

L'ÉVOLUTION DU CONCEPT DE FAUTE DANS LA THÉORIE DE LA RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE DES ÉTATS

Awalou Ouedraogo

Volume 21, Number 2, 2008

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1068881ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1068881ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (print)

2561-6994 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Ouedraogo, A. (2008). L'ÉVOLUTION DU CONCEPT DE FAUTE DANS LA THÉORIE DE LA RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE DES ÉTATS. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 21(2), 129–165.
<https://doi.org/10.7202/1068881ar>

Article abstract

Accountability and its status undoubtedly remains a *vexata quaestio*, when it comes down to the theory of states international responsibility. Indeed, the debate on the bases of the international responsibility deeply divided authors since the emergence of the international law as an autonomous discipline starting from second half of the 18th century. For some, the responsibility is solely based on the "*iniuria*", the *illicit fact*. For others, it is the sum of the *iniuria* and the *mens rea*. However, there is a sharp contrast between the doctrine framework and the jurisprudence apparatus. The International Law Commission wanted to avoid the controversy by asserting the principle of an objective responsibility. Thus, the debate seems to be a closed case. But a thorough examination of the articles about states responsibility adopted in 2001 shows that the psychological still remains as an important element in the theory of responsibility. This article aims to recall the origins of the controversy on the question of accountability since the Roman law until the contemporary time while passing by the doctrines of the law of nations. It also shows how the fault always survives behind the illicit fact.

L'ÉVOLUTION DU CONCEPT DE FAUTE DANS LA THÉORIE DE LA RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE DES ÉTATS

*Awalou Ouedraogo**

La question de la place de la faute dans la théorie de la responsabilité internationale des États est sans aucun doute une *vexata quaestio*. En effet, le débat sur les fondements de la responsabilité internationale a profondément divisé les auteurs depuis l'émergence du droit international en tant que discipline autonome à partir de la seconde moitié du XVIII^e siècle. Pour les uns, l'unique fondement de la responsabilité est l'*iniuria*, le fait illicite. Pour d'autres, en plus de l'*iniuria*, il faut un *mens rea* de son auteur. Cependant, la virulence du débat doctrinal contraste avec la démarche de la jurisprudence. La Commission du droit international, elle, a voulu éviter la controverse en affirmant le principe d'une responsabilité objective. Le débat semble donc définitivement clos. Or, un examen approfondi des articles sur la responsabilité des États adoptés en 2001 montre que toute idée de faute en tant qu'attitude psychologique, n'a pas complètement disparu de la théorie de la responsabilité. Cet article a pour objectif de retracer les origines de la controverse sur la question de la faute depuis le droit romain jusqu'à l'époque contemporaine en passant par la doctrine du droit des gens. Il démontre également en quoi la faute survit toujours derrière le fait illicite.

Accountability and its status undoubtedly remains a *vexata quaestio*, when it comes down to the theory of states international responsibility. Indeed, the debate on the bases of the international responsibility deeply divided authors since the emergence of the international law as an autonomous discipline starting from second half of the 18th century. For some, the responsibility is solely based on the « *iniuria* », the *illicit fact*. For others, it is the sum of the *iniuria* and the *mens rea*. However, there is a sharp contrast between the doctrine framework and the jurisprudence apparatus. The International Law Commission wanted to avoid the controversy by asserting the principle of an objective responsibility. Thus, the debate seems to be a closed case. But a thorough examination of the articles about states responsibility adopted in 2001 shows that the psychological still remains as an important element in the theory of responsibility. This article aims to recall the origins of the controversy on the question of accountability since the Roman law until the contemporary time while passing by the doctrines of the law of nations. It also shows how the fault always survives behind the illicit fact.

* Chargé de cours au département d'études internationales de l'université York, Toronto. Docteur en droit international (Institut de hautes études internationales et du développement, IHEID) ; DEA en droit international (IHEID), Licence en droit public (Université de Ouagadougou). L'auteur tient à remercier le professeur Eric Wyler pour ses commentaires.

