

GRADUATE INSTITUTE OF INTERNATIONAL STUDIES, GENEVA

---

THE INTERNATIONAL LEGAL SYSTEM IN  
QUEST OF EQUITY AND UNIVERSALITY

L'ORDRE JURIDIQUE INTERNATIONAL,  
UN SYSTÈME EN QUÊTE D'ÉQUITÉ ET  
D'UNIVERSALITÉ

Liber Amicorum  
*Georges Abi-Saab*

Edited by

LAURENCE BOISSON DE CHAZOURNES  
AND VERA GOWLLAND-DEBBAS



MARTINUS NIJHOFF PUBLISHERS  
THE HAGUE / LONDON / BOSTON

---

LA CODIFICATION DU DROIT DE LA  
RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE:  
TÂTONNEMENTS ET AFFRONTEMENTS

*Alain Pellet*

“... même quand nous nous efforçons subjectivement d’être objectifs, nous restons objectivement un peu subjectifs”

[G. Abi-Saab, “Cours général de droit international public”, p. 29].

Dans son “maître-cours”, qu’il a donné à l’Académie de Droit international de La Haye en 1987, le dédicataire de ces lignes met en garde contre une approche exclusivement processuelle du droit: “pour être juridique, le processus doit être lui-même prévisible ou convertible en termes de règles ou de normes”;<sup>1</sup> il s’agit donc d’un processus normatif; d’un mouvement, lui-même encadré par le droit, visant à l’édiction de normes. Le développement progressif du droit international et sa codification, dont est chargée la Commission du Droit international répond, sans aucun doute, à cette définition: il s’agit d’un processus, d’un mouvement, visant à transformer des règles éparses et parfois lacunaires en un *corpus juris* cohérent se traduisant par “un apport normatif substantiel”.<sup>2</sup>

Bien que Georges Abi-Saab ait laissé poindre un zeste de nostalgie pour la “décade prodigieuse” de la C.D.I. et “l’apogée de son œuvre, la Convention de Vienne sur le droit des traités”, il a salué l’œuvre de la Commission et ses “résultats spectaculaires”.<sup>3</sup> Aux premiers rangs de ceux-ci il faut certainement placer

---

1 G. Abi-Saab, “Cours général de droit international public”, *R.C.A.D.I.*, tome 207 [1987-VII] [ci-après “Cours général”], p. 39.

2 *Ibid.*, p. 141.

3 *Ibid.*, pp. 149-150.

le projet d'articles sur la responsabilité des États qui, sauf accident de parcours toujours possible, devrait être adopté en seconde lecture en 2001 et qui fournit "un exemple parfait du processus législatif [4] au sein des Nations Unies".<sup>5</sup>

Inscrite dès 1949 dans la liste des sujets de droit international se prêtant à la codification,<sup>6</sup> la question de la responsabilité des États est sans aucun doute au cœur même du droit international et il n'est pas facile d'expliquer le mystère que constitue la mise en jeu de la responsabilité des personnes souveraines que sont les États.<sup>7</sup> C'est parce qu'elle existe qu'il mérite le nom de droit;<sup>8</sup> elle en constitue un mécanisme régulateur essentiel et est la sanction de droit commun des violations commises par ses sujets. Ce rôle central justifiait son inscription à l'ordre du jour de la Commission; il laissait aussi entrevoir toutes les difficultés de l'entreprise.

Celles-ci étaient déjà apparues durant l'entre-deux-guerres, lorsque la Conférence de codification de la S.d.N. avait dû renoncer à la mener à bien.<sup>9</sup> C'est que ce n'est pas un thème quelconque: sous son apparence technique, le droit de la responsabilité internationale met en cause non seulement des questions théoriques fondamentales, mais aussi des oppositions idéologiques et politiques qu'expliquent les immenses conséquences concrètes de sa mise en œuvre. Le développement historique de ses règles en porte l'éclatant témoignage.

Si le principe selon lequel l'État peut engager sa responsabilité est acquis de longue date et peut même être considéré comme étant "consubstantiel" au droit international, il ne s'est cristallisé en règles relativement précises que récemment, essentiellement à l'occasion des contentieux suscités par les atteintes aux personnes et aux biens des étrangers par les insurrections et *pronunciamenti* à répétition en Amérique latine à la fin du siècle dernier et au début de celui-ci, puis de ceux consécutifs aux deux guerres mondiales. Au fond, ce droit est né d'abord des premiers affrontements nord-sud et il n'est guère étonnant qu'il soit le reflet des rapports de force qui existaient alors (et qui subsistent) entre le nord exportateur de capitaux et le sud qui en accueille certains, et que les règles qui en résultent soient dès lors fortement asymétriques... en faveur du nord. C'est ce qui avait

---

4 L'auteur de ces lignes professe quelques réserves à l'égard du mot "législatif", qui lui paraît inutilement "stato-centré", alors que "processus normatif" traduirait plus exactement la même idée.

5 G. Abi-Saab, "Cours général", p. 434.

6 *Ann. C.D.I.* 1949 (A/CN.4/SER.A/1949), "Report to the General Assembly", par. 16, p. 277.

7 Voir les brèves mais pénétrantes remarques de P. Reuter, "La responsabilité internationale – problèmes choisis" (cours polycopié, Paris, Cujas, 1955-1956), reproduit in: P. Reuter, *Le développement de l'ordre juridique international – Écrits de droit international* (Paris, Economica, 1995), pp. 377-550, notamment pp. 379-380.

8 G. Abi-Saab a décrit la responsabilité comme "une composante fondamentale de tout système juridique" ("Cours général", p. 431).

9 Voir le rapport du Sous-Comité (S.D.N. 1927, section V.C.196.M.70), et les bases de discussion (tome III, C.75.M.69, 1929, V).

fait écrire à Philip Jessup que le droit de la responsabilité internationale était la conséquence de la “diplomatie du dollar”.<sup>10</sup>

Cela en explique les traits essentiels. Il s’agit d’un droit

- 1 dont les implications politiques sont très apparentes pour quiconque veut bien ne pas s’abriter derrière une pseudo-neutralité “scientifique”; et
- 2 dont les règles sont très inégalement développées selon les domaines: hypertrophiées en ce qui concerne les modalités de la réparation des dommages “médiats” et d’abord de ceux causés aux propriétés étrangères, elles sont, au contraire, extrêmement sommaires et lacunaires pour ce qui est, par exemple, de la définition des droits lésés et de leurs titulaires ou même du fait générateur.

Ces traits caractéristiques suffisent à mettre en évidence et l’importance de l’enjeu que représente la codification de ce chapitre essentiel du droit international (codification au sens large – y compris son développement progressif) et les difficultés auxquelles celle-ci se heurte. D’autant plus que les oppositions politiques se doublent de débats doctrinaux extrêmement vifs. Il va de soi que, souvent, consciemment ou non, les seconds ne sont que le camouflage des premiers.

Aussi bien, l’histoire, encore inachevée, de la codification de cette branche du droit international est-elle passablement cahotante.

Si on laisse de côté les codifications doctrinales, elle a commencé par l’échec retentissant de la tentative de la S.d.N.: du fait des affrontements entre ses membres et, d’abord, entre les Européens d’une part et les Latino-Américains – le “Tiers Monde” de l’époque – d’autre part, la Conférence de 1930 a dû constater que le sujet n’était pas mûr. C’est peut-être pour cela que, tout en le mentionnant parmi les sujets “codifiables” dès sa première session, la C.D.I., prudemment, n’en avait pas fait pas un thème prioritaire. Il a fallu attendre une demande de l’Assemblée générale formulée en 1953<sup>11</sup> pour que la Commission inscrive, deux ans plus tard, le sujet de “La responsabilité de l’État” à son ordre du jour. Il y est toujours et le Professeur James Crawford, 5<sup>e</sup> Rapporteur spécial affecté à la question, devrait achever en 2001 la tâche entreprise quarante-sept ans plus tôt.

