicite international les comportements involontaires des particuliers; c'est l'opinion de Spinedi, *Responsabilità internazionale*, supra note 95. R. Pisillo Mazzeschi, *Due diligence*, supra note 4, 84, voit dans la thèse de Spinedi, laquelle entend séparer de la faute l'élément du caractère volontaire de l'action, un «raffinement conceptuel» par rapport à la thèse originale d'Ago.

¹⁰⁵ Annuaire CDI 1979 II, 1ère partie, 59 para. 127. Cette imprécision significative n'échappa d'ailleurs pas à Verosta, qui fit observer durant le débat à la CDI que «Il faut se garder de confondre la justification et l'excuse, qui sont deux notions entièrement différentes» (ibid., I, 205 para. 22).

¹⁰⁶ Annuaire CDI 1979 II, 66.

non-observation d'un cessez-le-feu par une batterie d'artillerie restée isolée et sans contact radio dans une position de haute-montagne.¹⁰⁷ Il résulte clairement de ces exemples qu'Ago interprète le cas fortuit comme une erreur de fait, même si tout au long du rapport il s'abstient de donner au concept qu'il étudie une quelconque dimension théorique, si l'on fait abstraction de la formule habituelle de «circonstance qui exclut l'illicéité».

Ago n'a pas été le premier à considérer le cas fortuit comme une erreur de fait.¹⁰⁸ Cette théorie n'est toutefois pas partagée par la majorité de la doctrine. Si l'on entend par faute la non-observation de normes de conduite qui résulte d'une attitude psychique de négligence, d'imprudence ou de maladresse, il apparaît alors que le cas fortuit est tout ce qui, de par son caractère imprévisible (et donc, en général, inévitable) se produit malgré la diligence, la prudence ou l'habileté du sujet.

C'est précisément ce dernier concept qui a trouvé une application en droit international. Dans l'affaire de la *Responsabilité de l'Allemagne à raison des dommages causés dans les colonies portugaises du Sud de l'Afrique* (1928), le tribunal arbitral était appelé à décider si la responsabilité de l'incident de Naulilaa, survenu le 19 octobre 1915 et dans lequel le chef de mission Schultze-Jena et deux autres officiers allemands avaient trouvé la mort, incombait à l'Allemagne ou au Portugal. Les arbitres arrivèrent à la conclusion que l'incident n'était pas «la conséquence d'actes contraires au droit des gens imputables aux organes civils ou militaires allemands ou portugais».¹⁰⁹ En particulier, les arbitres exclurent que la mission allemande eût pénétré en territoire portugais dans le but de préparer une invasion, et également que les autorités militaires portugaises eussent attiré le détachement allemand à Naulilaa dans le but de le capturer. Les arbitres conclurent donc que «le déplorable événement ... a un caractère nettement fortuit».¹¹⁰

Les différents cas d'intrusion aérienne dans de mauvaises conditions atmosphériques, cités par Ago comme soutien de sa conception du cas fortuit,¹¹¹ montrent également que les Etats impliqués basèrent leurs thèses sur le respect ou non d'une conduite diligente de la part des pilotes qui avaient commis l'infraction.¹¹²

¹⁰⁷ Ibid., 62 para. 138; certains de ces exemples figuraient déjà dans Ago, «La colpa», *supra* note 35, 28.

¹⁰⁸ Cette conception a été répandue par une certaine doctrine pénaliste allemande. Pour Binding, le cas représente «die unvermeidbare Verkennung der Rechtswidrigkeit der Handlung», ce qui exclut la possibilité d'une faute. Binding, *Die Normen und ihre Übertretung* (1914) II 86, IV 449.

¹⁰⁹ II *RIIA* 1025.

¹¹⁰ Ibid. Voir aussi l'arbitrage italo-éthiopien à la suite de l'incident de *Walwal* (1935), III *RIIA* 1666.

¹¹¹ Annuaire CDI 1979 II, 63 para. 142-144.

¹¹² Ainsi, dans le plus célèbre des incidents de ce genre, c'est-à-dire l'affaire soumise à la CIJ du *Traitement en Hongrie d'un avion des Etats-Unis d'Amérique et de son équipage* (1954), les Etats-Unis ne se contentèrent pas de décrire les mauvaises conditions atmosphériques qui avaient entraîné la modification de la route de l'avion, mais firent également valoir que «the crew selected for the flight were competent for the purpose, the aircraft and equipment were in sound flying condition», et que «even the most experienced pilot could not have noticed the mistake» (Recueil CIJ 1954, 15).