C'est un principe de droit international que la violation d'un engagement entraîne l'obligation de réparer dans une forme adéquate. La réparation est donc le complément indispensable d'un manquement à l'application d'une convention, sans qu'il soit nécessaire que cela soit inscrit dans la convention même.¹

Ainsi s'exprimait la Cour permanente de justice internationale (CPJI) dans l'*Affaire relative à l'Usine de Chorow* en 1927. C'est donc un principe général que tout fait illicite d'un État engage sa responsabilité. Le fait illicite présume que le comportement constitutif d'une action ou d'une omission est attribuable à l'État en vertu du droit international et est contraire à une obligation internationale². La question que l'on se pose, à vrai dire que l'on s'est toujours posée, mais de façon affirmée depuis l'âge d'or du positivisme juridique au début du XX^e siècle, est de savoir si la violation de l'obligation et l'attribution sont les seuls fondements de la responsabilité de l'État ou au contraire, une *mens rea*, « une attitude déterminée de la volonté »³, est également nécessaire.

L'exigence de la faute en matière de responsabilité est ancienne, et la question de l'origine de la responsabilité a profondément divisé les auteurs. Si l'on suit l'évolution de la doctrine sur la question de la faute depuis l'émergence du droit international en tant que discipline autonome à partir de la seconde moitié du 18^e siècle, on y constatera des phases successives différentes⁴. Mais la tendance générale qui se dégage de la doctrine aujourd'hui pourrait se résumer dans cette idée de Dupuy :

En droit des gens, la faute est morte avec les derniers flonflons de la Belle Époque dès avant que l'Europe ne s'enterre dans la boue sanglante des tranchées. Son assassin, réalisant par ce meurtre rituel l'aspiration de toute une génération, fut bientôt identifié. Il s'agissait d'un italien positiviste, l'implacable Dionisio Anzilotti.⁵

¹ *Usine de Chorzów (indemnités) (Allemagne c. Pologne)*, Ordonnance du 21 novembre 1927, C.P.J.I. (sér. A) n° 12 à la p. 21.

² Commission du droit international, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, dans *Rapport sur les travaux de sa cinquante-troisième session*, Doc. off. AG NU, 56^e sess., Doc. NU A/56/10 (2001), art. 1-2 [CDI, *Projet d'article sur la responsabilité de l'État*]. L'Assemblée générale de l'ONU a pris note de ce projet dans sa résolution A/RES/56/83 du 12 décembre 2001. Responsabilité des États pour faits internationalement illicites, Doc. off. AG NU, 56^e sess., Doc. NU A/56/83 (2001). La problématique de la faute dans la responsabilité des organisations internationales nécessite certainement une analyse approfondie. Mais dans le cadre de cette étude, nous entendons uniquement nous limiter à responsabilité des États.

³ Dionisio Anzilotti, *Cours de droit international*, trad. par Gilbert Gidel, Paris, Sirey, 1929 à la p. 496. Selon Ago, la question de savoir si l'imputabilité est ou non subordonnée à l'existence d'une faute constitue « l'un des problèmes les plus délicats de tout le domaine étendu du droit international » (Roberto Ago, « Le délit international » (1939-II) 68 Rec. des cours 419 à la p. 476).

⁴ Ago, *ibid.* à la p. 477.

⁵ Pierre-Marie Dupuy, « Faute de l'État et fait internationalement illicite », (1987) 5 *Droits. Revue française de théorie juridique* 51 à la p. 51 [Dupuy, « Faute de l'État »].

On pourrait même dire que la faute étant morte, assassinée par le positivisme, ses obsèques furent officiellement célébrées en 2001 par les « évêques » de la Commission du droit international (CDI) à travers les articles sur la responsabilité des États. Il n'y a plus, du moins en principe, « d'exigence particulière de faute ou d'intention maligne pour qu'un fait internationalement illicite existe »⁶. Pour s'en convaincre, il suffit de lire les deux premiers articles de la CDI sur la responsabilité des États. Face à cette grande messe, la doctrine en majorité partisane d'une responsabilité objective, crie sa victoire. Certains estiment même que « l'exigence d'une condition supplémentaire, la faute ou un de ses avatars l'intention, n'est plus revendiquée aujourd'hui par aucun courant significatif, étatique ou doctrinal »⁷. La victoire de la responsabilité objective semble totale et, mieux encore, il n'y aurait plus aucune poche de résistance. Mais voilà que depuis le cercueil, le cadavre se met à bouger, semant ainsi le doute quant à la réalité de sa mort. La faute a-t-elle totalement et radicalement disparue de la théorie de la responsabilité internationale des États? Est-ce vrai qu'un fait quel qu'il soit, est illicite dès lors que l'on constate une violation *hic et nunc* de l'obligation?

Pour mieux comprendre le problème de la faute et surtout expliciter les malentendus au sein de la doctrine, il convient de le poser dans ses termes exacts et d'établir clairement ce que l'on entend par faute en partant du *corpus iuris civilis* romain (I). Ce qui nous permettra de montrer, contrairement à ce que l'on pourrait croire, que la faute n'a pas complètement disparu de la théorie de la responsabilité (II).