Le premier de ses quatre prédécesseurs a été le Cubain, F.V. Garcia Amador. Ceci n’est pas anodin: Latino-Américain, il est imprégné de la problématique traditionnelle et éminemment conflictuelle qui a été celle des nombreuses séries d’arbitrages mettant aux prises les pays d’Amérique latine et les États européens agissant au titre de la protection diplomatique et, en particulier, de la jurisprudence

10 P. Jessup, *A Modern Law of Nations* (New York, MacMillan, 1946), p. 96; voir aussi G. Abi-Saab, “Cours général”, p. 431.

11 Résolution 799 (VIII) du 7 décembre 1953.

des fameuses Commissions mixtes instituées durant le premier quart du XX<sup>e</sup> siècle. Très naturellement, dès son deuxième rapport (en 1957),<sup>12</sup> il centre son analyse sur la “responsabilité de l’État à raison des dommages causés sur son territoire à la personne et aux biens des étrangers”, sous-titre qui, dorénavant, accompagnera l’ensemble de ses travaux.

On a beaucoup dit que, ce faisant, Garcia Amador s’était attaché à codifier les “règles primaires” du droit de la responsabilité ou, du moins, certaines d’entre elles. Outre que ce n’est pas forcément un vice rédhibitoire, ce “reproche”, si c’en est un, n’est pas entièrement fondé: même s’il se concentre sur un aspect particulier du droit de la responsabilité, le premier Rapporteur spécial s’attache, dans les six rapports successifs qu’il présente entre 1956 et 1961<sup>13</sup> à élucider les questions relatives aux “actes et omissions” engageant la responsabilité de l’État, à “la réclamation internationale”, aux “respect des droits acquis” ou aux “éléments constitutifs” de la responsabilité internationale, têtes de chapitres qui correspondent assez bien à la définition classique des “règles secondaires” telle que Hart l’a popularisée, c’est-à-dire qu’il s’agit de normes qui visent à organiser la production, l’évolution ou, comme c’est le cas des règles relatives à la responsabilité internationale, la sanction des autres règles, elles primaires, du droit international.<sup>14</sup> Ceci étant, il est vrai que Garcia Amador mêlait quelque peu les unes et les autres et que le contenu des projets d’articles qu’il proposait était en partie consacré à la détermination des règles de fond qui gouvernent la conduite ou les actes des États vis-à-vis des étrangers.

C’est, à vrai dire, Roberto Ago, le deuxième Rapporteur spécial de la C.D.I. sur la responsabilité des États, qui a été à l’origine de cette “rumeur doctrinale” concernant les propositions de son prédécesseur. Aussi bien durant les débats de 1963,<sup>15</sup> qui ont précédé sa nomination comme Rapporteur spécial, que dans sa note de 1967<sup>16</sup> ou dans son premier (et tardif!) rapport en 1969,<sup>17</sup> Ago s’est employé à prendre ses distances par rapport à l’approche de Garcia Amador. C’est que celle-ci avait été l’objet de critiques vigoureuses. Et ce n’est guère étonnant: l’angle d’attaque retenu par celui-ci était éminemment conflictuel et bien que, au fond, ses propositions se soient bornées à refléter assez fidèlement le droit “positif” forgé par la jurisprudence arbitrale de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle et du début du XX<sup>e</sup> – ou pour cette raison –, elles suscitèrent de vives critiques de la part des représentants des pays du Tiers Monde et de ceux de l’Est, notamment à la Sixième

12 Voir *Ann. C.D.I.* 1957, vol. II, p. 119.

13 Pour un premier historique des travaux de la C.D.I. sur la responsabilité des États, voir *Ann. C.D.I.* 1969, vol. II, pp. 238-243.

14 H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (Oxford, Clarendon Press, 1984), pp. 77 et s.

15 Voir *Ann. C.D.I.* 1963, vol. II, pp. 237-270.

16 Voir *Ann. C.D.I.* 1967, vol. II, pp. 361-363.

17 Voir *Ann. C.D.I.* 1969, vol. II, pp. 129-162, not. pp. 137-146.

Commission de l'Assemblée générale.<sup>18</sup> S'en démarquer a été le premier trait de génie, et la première adresse, d'Ago.

Il n'est pas facile de déterminer clairement la date de naissance précise du mythe des "normes secondaires" – c'est-à-dire de l'idée qu'il fallait s'en tenir rigoureusement aux règles "conséquentielles" abstraites déterminant les conséquences de la violation d'une règle de fond ("primaire"), qui est devenue un véritable *credo* au sein de la C.D.I. Mais il est, évidemment, en germe dans les premières prises de position de Roberto Ago même si, en 1963, en 1967 ou en 1969, il n'évoque nullement la fameuse distinction de Hart et s'en tient à une idée plus simple et sans doute suffisante, qu'il exprime ainsi dans son premier rapport: "dans un essai de codification de la responsabilité des États, il faut donner la priorité à une définition des règles *générales* de la responsabilité internationale".<sup>19</sup>

Cette approche était déjà celle retenue par le très fameux cours que le, alors très jeune, professeur italien avait donné à l'Académie de Droit international en 1939<sup>20</sup> et qui constitue le "manifeste" de ce qu'il n'est sans doute pas exagéré de qualifier de "révolution agoïste".<sup>21</sup>

Dès l'introduction de ce cours, qui donne la clé de toute la pensée d'Ago sur ce thème qu'il a si puissamment marqué de son empreinte, on peut lire: "Il convient de remarquer que les études existantes en matière de délit international [...] partent toutes du point de vue de la responsabilité, c'est-à-dire du point de vue des conséquences du délit, beaucoup plus que de sa nature et de ses éléments constitutifs".<sup>22</sup> Certes, il y a là un certain flottement terminologique car, dans la même phrase, Ago concède ce qu'il récuse, en ce sens qu'il assimile la responsabilité à ses conséquences et paraît en exclure le fait générateur, c'est-à-dire le "délit" ou, mieux, le fait internationalement illicite.<sup>23</sup> Il n'empêche: l'essentiel

18 Georges Abi-Saab relève à juste titre que l'approche du premier Rapporteur spécial "rencontra la résistance farouche des pays socialistes et du tiers monde pour avoir privilégié exclusivement la responsabilité internationale pour violation des droits économiques privés, l'un des sujets les plus controversés, tout en ignorant celle issue de violations de principes autrement plus importants, tels le droit à l'autodétermination et l'interdiction de la discrimination". Cf. "Cours général", p. 432.

19 *Ibid.*, p. 362. C'est nous qui soulignons.

20 R. Ago, "Le délit international", *R.C.A.D.I.*, tome 68 [1939-II], pp. 415-554; reproduit dans R. Ago, *Scritti sulla responsabilità internazionale degli Stati* (Jovene, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza della Università di Camerino, 1979) [ci-après "*Scritti...*"], vol. I, pp. 141-269.

21 Ceci confirme que c'est bien à Ago lui-même qu'il faut attribuer la paternité du projet qu'il a défendu de 1963 à 1980, date de son départ définitif de la Commission; et non, comme on le soutient parfois, aux assistants capables et doués, au premier rang desquels il faut sûrement citer Marina Spinedi qui l'ont entouré et aidé; sans sous-estimer leur apport, Ago reste, indiscutablement, le "concepteur" du projet.

22 R. Ago, "Le délit international", *Scritti...*, p. 144.

23 On retrouve encore largement ce flottement et cette "demi révolution" dans les premiers rapports d'Ago. Voir A. Pellet, "Remarques sur une révolution inachevée – Le projet d'articles de la C.D.I. sur la responsabilité des États", *A.F.D.I.* tome XLII (1996), pp. 11-13.

est là: la responsabilité ne saurait être réduite à ses conséquences et, moins encore, à l'une de ses conséquences, pour importante qu'elle soit, à savoir l'obligation de réparer.

Et, sur ce point, la "révolution" a eu lieu. Elle se traduit par le célèbre article 1<sup>er</sup> du projet d'articles que la Commission a adopté dès 1973, confirmé en 1980 lors de l'adoption de la première partie du projet et maintenu dans la version finale de l'ensemble du projet qu'elle a adopté en première lecture en 1996: "Tout fait internationalement illicite d'un État engage sa responsabilité internationale". Et c'est bien d'une révolution conceptuelle qu'il s'agit: le dommage, qui était au centre de l'analyse traditionnelle,<sup>24</sup> y compris des analyses de Garcia Amador, est complètement évacué en tant que fait générateur de la responsabilité.