Mais c'est surtout à propos des obligations dites de prévention que la définition du cas fortuit présentée par Ago révèle ses carences. Selon Ago, c'est la survenance même de l'événement qui serait «fortuite». En d'autres termes, c'est le caractère «nettement inattendu et imprévisible» du délit que l'on devait empêcher qui en fait un cas fortuit, lequel met les organes étatiques dans l'impossibilité de se rendre compte que leur conduite ne suffit pas au respect de l'obligation de prévention.¹¹³

Ce n'est pas seulement son caractère artificieux qui met la validité de la thèse en doute: elle est surtout démentie par la pratique même à laquelle Ago fait allusion. En effet, s'il est vrai que dans certains cas de jurisprudence, on a souligné le caractère «imprévu», «inattendu» ou «accidentel» de l'événement, c'était dans le seul but de présenter un premier argument présomptif tendant à prouver que les organes étatiques avaient fait preuve de *due diligence*, diligence qui reste l'unique critère d'évaluation de la responsabilité.¹¹⁴

Si l'on peut donc douter de l'exactitude théorique de la conception d'Ago, il est irréfutable que sa pensée reste rattachée à la théorie classique de la faute. Ceci apparaît clairement dans sa conception de l'erreur de fait, laquelle n'exclut la responsabilité de l'agent que s'il est «excusable», c'est-à-dire non fautif. L'exactitude de cette conception est confirmée par la pratique jurisprudentielle et diplomatique, particulièrement riche en ce qui concerne les cas d'attaques erronées de navires neutres par des navires ou avions d'une puissance belligérante.¹¹⁵

Un cas récent confirme l'intérêt d'une enquête sur l'attitude psychologique de l'individu-organe: l'incident du *USS-Stark* qui, dans le golfe persique, fut touché le 17 mai 1987 par un missile lancé d'un chasseur irakien. 37 hommes perdirent la vie dans cet incident, qui fit également de nombreux blessés. Dans la note de protestation envoyée au gouvernement irakien le 20 mai, les Etats-Unis fondèrent la responsabilité de l'Irak sur le fait que «the pilot knew or should have known» que la cible était un navire américain.¹¹⁶ Les Etats-Unis exigeaient un dédommagement complet et la constitution d'une commission d'enquête qui déciderait des «mesures disciplinaires appropriées pour les militaires irakiens responsables». Dans sa réponse du 21 mai, le gouvernement irakien se déclara disposé à indemniser de manière adéquate les familles des marines tués, mais ne donna aucune suite à la demande

¹¹³ Annuaire CDI 1979 II, 1ère partie, 64 para. 145.

¹¹⁴ Ainsi, dans le cas du *Saint Albans Raid* (1871), qui eut lieu durant la guerre de sécession, la Commission anglo-américaine estima que le Canada n'était pas responsable de l'attaque d'un village du Vermont par un groupe de confédérés agissant depuis son territoire, parce qu'en raison du secret qui avait entouré les préparatifs du raid, les autorités canadiennes n'avaient aucunement fait preuve de «any want of diligence» (Moore, *History*, supra note 41, IV, 4051). Le même verdict fut rendu dans les affaires *Wiperman* (1889, ibid. III 3040) *Brissot* (1889, ibid. III 2969) et *Gill* (1931, V RIAA 159).

¹¹⁵ Très connues sont les affaires *Dogger Bank* et du *Panay* (cf. Oppenheim, *International Law* I (7 ed. 1948) 319; Ago, «La colpa», supra note 35, 30-31).

¹¹⁶ Etant donné que le *Stark* arborait le drapeau des Etats-Unis, portait des signes de reconnaissance visibles sur le flanc, et qu'il avait en outre signalé deux fois son identité à l'avion irakien. On trouve le texte de la note américaine in 26 ILM (1987) 1427.

américaine que les officiers responsables fussent punis ou, au moins, qu'une commission d'enquête mixte fût constituée. Une commission parlementaire d'enquête américaine fut reçue à Bagdad, mais elle se vit interdire de poser directement des questions au pilote.¹¹⁷ Le 14 avril 1989, à la suite de négociations bilatérales, l'Irak paya 27,3 millions de dollars à titre de dédommagement pour les pertes humaines. Le dédommagement pour les dégâts causés au navire fit l'objet de négociations ultérieures.¹¹⁸

L'insistance de l'Irak à donner un caractère gracieux au dédommagement ne change rien quant au fondement de sa responsabilité. Le refus d'autoriser une enquête sur les événements et sur la responsabilité relative des organes-agents entraîne une interprétation des faits défavorable à l'Etat qui oppose ce refus.