I. Concept de la faute : l'héritage romain

L'influence du droit romain sur le monde moderne a été immense et profonde. Immense parce qu'historiquement, le droit romain a été considéré comme un *ius commune*, « *the communal law of a large part of the world [...] when 'all the world was rome' and roman law was used [...] in all the provinces of the empire extending over the greater part of Western Europe and North Africa* »⁸. Profonde

⁶ James Crawford, *Les articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite. Introduction, texte et commentaires*, Paris, Pedone, 2003 à la p. 14.

⁷ Jean Salmon, « L'intention en matière de responsabilité internationale », dans *Mélanges Michel Virally, Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement*, Paris, Pedone, 1991, 413 à p. 414. Oliver Diggelmann considère que « *[t]he ILC's approach has undeniably ended the debate insofar as the topic is no longer within the scope of the secondary rules* »: voir Oliver Diggelman, « Fault in the Law of State Responsibility – Pragmatism *ad infinitum*? », (2006) 49 *German Yearbook of International Law*, 293 à la p. 295.

⁸ Andrew Borkowski et Paul du Plessis, *Textbook on Roman Law*, 3^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2005 à la p. 355. Sur l'influence du droit romain en Europe, voir notamment Paul Vinogradoff, *Roman law in medieval Europe*, 3^e éd., Oxford, Oxford University Press, 1961. Sur le droit romain en tant que *ius commune*, voir notamment Helmut Coing, « The Roman Law as a *ius commune* », (1973) 89 *Law Q. Rev* 505. Selon cet auteur, ce *ius commune* « *was a body of law developed out of the Roman law of Antiquity* » (*ibid.*, à la p. 505). Les facteurs de cette influence ne sont ni la domination de Rome en Europe et même ailleurs, ni l'immense compilation de Justinien. Pour lui, « *[t]he first [en parlant des facteurs] is the development in education: the history of the law schools in the universities of medieval Europe. The second is concerned with the development of State administration in the same*

surtout, parce que l'impact de ce droit romain notamment la théorie générale des obligations, système d'une grande perfection technique, a été reprise « presque sans changement »⁹ par les droits modernes civiliste et *common law*. L'importance fondamentale du droit romain n'est pas seulement historique. Il tient aussi au fait que les principes généraux, minutieusement dégagés et raffinés par les jurisconsultes romains en ce qui concerne notamment le fondement de la responsabilité civile et délictuelle, ont été « conservés dans les droits modernes occidentaux et dans ceux des nombreux pays qui se sont inspirés du Code civil et du BGB allemand »¹⁰. Ce n'est donc pas étonnant que nous continuions, aujourd'hui, d'utiliser des concepts et catégories du droit romain largement interprétés et développés par les glossateurs.

La notion de faute que nous connaissons dans les systèmes juridiques actuels plonge donc ses racines directement dans le droit romain, qui en a finement ciselé les contours à travers le droit des obligations et la systématisation des délits par la *lex Aquilia*.

A. De l'*iniuria* à la *culpa*

En examinant le droit romain dans une perspective diachronique, les spécialistes distinguent entre l'ancien droit et le droit classique romain. Cette distinction est importante, car la faute ne joue pas le même rôle dans l'un ou l'autre système juridique. Dans l'ancien droit, l'idée de responsabilité n'impliquait aucune notion de faute. Elle était étroitement liée à l'acte dommageable, l'*iniuria*, au sens physique du terme, signifiant d'une manière générale « acte commis sans droit »¹¹. Selon Parisi, « *in ancient systems of laws, liability was to arise as a consequence of loss that was causally related to a human act. The subjective elements of injurious behaviour were factors of a second moment. Imputability of the actor and voluntariness of the act were presumed or simply ignored* [nos soulèvements] »¹².

period. Thirdly we have to look at the development of ideas about law in this period » (*Ibid.* à la p. 507). Mais étant donné que le *ius commune* dont parle le professeur Coing avait été invoqué lors d'une affaire franco-britannique concernant la prise d'un navire dénommé Ahasverus lors de la guerre de 1667 (donc après la doctrine de la seconde scolastique espagnole et surtout la publication du monumental ouvrage de Grotius *De jure Belli ac Pacis* en 1625) on se demande si en réalité il ne s'agissait pas du *jus gentium*, accord tacite entre les nations.