Cette approche bénéficie de l'approbation quasi-unanime de la doctrine;<sup>25</sup> aucun des membres actuels de la C.D.I. ne l'a contestée et aucun des États qui ont fait parvenir leurs observations au Secrétariat à ce jour<sup>26</sup> ne s'y oppose, à l'exception de l'Argentine et de la France, laquelle a cru devoir rédiger un contre-projet complet<sup>27</sup> qui réintroduit le dommage en tant que fait générateur de la responsabilité. Malgré ce combat d'arrière-garde, la C.D.I. ne semble pas songer sérieusement à remettre en cause ce qui constitue assurément un progrès fondamental sinon du droit international lui-même, du moins de l'idée que l'on s'en fait.<sup>28</sup>

À travers cette approche de la responsabilité internationale de l'État se trouve consacrée l'idée que le droit international n'est pas un réseau de normes inter-subjectives, destiné d'abord, sinon exclusivement, à protéger les intérêts particuliers

24 Voir la description, sommaire mais très claire, qu'en donne G. Abi-Saab, "Cours général", pp. 431-432.

25 À l'exception regrettable d'une partie de la doctrine française; notamment Jean Combacau in: J. Combacau & S. Sur, *Droit international public* (Paris, Domat-Montchrestien, 1995), p. 535; G. Cottareau, "Systèmes juridiques et notion de responsabilité", in: S.F.D.I., *La responsabilité dans le système international – Colloque du Mans [1990]* (Paris, Pédone, 1991) [ci-après "Colloque du Mans"], p. 21; ou E. Decaux, "Responsabilité et réparation", *ibid.*, p. 147. Pour des vues beaucoup plus nuancées, v. P. Reuter, "Le dommage comme condition de la responsabilité internationale", *Estudios de Derecho Internacional – Homenaje al Professor Miaja de la Muela* (Madrid, Tecnos, 1979), reproduit dans P. Reuter, *Le développement de l'ordre juridique international – Écrits de droit international* (Paris, Économica, 1995), pp. 561-571, notamment pp. 569-571.

26 En date de la 52<sup>e</sup> session de la Commission (2000), des observations ont été formulées par les États suivants: Allemagne, Autriche, Danemark (au nom des pays nordiques), États-Unis, France, Irlande, Mexique, Mongolie, Ouzbékistan, République tchèque, Royaume-Uni et Suisse (doc. A/CN.4/488), Argentine (Add.1), Italie (Add.2), Singapour (Add. 3), à la 50<sup>e</sup> session (1988); Grèce et Japon (A/CN.4/492) ont soumis leurs remarques lors de la 51<sup>e</sup> session (1999).

27 A/CN.4/488; v. not. pp. 25 et 33.

28 Le premier rapport du Professeur James Crawford, nouveau Rapporteur spécial sur le sujet, a pris fermement position contre la réinsertion du dommage en tant que "condition autonome" du fait internationalement illicite (A/CN.4/490/Add.4, § 116-121, pp. 8-11).

des États, mais un *système* (pas un “bric à brac”<sup>29</sup>) qui garantit la coexistence des États dans leur intérêt commun. Il y a là plus qu’une nuance – et si l’on peut objecter que cette analyse reflète une vision excessivement optimiste de la société internationale, il n’en reste pas moins que, contrairement à sa devancière, exclusivement “souverainiste”, elle tient compte des affleurements du “communautarisme” dans la sphère du droit international, aussi modestes et timides que ceux-ci demeurent. En particulier, elle est seule de nature à justifier le fait que certaines violations du droit sont si graves qu’elles menacent les intérêts non pas du ou des seuls États victimes<sup>30</sup> mais bien de la communauté internationale dans son ensemble, dont toutes les composantes doivent pouvoir tirer certaines conséquences.

En tout cas, il est indiscutable que les intuitions d’Ago ont permis de sortir de l’impasse où les maladroites “manceuvrières” de Garcia Amador (plus que la faiblesse imputée à tort à ses rapports) avaient conduit le projet. Grâce à l’approche “secondaire” et générale retenue, les oppositions les plus voyantes entre les États (et entre les membres de la Commission) s’en sont trouvées occultées et l’examen du sujet a pu reprendre sur des bases plus prometteuses.

Il n’a, il est vrai, repris qu’avec une sage lenteur qu’expliquent sans doute les multiples occupations du Rapporteur spécial, alors aux prises avec l’affaire de la *Barcelona Traction* devant la Cour internationale de Justice. Si la conception générale défendue par Ago a été approuvée dès 1963 par la Commission,<sup>31</sup> ce n’est qu’en 1969 que celui-ci a rédigé son premier rapport<sup>32</sup> et en 1971 qu’il propose ses premiers projets d’articles.<sup>33</sup>

Cette lente maturation n’a pas que des inconvénients; elle explique sans doute la rigueur théorique de la première partie du projet qui, partant du manquement (et non du dommage comme le faisait Garcia Amador), tire de cette nouvelle perspective des conséquences dans l’ensemble très rigoureuses même s’il arrive, au détour d’un article, que l’on puisse avoir un doute sur sa parfaite cohérence.<sup>34</sup>

29 Voir J. Combacau, “Le droit international, bric à brac ou système?”, *A.P.D.* (1986-tome 31: “Le système juridique”), pp. 85-105.

30 Pour fondamentale que soit la règle violée et grave la violation, elle peut ne causer de préjudice à aucun État en particulier. Tel est le cas, par exemple, d’un génocide commis par un État contre une partie de sa propre population, comme au Rwanda. Le troisième rapport de James Crawford (2000) s’efforce de clarifier (et, dans une certaine mesure, de dépasser) la notion de “victime” et l’article 40 du projet adopté en 1996 (*A/CN.4/507*).

31 Voir le rapport préliminaire établi par une Sous-Commission présidée par Roberto Ago, *Ann. C.D.I.*, 1963, vol. II, pp. 237-238 et le compte-rendu partiel de ses débats, *ibid.* pp. 238-270.

32 *Ann. C.D.I.* 1969, vol. II, pp. 129-162, également reproduit (sans les annexes) dans R. Ago, *Scritti...*, vol. II, pp. 303-344.

33 Troisième rapport, *Ann. C.D.I.*, vol. II, 1<sup>ère</sup> partie, pp. 209-289; R. Ago, *Scritti...*, vol. II, pp. 343-544.

34 Ainsi, on peut penser que figurent dans le chapitre V de la première partie, consacré aux “circonstances excluant l’illicéité”, des institutions juridiques, comme le “consentement”, qui n’en relèvent pas forcément.

Sur ces bases, la Commission a adopté, entre 1973 et 1981, les 35 articles de la première partie de son projet, répartis en cinq chapitres qui s'ordonnent selon un plan rigoureux et logique<sup>35</sup> afin de détailler, c'est son titre, l'"origine de la responsabilité".

Cet intitulé, il faut cependant le relever, n'est pas dépourvu d'ambiguïté et semble montrer que, comme effrayés par leur audace, le Rapporteur spécial et, à sa suite, la Commission, n'ont pas osé aller tout à fait jusqu'au bout de leur logique: alors que la deuxième partie, intitulée "Contenu, formes et degrés de la responsabilité internationale", porte en réalité sur les conséquences de celle-ci, qui est engagée dès lors que les conditions mentionnées à l'article 1<sup>er</sup> et détaillées par l'article 3 du projet, sont réunies;<sup>36</sup> tel est, à vrai dire, le véritable "contenu" de la responsabilité internationale.<sup>37</sup>

Sous cette réserve, qui n'a guère d'importance, sinon doctrinale, on ne peut qu'être frappé par l'extraordinaire *maestria* avec laquelle Ago a réussi à faire accepter ses idées par ses collègues alors même qu'elles étaient loin d'être évidentes, que ceux-ci étaient, pour beaucoup, de grands juristes dotés de fortes personnalités et des hommes de convictions, et que l'on était encore en pleine guerre froide. Or, autant le projet est "conceptuellement" révolutionnaire, autant il est pratiquement et "techniquement" conservateur, les "crimes" mis à part. Il est vrai qu'il n'était sûrement pas facile d'échapper à la force de persuasion du Rapporteur spécial et que l'approche qu'il défendait "gommaït" les oppositions politiques et idéologiques, au moins en ce qui concerne la première partie du projet. C'est sans doute pourquoi les projets d'articles présentés par Ago n'ont été que très peu modifiés par la Commission malgré les très longs débats qu'elle leur a consacrés.