A ce propos, il est opportun d'ouvrir ici une parenthèse dans un but de clarification. Une opinion largement répandue parmi les partisans de la faute objective veut que la faute, même si elle ne constitue pas une condition essentielle du jugement d'illicéité, puisse néanmoins entrer en ligne de compte pour ce qui est du degré du dédommagement. En fait, alors que la violation du droit entraînerait à elle seule une obligation de dédommagement, la faute et le dol entreraient en considération aux fins de la «détermination de l'éventuelle obligation de satisfaction et du type de satisfaction requis».¹¹⁹

Nous reviendrons plus loin sur ce sujet,¹²⁰ mais on peut souligner dès à présent que cette thèse repose sur une méprise. Il est évident que la faute entre en ligne de compte pour la détermination de la réparation requise. Si les conséquences du délit doivent être proportionnelles à sa gravité, et si celle-ci se mesure non seulement sur la base de l'importance de l'obligation violée, mais également par rapport aux circonstances qui ont présidé au fait, il est manifeste que le degré de la faute (et non pas, rappelons-le, l'élément de la faute en soi) a une incidence sur le degré de réparation qui s'impose. Déjà mis en lumière par Ago dans ses travaux des années 1930,¹²¹ ce point est incontestable et a été maintes fois confirmé par la pratique internationale.

L'erreur réside plutôt dans la prémisse de la doctrine dont il est ici question, prémisse qui consiste à opposer en matière de réparation requise le dédommagement et la satisfaction, cette dernière n'étant presque qu'un phénomène exceptionnel lié à des circonstances qui le sont tout autant (comme le serait notamment la nécessité d'une faute). En fait, la satisfaction constitue le moyen de réparation habituel du préjudice dit «idéal» (ou moral) souffert par l'Etat lésé,¹²² et la punition, ou du moins

117 Cf. *New York Times* du 30 mai 1987.

118 Voir 28 ILM (1989) 645.

119 A.P. Sereni, *Diritto internazionale* (1962) III 1554.

120 Cf. *infra* quatrième partie.

121 Ago, «La colpa», *supra* note 35, 32; «Le délit international», *RdC* (1939 II) 498.

122 Cf. G. Arangio-Ruiz, Second Report on State Responsibility, Doc.A/CN.4/425 (9 juin 1989) 79 ss.

le désaveu de l'organe responsable par l'Etat d'appartenance, n'est pas du tout une mesure exceptionnelle, mais bien la conséquence logique de son comportement fautif, particulièrement lorsqu'il se présente en termes de dol.

Il est tout aussi injustifié de voir dans le simple fait du dédommagement, sans que la faute de l'organe soit établie, une preuve de l'insignifiance de celle-ci.¹²³ Il faut en effet considérer comme possible l'existence d'une règle de droit international général qui requiert de l'Etat qu'il répare dans des situations déterminées le dommage matériel souffert par des étrangers en raison d'un fait qui lui est imputable, même lorsque ce fait ne peut être considéré comme illicite. Le fait de provoquer par erreur la mort de citoyens étrangers, même sans faute, semble précisément être une de ces situations.

L'existence d'une éventuelle obligation d'indemnisation équitable, même sans délit, mais en présence de circonstances déterminées, est du reste reconnue par la CDI. En effet, celle-ci a inséré dans le chapitre relatif aux circonstances qui excluent l'illicéité une clause de réserve (article 35) en vertu de laquelle l'exclusion d'illicéité qui résulte de certains des faits justificatifs considérés (c'est-à-dire le consentement, la force majeure, le cas fortuit, la détresse et l'état de nécessité) «ne préjuge pas des questions qui pourraient se poser à propos de l'indemnisation des dommages causés par ce fait».

Avant de revenir à l'étude de l'article 31 du projet de la CDI, il convient également d'apporter certaines précisions sur le concept d'erreur. Un auteur a récemment mis en doute l'«exactitude et la cohérence» des thèses soutenues par la doctrine culpabiliste, faisant valoir que dans la pratique, il y a responsabilité de l'Etat même dans l'hypothèse d'une erreur raisonnable commise de bonne foi par les organes étatiques, ce qui est apparemment contradictoire avec la prémisse sur laquelle se base la doctrine critiquée.¹²⁴ Les affaires sur lesquelles une commission arbitrale anglo-américaine a statué en 1921 sont assez connues. Elles portent sur des épisodes d'inspection ou de confiscation illicites de goélettes britanniques par les autorités côtières des Etats-Unis. Bien qu'elle eût reconnu dans différents cas la bonne foi des fonctionnaires qui avaient agi, la Commission condamna le gouvernement des Etats-Unis à des dédommagements, lui faisant endosser la responsabilité des «errors in judgment» et autres «mistaken actions» de ses agents.¹²⁵

Pour comprendre exactement ces affaires il est indispensable de se référer à la différence entre erreur de fait et erreur de droit. S'il est vrai que dans les ordres

¹²³ Pour Luzzatto, «Responsabilità e colpa», *supra* note 53 92-93, la pratique diplomatique relative aux cas d'erreurs semble présupposer «l'existence d'un principe qui établit ... l'obligation du dédommagement à charge de l'agent, que la faute soit vérifiée ou non».