⁹ Robert Villiers, *Rome et le droit privé*, Paris, Albin Michel, 1977 à la p. 429. Sur la construction des différentes institutions romaines et surtout la place de la coutume, voir entre autre Herbert Felix Jolowicz, *Roman Foundation of Modern Law*, Oxford, Clarendon Press, 1957 aux pp. 6-37.

¹⁰ *Ibid.* Sur l'influence du droit romain en droit civil et en common law, voir notamment, Peter G. Stein, *The Character and Influence of Roman Civil Law : Historical Essays*, Londres, Hambledon Press, 1988 aux pp. 53-71; Alan Watson, *Studies in Roman Private Law*, Londres, Hambledon Press, 1991 aux pp. 253-67.

¹¹ *Ibid.* à la p. 41. Sur la notion d'*iniuria* voir aussi Deon Hurter Van Zyl, *History and Principles of Roman Private Law*, Durban, Butter Worths, 1983 aux pp. 343-45; Édouard Cuq, *Manuel de droit romain*, 2^e éd., Paris, Plon, 1928 aux pp. 557-603.

¹² Francesco Parisi, *Liability for Negligence and Judicial Discretion*, 2^e éd., Berkeley, University of California, 1992 à la p. 51.

Le système romain des délits privés (*delicta privata*) par opposition aux délits publics (*delicta publica*)¹³ va subir une profonde évolution avec la *lex Aquilia*¹⁴, ancêtre de la théorie moderne de la responsabilité délictuelle encore appelée de nos jours « responsabilité aquilienne ». La *lex Aquilia* comporte, selon les historiens du droit romain, trois chapitres, chacun d'eux sanctionnant un délit différent : la mise à mort injuste d'un esclave ou d'un animal vivant en troupeau appartenant à un tiers, punie d'une amende égale à la plus haute valeur de l'esclave ou de l'animal dans l'année qui avait précédé le délit; la remise frauduleuse d'une dette par un créancier accessoire aux dépens du créancier principal; les blessures causées aux esclaves ou aux animaux vivant en troupeau et la destruction ou la détérioration d'autres choses corporelles¹⁵. En outre, ces actes injustes doivent être causés *corpore et corpori*, c'est-à-dire

1° que le dommage ait résulté d'un acte matériel de l'agent, que ce dernier ait tué et non pas occasionné la mort, qu'il ait frappé l'animal et non pas seulement fait du bruit pour le faire sauter dans un précipice; 2° que le dommage ait atteint la chose et non pas seulement préjudicié au maître, comme il arrive quand on délie un esclave ou que l'on ouvre la cage d'un oiseau pour lui permettre de s'échapper.¹⁶

La responsabilité organisée par la *lex Aquilia* suppose donc que le fait dommageable ait été commis par l'auteur sur la victime et par *iniuria*. Le lien de

¹³ Ces deux catégories de délits sont des actes illicites sanctionnés d'une peine. Mais les délits publics sont ceux qui sont considérés comme lésant les intérêts de la cité toute entière qu'ils affaiblissent ou sur laquelle ils attirent la colère des dieux. Ce sont notamment le sacrilège, la trahison ou la désertion. Toutefois, certains crimes graves contre les particuliers, comme l'incendie volontaire et l'assassinat, ont été de bonne heure punis par les magistrats. Sur la distinction délits privés, délits publics, voir également Theodore Mommsen, *Droit pénal romain*, Paris, Ancienne librairie Thorin et fils, 1907; Paul Frédéric Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, 7^e éd., Paris, Rousseau et Cie, 1924 aux pp. 409-11. Ce dernier auteur estime que « les peines corporelles ou pécuniaires que les délits publics entraînent, ne profitent pas en principe à leurs victimes et le châtement en est poursuivi par une procédure spéciale, la procédure criminelle, devant des tribunaux spéciaux, les tribunaux répressifs ». La répression des délits privés, dans ce système ancien ou archaïque était donc l'affaire des particuliers voire des familles ou des clans. Cette vengeance privée sur la personne physique du coupable était même prévue par la loi des XII Tables, considérée comme le plus ancien document en matière de délit. Elle réprimait certains actes dommageables à autrui telle la destruction des récoltes, l'incendie d'une maison. Sur la répression de ces différents types de délits, voir notamment Joseph Declareuil, *Rome et l'organisation du droit*, Paris, La renaissance du livre 1924, à la p. 217.