L'une des caractéristiques de cette première partie du projet est certainement l'impressionnante méticulosité des projets d'articles et des commentaires dont ils sont assortis. Il est de bon ton de s'en plaindre aujourd'hui et les observations

---

35 Ce plan s'articule comme suit:

- I – Principes généraux;
- II – Le "fait de l'État" selon le droit international;
- III – Violation d'une obligation internationale;
- IV – Implication d'un État dans le fait internationalement illicite d'un autre État;
- V – Circonstances excluant l'illicéité.

36 Article 1<sup>er</sup>: "Tout fait internationalement illicite d'un État engage sa responsabilité internationale"; Article 3: "Il y a fait internationalement illicite de l'État lorsque: a) un comportement consistant en une action ou une omission est attribuable d'après le droit international à l'État; et b) ce comportement constitue une violation d'une obligation internationale de l'État".

37 Lors de la première partie de sa 52<sup>e</sup> session (2000), la Commission a semblé s'orienter vers cette approche, à la fois plus radicale et plus logique puisque, à la suggestion de son Rapporteur spécial, elle envisage de scinder en deux la deuxième partie du projet adopté en 1996, intitulant la première "Conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite d'un Etat" et la seconde "La mise en œuvre de la responsabilité d'un Etat": voir le 3<sup>e</sup> rapport du Professeur Crawford, A/CN.4/507 (15 mars 2000), notamment §10-11, pp. 9-10.

des États qui sont parvenues au Secrétariat s'accordent à demander une simplification. Sur certains points, cela est sans doute fondé et l'on peut, par exemple, se demander quelle est l'utilité de l'article 2, qui ne fait guère plus que répéter sans rien y ajouter, ce qui est dit à l'article 1<sup>er</sup><sup>38</sup>, ou avoir des doutes sur des distinctions trop subtiles pour être opérationnelles en ce qui concerne les différentes catégories d'obligations violées (articles 20 à 28). Il n'en reste pas moins que tout cela, et en particulier les commentaires, sont d'une très grande utilité pour les praticiens du droit international qui auraient beaucoup à perdre à ce que, au prétexte de simplification, l'on "jette le bébé avec l'eau du bain". Et, d'autre part, sur certains points, le projet se révèle, au contraire, lacunaire. En matière d'attribution par exemple, les hypothèses sur lesquelles la Cour internationale de Justice a dû se pencher dans les affaires des *Otages* ou du *Nicaragua*,<sup>39</sup> ou dont elle est actuellement saisie dans celle du *Génocide*,<sup>40</sup> ne sont pas véritablement prises en compte. De même, les affaires de *Nauru* ou de *Timor*<sup>41</sup> ont montré que la question de la responsabilité conjointe et/ou solidaire pouvait se poser en droit international; ici encore, le projet actuel ne donne aucune directive pour la résoudre, mais il est vraisemblable que la Commission comblera l'essentiel de ces lacunes ponctuelles en seconde lecture.

Plus généralement, si l'on prend son titre au pied de la lettre, le projet de la C.D.I. sur "La responsabilité des États" peut, dans son ensemble, apparaître comme très lacunaire. Dès 1969 en effet, la Commission a décidé d'exclure de son étude "la responsabilité dite pour risque, découlant de l'accomplissement de certaines activités licites, telles que les activités spatiales et nucléaires".<sup>42</sup> Il n'est pas certain que les États encourent une responsabilité "objective" pour les dommages

---

38 Pour le texte de l'article 1<sup>er</sup>, *supra*, note 36; Article 2: "Tout État est susceptible d'être considéré comme ayant commis un fait internationalement illicite engageant sa responsabilité internationale". Conformément à la suggestion du Rapporteur spécial, cette seconde disposition devrait être supprimée en seconde lecture (v. le rapport de la C.D.I. sur sa 50<sup>e</sup> session, A/53/10, § 344 et 355, pp. 163 et 165).

39 Arrêt du 24 mai 1980 en l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran [Etats-Unis c. Iran]*, C.I.J. Rec. 1980, § 67, pp. 32-33 ou § 74, p. 35; arrêt du 27 juin 1986 relatif aux *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci [Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique]*, C.I.J. Rec. 1986, pp. 53 et s.

40 L'une des questions auxquelles la Cour est appelée à répondre quant à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide [Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie]* est celle de la responsabilité de la Yougoslavie pour les faits internationalement illicites de la "Republika Srpska" et des forces paramilitaires serbes.

41 Voir l'arrêt du 26 juin 1992 concernant les exceptions préliminaires dans l'affaire de *Certaines terres à phosphates à Nauru [Nauru c. Australie]*, C.I.J. Rec. 1992, § 48 et ss., pp. 258 et ss.; arrêt du 30 juin 1995 (compétence et recevabilité) relatif au cas du *Timor oriental [Portugal c. Australie]*, C.I.J. Rec. 1995, § 28-29, p. 102).

42 *Ann. C.D.I.* 1969, vol. II, § 83, p. 243.

causés par de telles activités; mais le problème se pose certainement et il n'est pas couvert par le projet d'articles.

On a beaucoup dit que cette exclusion tient au fait que cette forme de responsabilité "n'intéressait pas" Ago; c'est peut-être vrai, mais il en a donné une explication qui semble convaincante et que la C.D.I. a reprise dans son rapport de 1969: "Les questions relevant de cette seconde catégorie ne seront toutefois pas traitées en même temps que celles de la première, afin surtout d'éviter qu'une confusion entre des hypothèses aussi nettement différentes puisse avoir des répercussions négatives sur la compréhension du sujet principal".<sup>43</sup> Au surplus, et peut-être surtout, même si ceci n'apparaît pas nettement dans ses rapports, l'approche retenue par la Commission contribue à éloigner l'une de l'autre les deux branches du droit de la responsabilité: tant que l'on réduit le droit de la responsabilité à celui de la réparation, le dommage reste au cœur d'une problématique commune; il est même le fait générateur des deux mécanismes; dès lors que le manquement est substitué au dommage comme fait générateur, il n'y a plus guère de raison de traiter conjointement des deux aspects et les francophones n'ont plus qu'à se lamenter de devoir utiliser le même mot pour désigner deux concepts aussi nettement distincts.<sup>44</sup>

Très logiquement la Commission va donc, plus tard, en 1978, s'attaquer, sous un titre distinct et en le considérant comme un sujet totalement indépendant à "La responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant des activités qui ne sont pas interdites par le droit international", "responsabilité" dont on ne sait toujours pas, vingt ans plus tard, si elle est celle de l'État ou non.<sup>45</sup>

Mais la "responsabilité pour risque" n'est pas la seule lacune grave du projet. Une autre est très frappante. Il s'agit de la protection diplomatique. Il semble qu'Ago l'avait en tête lorsqu'il a rédigé ses premiers rapports<sup>46</sup> et qu'elle avait, en effet, sa place dans la troisième partie sur la "mise en œuvre", plutôt que le règlement des différends, qui n'est pas spécifique au droit de la responsabilité. La protection diplomatique l'est, puisqu'il s'agit du mécanisme par lequel un État prend fait et cause pour l'un de ses nationaux lésé par le fait internationalement illicite d'un autre sujet du droit international. L'idée n'en a pas moins été perdue de vue; ni Riphagen, ni Arangio-Ruiz ne l'ont reprise, et il a fallu attendre 1997 pour que la Commission nomme un Rapporteur spécial sur la question en la

---

43 *Id.*

44 Les deux mots anglais, *responsibility* et *liability*, permettent de faire la différence.

45 En 1997 la Commission a décidé de limiter provisoirement ses travaux à la question de la "prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses" et elle a désigné son Membre indien, M. P. S. Rao, Rapporteur spécial pour cet aspect du sujet (v. C.D.I., *Rapport sur les travaux de sa 49<sup>e</sup> session – 12 mai-18 juillet 1997*, Assemblée générale, 52<sup>e</sup> session, Suppl. n° 10, A/52/10, § 168, p. 112).