¹²⁴ R. Pisillo Mazzeschi, *Due diligence*, *supra* note 4, 213. Voir également G. Schwarzenberger, *International Law*, *supra* note 5, 639, pour lequel la pratique jurisprudentielle relative aux erreurs raisonnables et de bonne foi des organes étatiques serait révélatrice de l'adoption d'un critère objectif de responsabilité.

¹²⁵ Voir les affaires *The Coquitlam*, *The Jessie*, *The Wanderer*, *The Kate*, *The Favourite*, in *VI RIAA* 47, 59, 74, 81, 84.

juridiques les plus évolués, la faute est exclue lorsque les auteurs du comportement estiment erronément que celui-ci est licite, il faut se souvenir que le droit international est encore lié au vieil adage qui veut que *error vel ignorantia legis non excusat*.

Ce fait a été expliqué de diverses manières par la doctrine. Selon Dahm,¹²⁶ à l'époque des décisions arbitrales dont il est ici question, le droit international traditionnel contenait un nombre limité de règles, de sorte que leur connaissance pouvait être considérée comme une prémisse des rapports internationaux. En revanche, Barile¹²⁷ avance une explication fondée sur le caractère même du droit international. Partant de la théorie de la création spontanée du droit international général,¹²⁸ il estime que ce droit ne peut être ignoré, dans la mesure où il vit dans la conscience même des membres de la communauté internationale. Il en résulte que le sujet ne peut ignorer l'existence de l'obligation internationale: il peut juste arriver que ce sujet estime qu'elle n'est pas applicable dans le cas concret. Son comportement sera alors apprécié selon sa bonne foi, ce qui mettra en évidence l'élément de la faute. Et en effet, les cas précités, dans lesquels l'Etat fut rendu responsable des erreurs «raisonnables» de ses officiers, ne se soustraient pas, du point de vue que nous venons d'évoquer, à une appréciation en termes de faute. La bonne foi relevée par les arbitres exclut sans aucun doute le dol, mais elle n'empêche pas que l'on se demande si un comportement plus diligent n'aurait pas été susceptible d'empêcher l'erreur.¹²⁹

L'article relatif au cas fortuit proposé par Ago rencontra un accueil réservé auprès des membres de la CDI. Sir Francis Vallat exprima clairement son mécontentement devant la tentative d'Ago d'introduire l'élément de la faute par le biais du cas fortuit. Après avoir souligné le caractère «marginal» du cas fortuit et de la force majeure en tant que causes d'exonération,¹³⁰ sir Francis fit valoir que l'essentiel n'était pas de déterminer l'impossibilité pour l'individu-organe d'agir, mais bien de savoir si l'Etat en tant que tel s'était trouvé dans cette impossibilité. Il critiqua également le critère de la prévisibilité, celui-ci étant «purely subjective».¹³¹

En revanche, plusieurs membres de la Commission se montrèrent tout à fait satisfaits du sens et des termes de la proposition de Ago.¹³² On ne peut pas dire que le

¹²⁶ G. Dahm, *supra* note 79, I, 229.

¹²⁷ Barile, *Lezioni di diritto internazionale* (2 ed. 1983), 66.

¹²⁸ Il s'agit de la célèbre théorie défendue par Ago dans plusieurs ouvrages, le premier d'entre-eux, *Scienza giuridica e diritto internazionale*, remontant à 1950. Elle fut développée par d'autres auteurs italiens tels que Ziccardi, Giuliano et Barile.

¹²⁹ Cf. Verdross, B. Simma, *Universelles Völkerrecht*, *supra* note 62, 851 para. 1265.

¹³⁰ Annuaire CDI 1979 I, 201 para. 31.

¹³¹ *Ibid.*, para. 36.