¹⁴ La *lex Aquilia* selon le Digeste (Dig. 9.2.1), est en réalité un plébiscite voté sur la proposition d'un tribun de la plèbe du nom d'Aquilius. La date exacte est, nous semble-t-il mal connue; peut-être entre 286 et 287 avant J.-C. De toute façon, selon Jacques-Henri Michel, « le caractère archaïque de la *lex aquilia* est rendu évident par le cadre rural qu'elle évoque, par la conception primitive de la causalité qu'elle prend en compte, par l'emploi du terme *damnas* et aussi par la manière dont elle définit le montant dû au propriétaire lésé ». Voir Jacques-Henri Michel, *Éléments de droit romain à l'usage des juristes, des latinistes et des historiens*, Bruxelles, Presses de l'Université libre de Bruxelles, 1998 à la p. 219.

¹⁵ Jean Gaudemet, *Droit privé romain*, 2^e éd., Paris, Monchrestien, 2000 à la p. 282. Sur le contenu de la *lex Aquilia*, voir aussi Lord Thomas Mackenzie, *Studies in Roman Law with Comparative Views of the Law of France, England, and Scotland*, Floride, WM. W. Gaunt and Son, Inc, 1915 aux pp. 270-72.

¹⁶ Girard, *supra* note 13 à la p. 434.

causalité entre l'acte illicite de l'auteur et le dommage subi par la victime n'entre en ligne de compte, à l'origine, que s'il se manifeste concrètement par le contact physique¹⁷.

Dans ce système étroit du droit romain ancien, l'*iniuria* ne concernait que les délits de commission et non d'omission. La *lex Aquilia* ne punissait donc que des actes positifs. Celui qui s'était borné à ne pas accomplir un acte qui aurait pu empêcher le dommage d'arriver n'encourrait aucune responsabilité. L'abstention n'est pas punissable. On ne peut par exemple, « poursuivre la personne qui, voyant éclater un incendie, n'a pas cherché à l'éteindre, ni l'usufruitier qui a négligé de tailler les vignes ou de réparer l'aqueduc »¹⁸. Ce système de la *lex Aquilia* avait comme avantage de rendre l'administration de la preuve et surtout l'identification de l'auteur de l'*iniuria* beaucoup plus facile.

Le droit postérieur classique, à travers l'intervention du préteur, va élargir « la conception de la causalité en la rendant plus générale et plus abstraite »¹⁹, et accorder une action à la victime même si l'*iniuria* n'a pas été causé *copore et copori*²⁰. Sur l'*iniuria*, la jurisprudence classique va introduire une innovation importante. De la notion d'acte commis sans droit, elle va conclure par une sorte d'interprétation évolutive, à l'exigence de la faute (*culpa*). En d'autres termes, la *culpa* remplace désormais l'*iniuria*²¹.

Cependant, ces jurisconsultes classiques ne sont pas allés au bout de leur logique. En introduisant la notion de *culpa* dans la théorie de la responsabilité aquilienne, ils n'ont pas, nous semble-t-il, très nettement distingué le caractère fautif de l'infraction de l'idée qu'elle avait été commise sans droit. En présence des termes précis de la loi, ils ne pouvaient pas faire de la faute une condition distincte de l'existence du délit. Alors, ils furent amenés à dire que la notion d'*iniuria* impliquait que l'auteur du dommage avait commis une faute : peu importait d'ailleurs que cette faute fût plus ou moins grave²².

La faute en droit classique romain avait un caractère objectif. Elle résultait des circonstances *objectives* qui entourent le dommage, plutôt que de l'*état d'esprit* de son auteur. Par exemple, le bûcheron qui abat des branches et blesse un passant est ou non en faute, suivant qu'il travaillait au bord d'une route ou d'un sentier, ou bien en pleine forêt. Ce furent les Byzantins, certainement sous l'influence profonde du

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ Raymond Monier, *Manuel élémentaire de droit romain*, t. 2, 5^e éd., Paris, Monchrestien, 1954 à la p. 60.

¹⁹ Michel, *supra* note 14 à la p. 225.

²⁰ Girard, *supra* note 13 à la p. 434.

²¹ Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, Clarendon Press, 1996 à la p. 1006. Sur la notion d'*iniuria* et sa répression dans le droit classique, voir notamment Cuq, *supra* note 11 aux pp. 557-603.