46 V. le rapport de la C.D.I. sur sa 27<sup>e</sup> session, *Ann. C.D.I.* 1975, vol. II., § 44, p. 61.

personne de son membre marocain, M. Bennouna,<sup>47</sup> remplacé après son élection au TPIY en 1999 par le membre sud-africain, M. Dugard.<sup>48</sup>

Roberto Ago n'a pu mener à bien l'intégralité de l'œuvre de développement progressif et de codification du droit de la responsabilité des États,<sup>49</sup> même ainsi limité. Son élection à la Cour internationale de Justice va l'empêcher – ou lui épargner? – de guider la C.D.I. en ce qui concerne les conséquences de la responsabilité et sa mise en œuvre qui, plus que son fait générateur (son "origine" dit le projet), sont de nature à déchaîner les oppositions politiques.

Ce n'est pas faire injure au troisième Rapporteur spécial sur le sujet, M. Riphagen, nommé en 1979, que de dire que les sept rapports qu'il a consacrés au sujet de 1980 à 1986 constituent une parenthèse. Fortement charpentés, extrêmement théoriques, ces études sont d'un abord difficile et semblent avoir découragé par leur excessive abstraction les Membres de la Commission, qui ont renvoyé au Comité de rédaction vingt-et-un des projets d'articles que le Rapporteur spécial avait présentés, mais n'ont adopté, à titre provisoire, que les cinq premiers<sup>50</sup> avant que M. Riphagen ne quitte la C.D.I. en 1986.

La nomination d'un nouveau Rapporteur spécial en la personne du Professeur italien Gaetano Arangio-Ruiz ne s'est pas traduite seulement par un changement de "style". Bien qu'il ait parfois revendiqué l'héritage – auquel M. Riphagen s'était très strictement tenu – d'Ago, le quatrième Rapporteur spécial appartient plutôt à la "vieille école" en ce qui concerne la conception qu'il se fait du concept même de responsabilité internationale. Pour preuve: l'approbation appuyée qu'il a donnée, lors du colloque du Mans de la SFDI, en 1990, à l'approche "inorganique" de la responsabilité mise en avant par plusieurs intervenants.<sup>51</sup> Il était, dès lors, d'autant plus probable qu'il s'efforcera d'infléchir profondément les travaux de la Commission sur le sujet que, malgré le tribut verbalement payé à son prédécesseur immédiat, il n'a pas caché pas son intention de faire "table rase" et de reprendre *ab initio* l'étude de la deuxième et de la troisième parties.<sup>52</sup>

En réalité, le quatrième Rapporteur spécial était davantage un "moraliste", au sens tout à fait noble et estimable du terme d'ailleurs, qu'un doctrinaire. Alors

47 V. le rapport de la C.D.I. sur sa 49<sup>e</sup> session, A/52/10, § 190, p. 119.

48 V. le rapport de la C.D.I. sur sa 51<sup>e</sup> session, A/53/10, § 19, p. 6.

49 Ago quitte la Commission en 1978 (en fait en 1980 puisque, en 1979 et 1980, il présente son 8<sup>e</sup> rapport à la Commission, alors même qu'il a été élu à la C.I.J. en 1978 – cf. *Ann. C.D.I.* 1979, vol. I, 1531<sup>e</sup> séance, 15 mai 1979, p. 3 et *Ann. C.D.I.* 1980, vol. I, 1612<sup>e</sup> séance, 16 juin 1980, § 34-35, p. 143).

50 V. le rapport de la Commission sur sa 38<sup>e</sup> session, *Ann. C.D.I.* 1986, vol. II, 2<sup>e</sup> partie, p. 41.

51 Voir, sous le Thème III "Responsabilité et légalité", les débats sous la présidence de G. Arangio-Ruiz – dont les interventions ouvrent, concluent et ponctuent la séance – in *Colloque du Mans, op.cit.* (note 25), notamment p. 317.

52 Voir son rapport préliminaire sur la responsabilité des États, *Ann. C.D.I.* 1988, vol. II, 1<sup>ère</sup> partie, not. par. 8, pp. 7-8.

qu' Ago entendait construire un système cohérent de responsabilité internationale, le Professeur Arangio-Ruiz a surtout été inspiré par le souci de "moraliser" le droit international. Son approche du sujet qui lui avait été confié s'en est trouvée profondément influencée.

L'accent mis par M. Arangio-Ruiz sur certains "grands principes" utopiques, sur lesquels il a surtout insisté lors de la discussion de la troisième partie relative au règlement des différends, s'est traduit par une indifférence certaine vis-à-vis d'autres aspects, plus techniques, du projet. Il en résulte, en particulier, que les dispositions de la deuxième partie, et surtout de son chapitre II consacré aux "droits de l'État lésé" et d'abord à la réparation, sont parfois très abusivement sommaires. Il est révélateur à cet égard que les observations des États sur le projet, qui se plaignent du caractère abusivement détaillé et de la complication de la première partie, critiquent au contraire ici le caractère cavalier de certaines dispositions.<sup>53</sup> Est-il, par exemple, acceptable que l'article 44 se borne à indiquer que "l'indemnisation [...] peut comprendre des intérêts et, le cas échéant, le manque à gagner"? Il s'agit là d'un problème dont l'intérêt concret est évident et il est très regrettable que le projet laisse planer tant d'incertitudes sur les cas dans lesquels des intérêts sont dus et le *lucrum cessans* doit être indemnisé et sur le calcul des uns et de l'autre.<sup>54</sup>

Le moralisme du Rapporteur spécial l'a conduit à un ralliement, tardif mais fougueux, à la notion de crime international de l'État à l'égard de laquelle, fidèle à son approche inorganique de la société internationale, il avait d'abord manifesté la plus grande méfiance,<sup>55</sup> ce qui n'allait pas sans paradoxe. Quoique l'on pense de la notion de crime de l'État, une chose est certaine, elle n'est concevable que si l'on s'en tient à une approche "communautariste" ou, en tout cas, "sociétale" du droit de la responsabilité internationale. La distinction entre crimes et délits n'est pas la conséquence inéluctable de l'idée que la responsabilité découle du fait internationalement illicite, mais elle est, en revanche, inconcevable si l'on part du dommage et non du manquement

En d'autres termes, si crime il y a, ce ne peut être que parce que la règle violée est d'une nature différente de celle dont la violation aboutit à un simple délit; on

---

53 Voir les commentaires et observations reçus des gouvernements, A/CN.4/488, pp. 110 et s.

54 De même, les commentaires de la deuxième et de la troisième parties du projet contrastent par leur relative concision avec ceux de la première. Ceci est particulièrement frappant en ce qui concerne ceux des articles 47 à 53. Il est vrai que ces derniers sont le résultat d'un travail collectif de quelques Membres de la Commission après la démission du Rapporteur spécial intervenue en 1996 durant la 48<sup>ème</sup> session.

55 Débats précités, *Colloque du Mans*, *op.cit.* (note 25). Toutefois, dans son premier rapport, M. Arangio-Ruiz n'avait pas récusé, dans son principe la distinction entre crimes et délits; il avait estimé que l'examen des conséquences des seconds était prématurée (*Ann. C.D.I.* 1988, vol. II, 1<sup>ère</sup> partie, pars. 10 à 18, pp. 8-10).

peut considérer que c'est parce qu'il s'agit d'une norme de *jus cogens*; on peut estimer, comme le dit l'article 19, que la violation porte sur une obligation dont le respect intéresse "la communauté internationale dans son ensemble", ce qui revient à peu près au même;<sup>56</sup> mais ce qui est sûr, c'est que la notion de crime est parfaitement incompatible avec une conception "inorganique" de la responsabilité ou, plus largement, du droit international, dont, pourtant, le Professeur Arangio-Ruiz se réclame par ailleurs avec force.