¹³² Pour Tatibi, la bonne foi serait le concept clé au moment où l'on cherche à connaître les intentions de l'individu-organe et à établir le caractère fortuit du cas. (*Ibid.*, 198 para. 11.) Sucharitkul souligna l'existence d'un élément subjectif à la base de la force majeure et du cas fortuit, élément qui réside dans le degré de diligence employé. A ce propos, Sucharitkul se référa même

comité de rédaction ait modifié le sens de l'article proposé par Ago, bien qu'il y ait apporté quelques modifications pour tenir compte des observations formulées par plusieurs membres.

Le renforcement explicite du lien causal entre l'événement imprévu et l'agissement de l'Etat, ainsi que l'exception de non-applicabilité de l'excuse en cas de «concours» de l'Etat¹³³ expliquent que l'on puisse légitimement se demander si la CDI n'a pas eu l'intention d'accepter une conception «causale» du cas fortuit.¹³⁴

La conception «objective» du cas fortuit prête le flanc à un certain nombre de critiques. Bien que nous ne puissions ici nous engager dans le thème complexe de la causalité,¹³⁵ il faut relever que le cas fortuit ne peut en aucune manière exclure le lien causal entre le comportement humain et l'événement dommageable. En effet, si l'on admet la validité durable de la théorie conditionnaliste, ce qui semble s'imposer tant d'un point de vue logique que scientifique, il faut alors reconnaître que la causalité juridique est un faux problème, en ce sens qu'il n'est pas possible de débattre de théories causales alternatives, mais uniquement de critères d'imputation alternatifs pour circonscrire le domaine de la responsabilité.

En général, et pour ainsi dire en principe, le critère de délimitation de l'imputation sera déterminé par la culpabilité du destinataire de la norme,¹³⁶ c'est-à-dire par le fait d'avoir voulu, ou du moins de n'avoir pas su empêcher l'événement alors qu'il en avait les moyens, le cas fortuit constituant évidemment la limite négative de la faute. En revanche, dans les cas exceptionnels où la faute n'importe pas (en raison d'une intervention législative expresse ou – en attendant celle-ci – d'exigences politiques implicites dans le développement du système¹³⁷), on pourra toujours déterminer des critères alternatifs de délimitation, comme par exemple la *Schutzzwecktheorie* ou

explicitement à la distinction entre *culpa lata, levis* et *levissima*. (Ibid., 203 para. 8).

133 Le comité expliqua qu'il s'était servi de la formule «si ce fait a été dû» pour renforcer le rapport causal entre l'événement et le comportement de l'Etat, Annuaire CDI 1979 I, 234, para. 3. Le paragraphe 2 de l'article 31 exclut le recours à la force majeure ou au cas fortuit dans le cas où l'Etat aurait contribué d'une manière quelconque à provoquer la situation d'impossibilité «matérielle».

134 On sait que s'est imposée dans la doctrine civiliste de certains pays, et particulièrement en France, la théorie qui voit dans le cas fortuit (ainsi que dans la force majeure, qui sont assimilés conformément à la tradition française) une cause étrangère autonome, dotée d'une valeur étiologique dans la production du dommage. Parmi les trois caractéristiques classiques de la force majeure – et du cas fortuit –, imprévisibilité, irrésistibilité et extériorité, cette doctrine tend à dévaloriser les deux premières en tant qu'«élément d'appréciation de l'absence de la faute», et à valoriser la troisième. Cf. G. Marty, P. Raynaud, *Droit civil* (1962) II 570 para. 486 in n. 5.

135 *Zufall und force majeure, supra* note 61, 48 ss.

136 C'est ce que Planiol et Ripert nomment de façon expressive «causalité morale», *Traité pratique*, VI 730. Dans la pratique juridictionnelle internationale v. la décision dans l'affaire de l'*Interprétation de l'art. 79 du traité de paix* (France/Italie 1955), XIII *RIAA* 432, où il est dit que: «un lien de causalité ne suffit pas ... il faut en plus le lien de causalité entre la perte ... et la faute du Gouvernement ... dans la personne de ses organes».

137 Dans les ordres juridiques des pays d'Europe occidentale, le premier cas est illustré par la réglementation de la responsabilité pour la production et l'utilisation pacifique de l'énergie nucléaire, et le second, jusqu'à la récente directive 85/374 CEE, par la réglementation en matière de responsabilité du producteur pour produits défectueux.

l'indication de circonstances exceptionnelles déterminées qui soient extérieures au «risque d'entreprise».¹³⁸

Revenons à la conception qu'a la CDI du cas fortuit pour faire remarquer que, si dans le texte de l'article et dans le commentaire on relève des indices qui pourraient éventuellement faire penser à une conception «causale» du cas fortuit, d'autres signes bien plus tangibles font pencher pour une version purement subjective. C'est surtout la conception du cas fortuit en tant que cause d'une erreur de fait qui indique clairement les intentions de la Commission. La substitution de l'expression «auteur du comportement» par le mot «État» ne modifie rien quant à l'essence de la norme: si l'on veut qu'elle conserve un sens, il faut, par la force des choses, que l'on se réfère au comportement de l'individu-organe ou des organes en tant qu'individus qui agissent dans le cas considéré.