²² Raymond Monier, *supra* note 18 à la p. 60. Pour Francesco Parisi, dans la période classique, l'« *iniuria datum* came to interpreted as being given with *culpa* or *dolus*. At this time the notion of individual's culpability was gradually added to the objective notion of *iniuria* as basis of liability [...] this development [...] came to more mature elaboration only during the later classical period, and was to achieve its final consolidation by the time of Justinian codification » (Parisi, *supra* note 12 à la p. 60).

christianisme, qui dégagèrent la notion subjective de faute et en firent un élément bien distinct de l'élément objectif qui consiste dans l'accomplissement d'un acte illicite²³.

Il convient de relever que, pour les juristes classiques, la faute consistait en une violation objective de la loi, l'*iniuria*. C'est exactement cette conception objective de la faute que le professeur Anzilotti soutiendra au début du XX^e siècle, dans sa théorie de la responsabilité des États. Il faudra attendre vers la fin de l'Empire, sous le règne de Justinien empereur romain d'orient²⁴, pour que soit dégagée la notion subjective de la faute. C'est pour cette raison que certains auteurs ont vu dans la conception de la faute

une de ces idées dont l'élaboration plus ou moins complète dépend du niveau de développement de l'ordre juridique dont elle fait partie, et qu'il est donc possible que, dans l'ordre juridique international, qui est encore dans sa période de gestation, l'idée de faute ne soit pas pleinement définie et qu'elle n'ait pas non plus une signification qui soit uniformément valable pour chacun des sujets de cet ordre juridique.²⁵

Cette idée de la faute ne nous paraît pas justifiée même si l'intuition en soi est pertinente. Le droit international aujourd'hui n'est pas dans sa phase de gestation. Il est né, pleinement constitué en tant que discipline autonome, à partir du *jus gentium*, au XVIII^e siècle avec des auteurs comme Wolf et Vattel²⁶. De plus il ne nous

²³ *Ibid.* Selon un autre auteur plus récent, « [c]'est aux auteurs postclassiques ou byzantins (que l'on crédite au passage d'un goût prononcé pour les nuances et classifications sans fin, puisque progrès et complexité marchent main dans la main) que revient d'avoir transformé la responsabilité classique en un système subjectif, basé sur la recherche de l'intention et du comportement effectif de l'agent », René Robaye, « Responsabilité objective ou subjective en droit romain », (1990) 58 Rev. Hist. Dr. 345 à la p. 346. Michel Virally partage cette idée de faute d'abord objective avant d'être subjective ; Michel Virally, *La pensée juridique*, Paris, LGDJ, 1998 à la p. 110. Sur la référence de la *culpa* dans les compilations de Justinien, Francesco Parisi nous dit ceci : « The real growth and evolution of the notion of *culpa* may have been – at least partially – obscured by the compilers of Justinian codification. In order to provide the wide range of cases with a common denominator, it is probable that the compilers – interpolating the original sources – added references to *culpa* to cases of liability that had been decided on partially different grounds. In this sense, it is most likely that the compilers of Justinian codification artificially inserted references to *culpa* in places where it was quite unnecessary, and it is believed that they did so in order to tie up the variety of cases and their solutions to a general theory of *culpa* » (Parisi, *supra* note 12 aux pp. 62-63).

²⁴ Sur le règne de ce grand monarque dont le rêve était la revendication de l'Occident et la restauration intégrale de l'empire à Rome, voir notamment Pietro Bonfante, *Histoire du droit romain*, t. 2, 3^e éd., trad. par Jean Carrère et François Fournier, Paris, Sirey, 1928 aux pp. 52-74.

²⁵ Robert-Louis Perret, *De la faute et du devoir en droit international : fondement de la responsabilité*, Zurich, Polygraphischer Verlag AG, 1962 à la p. 24.

²⁶ Pour une historiographie du droit international, voir notamment : Matthew Craven et al., *Time, History and International Law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2007 ; Charles De Visscher, *Théories et réalités en droit international public*, 4^e éd., revue et mise à jour, 1970, Paris, Pedone, 1953, Charles De Visscher, *Theory and Reality in Public International Law*, trad. par P. E. Corbett, Princeton, Princeton University Press, 1957 ; Alfred Dufour et al., *Grotius et l'ordre juridique international. Travaux du Colloque Hugo Grotius, Genève 10-11 novembre 1983*, Genève, Payot, 1985 ; Wilhelm Georg Grewe, *Epochen der Völkerrechtsgeschichte*, Baden-Baden, Nomos, 1984 (traduction anglaise : Wilhelm Georg Grewq, *The Epochs of International Law*, trad. par Michael Byers, Berlin, W. De Gruyter, 2000) ; Peter Hagenmacher, *Grotius et la doctrine de la guerre juste*, Paris, PUF, 1983 ; Emmanuelle Jouannet,

paraît pas pertinent de lire le droit international à travers le prisme du droit interne très souvent considéré comme modèle d'ordre juridique avancé.