Dès lors, le "ralliement au crime" du Rapporteur spécial témoigne d'une certaine cohérence, sinon doctrinale, du moins "idéologique": il s'agit encore et toujours de moraliser la vie internationale et le droit international. Comme celle de *jus cogens*, la notion de crime peut y contribuer et M. Arangio-Ruiz a fini par s'en apercevoir. Mais il ne l'aborde que dans son 5<sup>e</sup> rapport, en 1993.<sup>57</sup> Auparavant, il avait étudié les conséquences des délits et des crimes internationaux de façon indifférenciée.<sup>58</sup> Il en est résulté un gonflement abusif des conséquences des délits alors que celles particulières aux crimes se réduisaient comme une peau de chagrin. Ainsi, l'article 45, relatif à la satisfaction, envisage la possibilité de dommages-intérêts punitifs dans le cas de simples délits, alors qu'ils ne peuvent se justifier que si un crime est commis. À l'inverse, les conséquences spécifiques que le projet tire de ceux-ci sont réduites et lacunaires: les articles 51 à 53 du projet qui leur sont consacrés ne prévoient aucun régime juridique des contre-mesures qui leur soit propre<sup>59</sup> et l'un des effets les plus importants de la commission d'un crime, la transparence de l'État, le fait que la responsabilité de ses dirigeants puisse être recherchée nonobstant les immunités dont ils bénéficient, est entièrement passé sous silence.

Mais c'est dans la troisième partie du projet, consacrée au règlement des différends, que le moralisme, passablement utopique et irréaliste, du Rapporteur spécial s'est fait le plus évidemment sentir puisqu'il aboutit à un mécanisme de conciliation obligatoire pour tous les différends relatifs à l'application du projet et à l'obligation d'arbitrage pour tous les litiges portant sur la mise en œuvre de contre-mesures, ce qui revient à dire que, virtuellement, tous les différends inter-

56 Le bénéficiaire de ces lignes a relevé, à juste titre, que "[l']article 19 du projet du professeur Ago définit le "crime" par son objet, c'est-à-dire par l'importance que la communauté internationale attache à l'intérêt protégé par la norme, et non par ses effets comme le fait l'article 53 sur le *jus cogens* dans la Convention de Vienne sur le droit des traités. C'est une approche plus logique": G. Abi-Saab, "Cours général", p. 433; v. aussi, du même auteur, "The Concept of International Crimes and Its Place in Contemporary International Law" in: J. Weiler, A. Cassese & M. Spinedi (eds), *International Crimes of States* (Berlin, Gruyter, 1989), pp. 147-146.

57 *Ann. C.D.I.* 1993, vol. II, 1<sup>ère</sup> partie, pp. 32-62.

58 Telle est malheureusement aussi la méthode suivie depuis 1998 par le Professeur Crawford.

59 Malgré les positions initiales du Rapporteur spécial, qui avait laissé entendre que c'est en ce qui concerne les "mesures" que la distinction entre crimes et délits serait la plus marquée (premier rapport, *Ann. C.D.I.* 1988, § 14-15, pp. 8-9).

nationaux pourraient, de ce fait, être “justiciables”, puisqu’il n’en est guère qui, *in fine*, ne puissent être ramenés à un problème de responsabilité, dès lors qu’il suffirait qu’un État prenne des contre-mesures, aussi arbitraires soient-elles, pour pousser la victime à l’arbitrage; l’une des perversités de ce système est, en outre, d’encourager le recours aux contre-mesures.

À leur sujet aussi d’ailleurs M. Arangio-Ruiz a fait preuve d’un certain angélisme: il s’est toujours déclaré hostile à cette forme de “justice privée” (pourtant logique dans un système inorganique) en faisant valoir qu’elles étaient l’apanage des plus forts;<sup>60</sup> en même temps cependant, ses projets d’articles étaient, au moins dans leur rédaction initiale, très laxistes et ne contenaient guère de garde-fous contre le recours aux contre-mesures.<sup>61</sup> Le Rapporteur spécial faisait en effet une confiance aveugle au mécanisme d’arbitrage obligatoire qu’il voulait instituer; et ce n’est que grâce à un amendement de dernière minute proposé par M. Bennouna<sup>62</sup> qu’une véritable limite a été instituée du fait de l’exigence, posée à l’article 48, de négociations préalables. Malheureusement, tout cela s’est fait dans l’improvisation et, par souci de réalisme, cette obligation de négociation a été assortie, dans la même disposition, de la reconnaissance de la licéité de “mesures conservatoires” que le projet ne définit pas ni, *a fortiori*, ne régleme. En tout état de cause, il n’est évidemment pas acceptable de s’en remettre, pour limiter l’arbitraire du recours aux contre-mesures, à un mécanisme de règlement des différends dont chacun sait bien qu’il est parfaitement inacceptable pour la très grande majorité des États.

On ne peut, dans ces conditions, s’étonner que les dispositions du projet relatives aux contre-mesures aient été, avec celles portant sur le règlement des différends (les unes et les autres étant étroitement liées) et, bien sûr, celles relatives aux crimes, parmi les plus contestées par les États durant les débats de la Sixième Commission en 1996 et en 1997 et dans les observations qui sont parvenues au Secrétariat.<sup>63</sup>

Il y aurait un moyen simple d’éviter les affrontements auxquels donne lieu la réglementation des contre-mesures, ce serait de renoncer à l’inclure dans le projet.<sup>64</sup> On peut le faire, à titre de commodité: après tout, la clause de la nation la plus favorisée relève du droit des traités et la Commission en a cependant fait

60 Voir en particulier son 3<sup>ème</sup> rapport, *Ann. C.D.I.* 1991, vol. II, 1<sup>ère</sup> partie, not. § 4, pp. 7-8.

61 Par exemple le projet d’article 12 figurant dans le 4<sup>e</sup> rapport, *Ann. C.D.I.*, vol. II, 1<sup>ère</sup> partie, p. 23.

62 Voir les débats lors des 2454<sup>e</sup>, 2455<sup>e</sup>, et 2456<sup>e</sup> séances des 5, 9 et 10 juillet 1996, SR/2454 à 2456.

63 Voir les commentaires et observations reçus des gouvernements, A/CN.4/488, pp. 123-143, notamment ceux de l’Irlande (p. 129), du Royaume-Uni (p. 132) ou de la République tchèque (p. 133), qui, pour des raisons d’ailleurs différentes, contestent le lien entre les dispositions relatives aux contre-mesures d’une part et celles concernant le règlement des différends d’autre part.

64 Telle est la solution préconisée par la France (*ibid.*, pp. 124-125).

un sujet différent car, l'aborder eût conduit à des retards considérables dans la codification de cette branche du droit. Mais il faut bien voir que ce ne serait qu'un pis-aller: d'une part, l'article 30 devrait sans doute, de toute manière, être conservé (au moins si l'on continue à voir dans les contre-mesures une circonstance excluant l'illicéité, ce qui n'est peut-être pas tout à fait évident); d'autre part et surtout, si l'on considère que le projet doit aborder toutes les conséquences du fait internationalement illicite, il est clair que le recours aux contre-mesures est, à l'évidence, l'une de ces conséquences et que sa suppression contribuerait à déséquilibrer considérablement le texte final.

En tout cas, il serait assurément désastreux de suivre en ce domaine une "politique de l'autruche" consistant à ignorer purement et simplement le problème des contre-mesures. Paraphrasant ce qu'a dit la Cour internationale de Justice de l'intervention, on ne peut y voir qu'"une manifestation d'une politique de force, politique qui, dans le passé, a donné lieu aux abus les plus graves" d'autant plus que si, en théorie, tous les États peuvent y recourir, elles sont "réservées par la nature des choses aux États les plus puissants".<sup>65</sup> Renoncer à en régler l'exercice reviendrait à ouvrir la voie aux abus: rien n'est plus défavorable aux faibles que l'absence de droit.