IV. Conséquences du délit et faute

Nous avons vu jusqu'ici comment la CDI, malgré les apparences, n'a pas du tout exclu la faute du délit international. Au contraire, elle en a fait une condition *sine qua non*, bien que formulée négativement.

C'est également l'avis du nouveau rapporteur Arangio-Ruiz. Brisant un tabou vieux de plus de trente ans, il aborde la faute dans un addenda à son second rapport. Tout d'abord, comme on l'a dit plus haut, il accepte la thèse que nous avons soutenue ici de la théorie «négative» de la faute suivie par la CDI et de la référence implicite qui y est faite à l'article 31.¹³⁹ Ensuite, il se consacre *ex professo* au problème de l'attribution de la faute à l'Etat. Se référant à ses écrits précédents, l'auteur polémique sur le concept d'imputation d'un acte à l'Etat en tant qu'opération juridique. Pour Arangio-Ruiz, le fait de savoir si l'attribution d'un comportement – et donc de son élément mental – à l'Etat est une opération effectuée par l'ordre juridique interne (comme le prétendaient Anzilotti et Kelsen¹⁴⁰) ou par l'ordre juridique international (ce que soutenait Ago¹⁴¹) n'est qu'un faux problème. Fidèle à sa conception de l'Etat

138 Il est possible, si on le souhaite, de dénommer certaines circonstances «cas fortuit objectif» ou «*vis major*»; on peut toutefois douter du caractère adéquat d'une telle classification, étant donné la confusion possible avec le cas fortuit et la force majeure dans leur acception propre de cause d'exclusion de la culpabilité. Il est révélateur de constater que la convention internationale de l'O.C.D.E. sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire (Paris 1960, article 9) et celle de l'A.I.E.A. sur la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires (Vienne 1963, article IV.3) ne contiennent pas de cause d'exonération générale comme la «*vis major*», mais qu'elles énumèrent avec raison les circonstances exceptionnelles qui entraînent l'exonération. Pour P.-M. Dupuy, *La Responsabilité internationale des Etats pour les dommages d'origine technologique et industrielle* (1976), 109, il s'agit de «notions plus restrictives que celles, habituelles, de cas fortuit ou de force majeure».

139 Arangio-Ruiz, Addendum to the Second Report, (A/CN.4/425/Add.1, 22.6.1989) 3, para. 163.

140 Voir *supra* notes 30 et 36.

141 Voir *supra* note 37.

au sens du droit international, c'est-à-dire un Etat qui n'est pas considéré comme personne juridique, mais comme entité réelle dont la raison d'être découle de la simple circonstance factuelle et historique qu'il existe en tant qu'unité politique indépendante, Arangio-Ruiz estime que l'attribution du comportement d'une personne physique à une entité n'est rien d'autre que le résultat d'un jugement de fait réalisé par l'interprète du droit (consultant juridique d'un gouvernement, arbitre, juge international) afin de faire endosser une quelconque responsabilité à cette entité.¹⁴² Tout comme l'existence d'un acte de l'Etat, l'élément subjectif de la faute se résout lui aussi en une question de fait, qui lorsqu'il est vérifié est attribuable à l'Etat, comme tout autre élément constitutif du comportement.¹⁴³

Même si l'on reconnaît un profond intérêt théorique à la question, il ne semble pas que la position originale d'Arangio-Ruiz sur l'attribution de la faute conduise à des résultats pratiques substantiellement différents de ceux auxquels Ago était parvenu en ce qui concerne la nécessité d'une faute pour l'affirmation du fait illicite. En effet, le rapporteur conclut que l'importance ou non de la faute est une question de droit qui doit être décidée sur la base du contenu de la norme internationale violée.¹⁴⁴ On en revient ainsi au problème essentiel, jusqu'à présent éludé par Arangio-Ruiz, qui est de savoir si la faute est toujours et partout un élément essentiel du fait illicite, comme le pensait Ago à la fin des années 1930 (et aujourd'hui encore, même si c'est en adoptant une démarche «négative»), ou si elle n'est nécessaire que dans des domaines spécifiques, diversement déterminés, ce qui est l'opinion de la doctrine la plus moderne. Bien sûr, pour adopter cette seconde approche, il faudrait abandonner la distinction rigide entre normes primaires et normes secondaires, ce qui constitue vraisemblablement un pas trop hardi sur les chemins qu'emprunte depuis si longtemps la CDI.¹⁴⁵

Quelle que soit la conception qu'a le nouveau rapporteur de l'importance de la faute dans la structure du délit, sa position quant à l'importance de la faute pour ce qui est des conséquences de celui-ci est sans équivoque.