B. La *culpa* dans le droit romain des contrats

En droit romain, les contrats sont des opérations juridiques entre des personnes, et qui ont à leur base des conventions destinées à faire naître des obligations, lesquelles, en cas d'inexécution, sont sanctionnées par une action en justice. Les contrats et les délits sont tous deux sources d'obligations juridiques. Cette étude étant consacrée à la place de la faute dans la théorie de la responsabilité, il ne nous paraît pas pertinent de faire un examen de toute la théorie générale des contrats en droit romain. Nous nous limiterons à l'analyse du rôle de la faute dans l'exécution des conventions entre particuliers.

L'inexécution d'une obligation contractuelle peut résulter, soit du fait de la volonté du débiteur, soit d'une cause extérieure à sa volonté, soit enfin d'un fait posé par le débiteur, mais sans intention de produire l'effet qui s'en est suivi. Dans le premier cas, nous dit Charles Maynz, « on dit qu'il y a dol de sa part, *dolus*; dans le second cas, il y a cas fortuit, *casus*; dans le troisième cas, il y a faute de la part du débiteur, *culpa* »²⁷.

Le *dolus*, par opposition à la *bona fides*, suppose toujours une intention positive, celle de nuire à autrui. Cette intention maligne peut se manifester par action ou par omission. Les romains distinguaient le *dolus bonus* et le *dolus malus*. Le « bon dol » ou ruse légitime est licite; c'est, par exemple dans une vente, le fait d'exagérer la valeur de la chose vendue ou bien de tromper un voleur ou un ennemi; le « mauvais dol » est celui qui présente un caractère frauduleux²⁸. En tant qu'acte de simulation ou de tromperie, le dol consiste en l'emploi de manœuvres frauduleuses pour déterminer quelqu'un à faire quelque chose. Pour qu'un fait du débiteur soit considéré comme dolosif, il faut que le dommage soit la conséquence directe de ce fait, qu'il y eût de sa part une intention de causer un dommage. Il s'ensuit dès lors « qu'il ne peut être question de dol quand il s'agit d'une personne à laquelle on ne peut en général imputer une action »²⁹.

Emer de Vattel et l'émergence doctrinale du droit international classique, Paris, Pedone, 1998; Martti Kosenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law, 1870-1960*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002; Ernest Nys, *Les origines du droit international*, Bruxelles, Castaigne, 1894; Antoine Pillet, dir., *Les fondateurs du droit international. F. de Vitoria, A. Gentilis, F. Suarez, Grotius, Zouch, Pufendorf, Bynkershoek, Wolf, Vattel, de Martens : leurs œuvres, leurs doctrines*, Paris, Giard & Brière, 1904.

²⁷ Charles Maynz, *Éléments de droit romain*, t. 2, 2^e éd, Paris, A. Durand, 1859 à la p. 6.

²⁸ Monier, *supra* note 18 à la p. 69. Ulpien reprenant la définition de Labéon, considère que ce préteur « ne s'est pas contenté de mentionner le dol, mais il a ajouté 'malicieux', puisque les anciens parlaient aussi du bon dol et entendaient par ce mot l'habileté, surtout si l'on manœuvre contre un ennemi ou contre un brigand ». Michel, *supra* note 14 à la p. 235. Selon Aquilius Gallus, « Servius [juriste de profession] a défini le dol malicieux comme une manœuvre destinée à tromper autrui, quand on simule une chose et qu'on en fait une autre » (Dig. 4.3.1).

²⁹ Maynz, *supra* note 27.

Il y a *casus*, force majeure, cas fortuit, ce que nous appelons aujourd'hui circonstance excluant l'illicéité, lorsque le dommage est causé par un événement auquel le débiteur n'a concouru d'aucune manière, et qui ne peut en aucune façon lui être imputé³⁰. Entre la *casus* et la *dolus*, il y a la *culpa* ou faute c'est-à-dire « toutes les espèces dans lesquelles un dommage a été causé par un événement auquel le débiteur n'est pas étranger, sans que cependant on puisse lui attribuer une intention malveillante »³¹. La *culpa* exige que le fait soit imputable au débiteur, mais qu'il n'y ait pas eu de sa part une volonté de nuire. Le *dolus* et la *culpa* impliquent tous deux qu'un dommage ait été causé par le fait du débiteur, « mais ils diffèrent entre eux en ce que le dol suppose nécessairement une intention coupable, laquelle est nécessairement exclue de la faute »³².