Le recours obligatoire à l'arbitrage imposé par le paragraphe 2 de l'article 58 du projet d'articles en cas de différend relatif à l'usage des contre-mesures ne leur offre qu'une illusoire protection. Outre qu'il s'agit là d'une disposition très visiblement inacceptable pour les États,<sup>66</sup> elle méconnaît le contexte général dans lequel s'exerce la "justice privée" que constituent les contre-mesures:<sup>67</sup> les intérêts de l'État victime, auteur de la violation prétendue seront, dans bien des cas, irrémédiablement atteints dans l'attente de la sentence et tout donne à penser qu'il préférera s'incliner plutôt que de se soumettre à une longue procédure arbitrale à l'issue d'autant plus aléatoire que les règles de fond limitant la licéité des contre-mesures fixées par le projet demeurent assez laxistes.

D'une manière plus générale, la troisième partie du projet de la C.D.I., rédigée à la hâte, porte témoignage de l'idéalisme attachant mais irréaliste du Rapporteur spécial. Curieusement, celui-ci, entièrement préoccupé de l'articulation entre les contre-mesures et le règlement des différends, n'a jamais présenté officiellement de projet d'articles généraux propres à ce second point.<sup>68</sup> Toutefois, même ainsi limitée, cette partie n'est pas convaincante, ne fût-ce que parce qu'elle vise à

---

65 Cf. l'arrêt du 9 avril 1949 *Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)*, C.I.J. Rec. 1949, p. 35.

66 V. les commentaires et observations reçus des gouvernements, A/CN.4/488, pp. 152-162; v. aussi la note 63 ci-dessus.

67 D. Alland, *Justice privée et ordre juridique international* (Paris, Pedone, 1994), 503 p.

68 Voir le 5<sup>e</sup> rapport, *Ann. C.D.I.* 1993, vol. II, 1<sup>ère</sup> partie, pp. 7-32, dont les propositions (pp. 29-32) ne concernent que le règlement des différends nés de l'adoption de contre-mesures.

modifier profondément la nature même du droit international qui se caractérise par la liberté laissée aux États de régler leurs différends par des moyens pacifiques de leur choix; et l'on peut douter que 34 experts indépendants, qui n'ont pas reçu mandat à cette fin, restent dans leur rôle de codification et de développement *progressif* du droit international en introduisant de tels bouleversements dans l'ordonnement juridique international.

Du reste, l'existence même de cette troisième partie du projet, au moins telle qu'elle est conçue, est discutable. Certes, des dispositions relatives à la mise en œuvre eussent été utiles; ils auraient dû porter notamment sur le mécanisme de la protection diplomatique, qui relève sans aucun doute du sujet. Mais ce n'est pas le cas du règlement des différends, dont tout projet de la Commission pourrait être assorti, et dont aucun ne l'a été jusqu'à présent car la C.D.I. a considéré, à juste titre, que l'insertion de telles dispositions relevait d'une appréciation exclusivement politique des États.

Il pourrait, il est vrai, en aller différemment sur des points limités, et sous réserve de leur acceptabilité par les États, comme les contre-mesures<sup>69</sup> ou l'existence d'un crime. On peut du reste s'étonner qu'aucun mécanisme de règlement obligatoire n'ait été prévu pour la constatation de la commission d'un crime. Il aurait, dans ce domaine, été particulièrement approprié à l'image des dispositions de la Convention de Vienne de 1969 relatives à la procédure de règlement judiciaire ou d'arbitrage des différends concernant l'application ou l'interprétation des articles 53 ou 64 sur les "normes impératives du droit international général" (*jus cogens*).<sup>70</sup>

Bien qu'une proposition en ce sens eût été faite,<sup>71</sup> la Commission, sans l'écarter définitivement, a décidé, à la suite de débats confus, d'en remettre l'examen à la seconde lecture du projet.<sup>72</sup> C'est que, pour sa part, M. Arangio-Ruiz, fidèle à son idéal de moralisation institutionnelle du droit international, avait imaginé un mécanisme extraordinairement complexe reposant sur une procédure en deux temps faisant intervenir d'abord le Conseil de sécurité et/ou l'Assemblée générale, qui procéderaient à une première évaluation, politique, de la situation, puis la C.I.J., qui statuerait sur l'existence du crime prétendu et son attribution<sup>73</sup>

---

69 Mais précisément le mécanisme imaginé par la Commission en ce domaine n'est pas acceptable par les États; v. *supra*, notes 63 et 66.

70 Voir l'article 66.a) de la Convention de Vienne.

71 Voir le mémorandum ILC (XLVIII)/CRD.4/Add.1 du 26 juin 1996, présenté au nom de 11 membres de la Commission.

72 Voir le rapport de la C.D.I. sur les travaux de sa 48<sup>e</sup> session, A/51/10, § 9-12, p. 190.

73 Voir le 7<sup>e</sup> rapport du Rapporteur spécial, A/CN.4/469; le texte du projet d'article 19 de la deuxième partie proposé par M. Arangio-Ruiz est également reproduit dans le *Rapport de la C.D.I. sur les travaux de sa 47<sup>e</sup> session*, A/50/10, note 88, pp. 107-108.

Le projet est, depuis lors, revenu devant la Commission pour une seconde lecture qui devrait s'étaler sur quatre ans et aboutir à un projet définitif en 2001, sous la responsabilité du Professeur Crawford, nouveau Rapporteur spécial, dont la personnalité, forte mais souple, devrait faciliter la recherche de solutions de compromis.<sup>74</sup> Il est clair cependant qu'elles ne seront pas faciles à trouver. Alors que, durant toute la période Ago, le consensus a été la règle – très peu de dispositions ont suscité des oppositions –, les débats sur le sujet ont été très vifs ces dernières années tant au sein de la C.D.I. que durant l'examen de ses rapports par la Sixième Commission – pour autant, d'ailleurs, que l'on puisse parler de "débats" à leur propos tant le formalisme du mode de fonctionnement de cet organe est marqué: les interventions y sont en général stéréotypées et ne débouchent à peu près jamais sur une conclusion globale opérationnelle.

En ce qui concerne le fonctionnement de la C.D.I., il est sans doute permis de tirer quelques conséquences de cette brève description de la "saga" du développement progressif et de la codification du droit de la responsabilité des États. En particulier, elle fait apparaître le rôle déterminant des Rapporteurs spéciaux, dont les positions et le "style" exercent une influence absolument déterminante sur les travaux de la Commission. Ce n'est pas seulement vrai pour le sujet de la responsabilité des États; il suffit de songer à cet égard au droit des traités et au rôle qu'y ont joué Waldock ou Fitzmaurice, ou encore à la succession d'États dans les matières autres que les traités et à celui de M. Bedjaoui.

Il est certain que la personnalité des Rapporteurs spéciaux successifs sur la responsabilité peut expliquer en partie la teneur et le style des débats qui se sont déroulés au sein de la Commission et que l'adresse et la stature d'Ago ne sont pas pour rien dans le consensus qui a marqué les années 1970; il a, au surplus, eu la bonne fortune d'avoir en face de lui une Commission composée de très grands internationalistes, probablement sensibles à la grande rigueur technique de ses propositions.

La grande influence des rapporteurs spéciaux constitue l'un des traits dominants de la procédure en vigueur à la C.D.I.; et c'est d'ailleurs pourquoi, elle a décidé, en 1996, que, dorénavant, les nouveaux rapporteurs spéciaux seraient "flanqués" d'un Groupe de travail qu'ils consulteraient entre les sessions<sup>75</sup> (ce qui est peut-être une bonne chose dans l'abstrait mais risque de leur compliquer encore un

---

74 M. Crawford a présenté, en avril et mai 1998 son premier rapport (A/CN.4/490 et Add. 1 à 4). Il y insiste sur les problèmes posés par la notion de "crime d'État" qu'il propose de traiter séparément (cf. A/CN.4/490/Add. 3, § 100), ce qui reviendrait à se débarrasser de la question et n'a pas été acceptable pour une partie importante des membres de la Commission (cf. le rapport de la Commission sur sa 50<sup>e</sup> session, A/53/10, § 331, pp. 159-160). Ce n'est cependant qu'au cours de la deuxième partie de la 52<sup>e</sup> session que M. Crawford devrait présenter à nouveau des vues plus complètes et, il faut l'espérer, plus équilibrées, sur la question.