La doctrine reconnaît presque unanimement que le degré de la faute est important (notamment) aux fins de la nature et du degré de la réparation qui est due,¹⁴⁶ et cette

¹⁴² Addendum to the Second Report, 11 para. 171. Sur la conception «réelle» de l'Etat et sur l'imputation matérielle, voir parmi les nombreux travaux de l'auteur, «L'Etat dans le sens du Droit des gens et la Notion du Droit International», 26 *ÖZöR* (1975-1976) 324 ss.

¹⁴³ Addendum, 16 para. 175 in fine. Dans le sillage d'Arangio-Ruiz, l'ouvrage de Palmisano, «Colpa dell'organo e colpa dello Stato nella responsabilità internazionale: spunti critici di teoria e prassi», *Comunicazioni e Studi* (1992) 19-20 s'efforce de cerner une notion de la «faute» de l'Etat tout à fait indépendante de l'attitude psychologique de l'individu. Malheureusement cet ouvrage est paru récemment pour qu'il puisse être intégré dans notre étude.

¹⁴⁴ Ibid., 17 para. 177.

¹⁴⁵ Par ailleurs une exception notable au système adopté par la CDI est fournie par l'article 19 de la première partie du projet, portant sur le «crime» international. Ici nous sommes en présence de normes primaires déterminés, dont l'infraction entraîne de conséquences plus lourdes que celles du régime ordinaire.

¹⁴⁶ Voir *supra* texte à la note 121. Ce point est concédé même par les adeptes de la responsabilité

opinion est confirmée par la pratique internationale. On a dit plus haut que la culpabilité entre sans aucun doute en ligne de compte pour cette forme de réparation qu'est la satisfaction, comme le démontre en particulier la punition directe du coupable ou tout au moins le désaveu officiel de l'agissement de l'agent et la présentation d'excuses.

Bien qu'Arangio-Ruiz ait laissé intentionnellement en suspens la question de l'influence de la faute dans l'évaluation du dédommagement par équivalent,¹⁴⁷ il est sûr que la faute entre également en ligne de compte dans l'appréciation de la réparation du dommage matériel. La pratique internationale offre de nombreux cas dans lesquels on a considéré que le type et le degré de faute étaient déterminants aux fins du jugement.¹⁴⁸

Les membres de la CDI ont réagi prudemment à la «provocation» d'Arangio-Ruiz, et ont exprimé l'espoir que cette question ferait l'objet d'un examen plus approfondi lors des sessions suivantes. On peut globalement distinguer trois positions différentes. Un premier groupe a approuvé la décision d'Arangio-Ruiz de donner à la faute la place qu'elle méritait; un deuxième groupe s'est déclaré d'accord sur le principe de prendre la faute en considération pour déterminer les conséquences du délit, sans que son importance ne soit toutefois exagérée; en revanche, le troisième groupe a manifesté la crainte que l'approche du nouveau rapporteur ne puisse rompre l'équilibre logique et théorique de l'ensemble du projet. En particulier, certains membres de la Commission ont estimé qu'à ce stade déjà avancé des travaux, il était peu prudent de s'aventurer dans une discussion sur la faute en tant qu'élément du délit aux fins de la première partie du projet.¹⁴⁹

V. Conclusion

Il faut sans aucun doute reconnaître à Arangio-Ruiz le mérite d'avoir attiré l'attention de ses collègues de la Commission sur l'invraisemblable «oubli» qui avait entouré la faute, et d'avoir ainsi jeté les bases d'une discussion ouverte et utile sur ce problème

objective. Cf. I. Bronwlie, *State Responsibility*, *supra* note 7, 46 et, moins récemment, Borchard, «Theoretical Aspects», *supra* note 68, 224-225; Personnaz, *La Réparation du préjudice en droit international public* (1939) 55.

¹⁴⁷ Addendum to the Second Report, 20-21, para. 184. Le Rapporteur s'est jusqu'à présent limité à souligner l'importance de la faute pour ce qui est de la satisfaction (art. 10, para. 2 de la deuxième partie du Projet).

¹⁴⁸ Dans l'affaire *Cresceri* (Italie/Pérou 1901, XV *RIAA* 452), l'arbitre a estimé que la responsabilité du Pérou dans l'homicide d'un citoyen italien par ses troupes devait être atténuée «by the fact that it has not been proved that they opened fire intentionally and deliberately ... with the intention of killing him». Dans l'affaire *Venable* (Etats-Unis/Mexique 1927, IV *RIIA* 224), l'existence de «outrage» et de «wilful neglect of duty» furent expressément qualifiées de «aggravating circumstances». Dans l'affaire *Dix* (Etats-Unis/Venezuela 1903, IX *RIIA* 121), il fut déclaré que le droit international n'accorde pas de réparation pour les conséquences lointaines du délit «in the absence of evidence of deliberate intention to injure».

¹⁴⁹ Rapport sur les travaux de la quarante-deuxième session, A/CN.4/10 (1990) 46, para. 95-96.

dans le système de la responsabilité internationale. Il convient toutefois de se demander si l'approche plus «discrète» d'Ago n'offrirait pas quant à elle des avantages très substantiels.

Tout d'abord, comme on l'a dit, en faisant de la faute une condition négative qui s'est mimétisée parmi les circonstances qui excluent l'illicéité, Ago a permis qu'elle

soit dûment prise en considération sans que le projet risque de s'enfoncer dans une impasse «doctrinaire». Cette opération présentait surtout un avantage extraordinaire, qui a peut-être été à l'origine du soutien d'adversaires potentiels: avoir fait de l'absence de faute une cause de justification a permis de renverser la charge de la preuve au bénéfice de l'Etat lésé. Il suffit à celui-ci de prouver le fait et le lien causal, tandis que l'Etat présumé responsable devra se disculper. Le «coup de génie» d'Ago – s'il nous est permis de nous exprimer ainsi – réside donc dans le fait d'avoir sauvegardé l'exigence théorique de l'existence de la faute tout en évitant ce qui pourrait constituer l'obstacle majeur à sa reconnaissance inconditionnelle à l'échelon international: la difficulté de la prouver.¹⁵⁰

L'indiscutable avantage offert par l'inversion de la charge de la preuve ne doit toutefois pas laisser à penser qu'en son absence, l'exigence de la faute serait susceptible de rendre le système de la responsabilité inopérant, vu la difficulté de prouver cette faute à des Etats jaloux de leur souveraineté et de leur compétence absolue en matière d'organisation interne. Pufendorf avait déjà tenté de rendre compatibles faute et preuve à l'échelon international; il était arrivé à la conclusion qu'existait une responsabilité de *prima facie*, étant donné qu'il faut toujours partir de la supposition que l'Etat sait ce que ses ressortissants font et qu'il peut les empêcher d'adopter un comportement donné.¹⁵¹

Comme on peut le constater, cette thèse se trouve encore dans un état d'élaboration théorique peu avancée. Toutefois, la pratique arbitrale nous montre clairement comment le droit international réussit à surmonter la difficulté de prouver la faute, et également de nombreux autres faits, par l'utilisation habile de présomptions et de preuves circonstanciées. A cet égard, on ne peut manquer de mentionner l'arrêt exemplaire de la Cour internationale de Justice dans la très célèbre affaire du *Détroit de Corfou*. La Cour avait la tâche difficile de se prononcer sur l'illicéité présumée d'un comportement négatif (omission de mesures de prévention); sans même estimer nécessaire de renverser la charge de la preuve, elle affirma la responsabilité de l'Albanie en se fondant sur les considérations suivantes: connaissance concrète du danger d'un fait dommageable, possession des moyens pour y faire face et inactivité complète.¹⁵²

150 Il est intéressant d'observer que, dès les premiers travaux de 1963, Ago était déjà bien conscient du problème. Dans une note relative au problème de la faute, le rapporteur avait ajouté l'apostille suivante: «Il serait opportun d'examiner si devraient ou non être aussi étudiées les questions très importantes qui peuvent surgir à l'égard de la preuve des faits donnant lieu à responsabilité», Annuaire CDI 1963 II 238.

151 Pufendorf, *De Jure Naturae et Gentium Libri Octo* (1744) L.VIII, C. VI para. 12.

152 «Il est clairement établi que le Gouvernement albanais n'a cessé d'exercer une vigilance très attentive sur les eaux du Détroit Nord de Corfou» (Recueil CIJ 1949, 18); «L'obligation de l'Albanie de signaler à la navigation l'existence de mines dans ses eaux dépend de la connaissance qu'elle en aurait eue avant et en temps utile» (ibid., 22); «En fait, rien ne fut tenté par les autorités albanaises pour éviter le désastre» (ibid., 23).