75 Voir le rapport de la Commission sur sa 48<sup>e</sup> session, A/51/10, § 192-196, pp. 241-242.

peu plus la tache). Toutefois, en ce qui concerne la responsabilité, il a été décidé de procéder un peu différemment puisque M. Crawford est assisté, mais durant les sessions, de groupes de travail qui se penchent en principe sur les trois sujets les plus controversés: crimes, contre-mesures et règlement des différends.

Ceci étant, la personnalité des rapporteurs spéciaux n'explique pas tout. Outre qu'il leur faut – tout de même... – compter avec les autres membres, le contexte est important et des facteurs tant endogènes qu'exogènes jouent de façon non négligeable. La composition de la Commission dans son ensemble a profondément évolué depuis qu'elle a mis le sujet à son ordre du jour: elle est passée de 15 membres (21 dès 1956) à 34 (en 1981); il en est résulté des changements non seulement quantitatifs (on ne discute ni de la même manière ni aussi efficacement à 34 qu'à 15 ou 21), mais aussi dans l'origine géographique et professionnelle des membres qui, de plus en plus, sont des diplomates, souvent représentants de leur État à la Sixième Commission, ce qui ne va pas sans poser quelques problèmes. Il en résulte aussi – et ce n'est pas forcément un mal – que les débats y sont moins “doctrinaux”, plus “empiriques” qu'ils ne l'étaient. Dans l'ensemble, les membres actuels se montrent plus soucieux d'efficacité et de réalisme politique que leurs prédécesseurs; et, à cet égard, le Professeur Arangio-Ruiz a probablement constitué une exception, même si, paradoxalement, ce sont souvent les universitaires qui ont manifesté les réticences les plus vives à l'encontre de ses propositions.

Par ailleurs, on aurait pu penser que la fin de la guerre froide allait gommer les considérations politiques et idéologiques. Il n'est pas douteux qu'elle se traduit par une plus grande imprévisibilité de la part des membres de la C.D.I. Les clivages n'en demeurent pas moins importants et les sensibilités “tiers-mondistes” y sont probablement plus présentes qu'au sein d'autres organes des Nations Unies. Il reste que la Commission n'échappe pas à l'environnement idéologique dominant et s'“occidentalise” (ou s'“américanise”), comme en témoigne la contestation de la notion de crime par un nombre croissant de membres. Ceci ne manquera pas d'avoir certaines conséquences sur la fin de l'examen du projet sur la responsabilité en seconde lecture.

Il est peu probable que cette tendance aille jusqu'à la remise en cause de l'approche générale “agoïste”, comme la France s'obstine à l'espérer. En revanche, on peut craindre que la distinction entre crimes et délits ne sorte pas indemne de cette seconde lecture. Si l'on peut risquer un pronostic, si le mot disparaîtra, il restera néanmoins quelque chose, sans doute édulcoré, de ... la chose!<sup>76</sup>

---

76 Voir la vigoureuse critique formulée par G. Abi-Saab à l'encontre des propositions initiales du Rapporteur spécial James Crawford in: “The Uses of Articles 19”, 10 *E.J.I.L.* 2 (1999), pp. 339-351. Voir aussi A. Pellet, “Can a State Commit a Crime? Definitely, Yes!”, *ibid.*, pp. 425-434, et, du même auteur, “Vive le crime! – Remarques sur les degrés de l'illicite en droit international” in: C.D.I., *Le droit international à l'aube du XXIème siècle – Réflexions de codificateurs* (New York,

En outre, se posera le problème du sort du projet: en fera-t-on un traité? et, dans le cas contraire, qu'en sera-t-il? Ici encore, toute prévision est incertaine.<sup>77</sup> Comme on pouvait le penser (et le craindre – car ceci oblige à des rédactions parfois incertaines afin de préserver toutes les possibilités), la Commission s'est efforcée de retarder au maximum le moment de prendre position sur ce point. Toutefois, cette attitude ne pourra être maintenue lorsqu'elle en arrivera à la question du règlement des différends; il faudra bien alors trancher car il n'y a guère de sens à instituer un mécanisme obligatoire de règlement autrement que par la voie conventionnelle.<sup>78</sup> Il est vrai que ce ne devrait être qu'en 2001, l'année même où la C.D.I. devrait terminer l'examen du projet en seconde lecture.

On peut cependant penser que, lorsqu'il faudra décider, la Commission ne résistera pas à la tentation de recommander la transformation de son projet en une convention en bonne et due forme. Il est très difficile de faire accepter à ses membres que le succès ou l'échec de son œuvre ne se mesure pas exclusivement à l'aune du nombre de conventions conclues. En outre, le projet actuel est, à l'évidence, conçu comme un projet de traité et il est plus difficile d'aller dans le sens du changement que dans celui du maintien de ce qui est. Ce ne serait pas une très bonne solution: le sujet s'y prête mal et la lenteur du processus de négociation et l'incertitude des ratifications risquent de fragiliser plus que de consolider l'œuvre accomplie. Des précédents récents, qu'il s'agisse du projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité<sup>79</sup> ou de la question des réserves aux traités<sup>80</sup> montrent cependant que "le pire n'est pas toujours sûr" et laissent espérer que la Commission pourrait se rallier à une solution plus modeste mais sans doute plus efficace consistant à demander à l'Assemblée générale de faire sien le projet.

Au demeurant, quoique recommande la C.D.I., ce n'est pas elle mais l'Assemblée générale qui décide en dernier ressort du sort de ses projets et l'on peut penser que les "grands États", du nord comme du sud, feront tout ce qui est en leur pouvoir pour éviter l'adoption d'un traité. En l'occurrence, ils auront raison: même si le projet final est équilibré et raisonnablement complet, il est sans intérêt de figer dans un traité rigide un texte qui, d'ores et déjà, dans son état actuel, exerce

---

Nations Unies, 1997), pp. 287-315.

77 Dans son cours précité, Georges Abi-Saab estime qu'"il y a peu de chances, même s'il arrive à son terme, qu'une convention soit adoptée et qu'elle entre en vigueur dans un avenir proche": cf. "Cours général", p. 434.

78 Le plus raisonnable serait sans doute, dans ce cas, de n'envisager la dernière partie du projet, relative au règlement des différends, que comme un protocole additionnel, sauf en ce qui concerne la détermination des crimes.

79 Au sujet duquel la Commission a laissé la question ouverte (v. le rapport de la C.D.I. sur sa 48<sup>e</sup> session, A/51/10, par. 47-48, pp. 29-30).

80 Dont il est entendu qu'elle devrait déboucher sur l'adoption d'un Guide de la pratique sans valeur conventionnelle (v. *ibid.*, par. 105, p. 207).

une influence déterminante sur la pratique des États et ne laisse pas indifférent jusqu'à la Cour internationale qui, dans son arrêt du 25 septembre 1997, dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo/Nagymaros*, en a fait un large usage montrant ainsi que ce texte perfectible n'est sans doute pas si mauvais que cela, même s'il est loin d'être parfait, même s'il est le fruit de tâtonnements, même s'il suscite des affrontements, doctrinaux et politiques. Il peut, assurément, devenir un texte de référence "incontournable" si la seconde lecture, sans remettre en cause les acquis, apporte à la deuxième partie les améliorations qui la rendront dignes de la première. Comme le notait Georges Abi-Saab dès 1987, ce travail a, au demeurant, "déjà largement produit l'effet escompté en changeant de manière significative notre vision et notre compréhension de ce domaine".<sup>81</sup>

*Post-scriptum: En août 2000, le Comité de rédaction de la C.D.I. a adopté un nouveau Projet d'articles, reproduit dans le rapport de la Commission (Doc.A/55/10, pp. 110-126) dont l'auteur n'a pu tenir compte lorsqu'il a achevé la rédaction de la présente contribution, en juin de la même année. Ce Projet qui sera discuté en 2001, ne remet pas profondément en cause les conclusions de cette étude. Celle-ci n'en apporte pas moins des précisions intéressantes qui, dans l'ensemble, améliorent le projet adopté en première lecture en 1996.*

---

81 "Cours général de droit international public", *R.C.A.D.I.*, tome 207 [1987-VII], p. 434.