Dans le droit romain des contrats, la théorie qui était la plus généralement reçue depuis les glossateurs jusqu'à une époque récente était celle qui consistait à distinguer trois degrés de faute : *culpa lata*, faute grave ou lourde; *culpa levis* et *culpa levissima*³³. Selon Lord Mackenzie, qui reprend sur ce point la position de Charles Maynz, on déterminait de la manière suivante la prestation de la faute : le débiteur qui ne retire aucun avantage du rapport obligatoire comme le mandat ou le dépôt, n'est tenu que de *culpa lata*; si les deux cocontractants y ont intérêt par exemple la vente ou le partenariat, elles sont tenues l'une et l'autre de *culpa levis*, c'est-à-dire, des soins d'un *boni patris familias*, un bon père de famille, un homme raisonnable et essentiellement soigneux et attentif; enfin si l'une des parties retire seule un avantage, par exemple le prêt à usage ou commodat, elle est tenue de *culpa levissima*, la faute la plus légère, c'est-à-dire, des soins les plus minutieux, des soins plus grands que ceux d'un bon père de famille³⁴.

Cette théorie, aussi séduisante qu'elle puisse paraître à cause de la gradation des antithèses qu'elle renferme, est rejetée par des éminents juristes historiens du droit romain. Charles Maynz par exemple, estime qu'un examen approfondi démontre qu'elle est incompatible avec les décisions romaines et de plus impraticable et contraire à l'équité³⁵. Pour lui, le terme *culpa levissima* ne se trouve dans les sources romaines qu'une seule fois dans un fragment d'Ulpien, et dans ce passage, il n'a aucune signification technique. De plus, puisque *culpa levis* est le manque des soins d'un bon père de famille, c'est-à-dire d'un homme essentiellement attentif et soigneux, *culpa levissima* devrait être le manque de soins encore plus grands; or la loi n'exige nulle part des soins plus étendus que ceux du *paterfamilias*³⁶. Enfin la gradation tripartite de la faute manque de raison d'être. Les romains distinguent deux hypothèses : celle dans laquelle nous ne retirons aucun avantage de l'obligation et

³⁰ *Ibid.*

³¹ *Ibid.*

³² *Ibid.*

³³ Cette distinction tripartite a été soutenue par Sir William Jones, *An Essay on the law of Bailments*, 3^e éd., Londres, Sweet, 1823. Sur ce point voir également Monier, *supra* note 18 aux pp. 235-36.

³⁴ Lord Mackenzie, *supra* note 15 à la p. 208; Maynz, *supra* note 27 à la p. 15.

³⁵ Maynz, *ibid.* à la p. 15. Cette idée est soutenue par Lord Mackenzie, *supra* note 15 à la p. 208.

³⁶ Maynz, *ibid.* à la p. 16. Cet auteur rejette également la distinction opérée notamment par Robert-Louis Perret qui s'inspire de l'ouvrage de Girard, entre *culpa levis in concreto* et *culpa levis in abstracto*. Car ce ne sont pas des degrés particuliers de la *culpa*.

celle dans laquelle nous en retirons un avantage. Dans la première, nous ne répondons que de notre *culpa lata*, tandis que dans la seconde, nous sommes tenus des soins d'un bon père de famille³⁷.

Nous venons de voir la place centrale qu'occupe la faute dans les systèmes de responsabilité en droit romain. La règle générale était devenue la *culpa*, selon laquelle la responsabilité présuppose non seulement que le responsable a causé objectivement le dommage ou la perte (*iniuria*), mais qu'il y a également chez lui faute au sens subjectif de négligence ou omission, à moins qu'il n'y ait eu de sa part une intention dolosive. Or ce droit romain a été en Europe, à travers tout le Moyen Âge et même à l'époque moderne le grand modèle de tout système juridique. Le droit international lui-même a été construit, comme on le sait, en appliquant les concepts de droit privé du droit romain, généralisés et idéalisés par l'école du droit nature et des gens³⁸. Il ne nous paraît donc pas superflu de retracer très brièvement les concepts d'*iniuria* et de *culpa* dans la doctrine du droit des gens développée entre le XVI^e et le XVIII^e siècle, avant d'analyser la place de la faute dans la responsabilité internationale d'aujourd'hui.

C. L'*iniuria* et la *culpa* dans la doctrine du droit des gens

Le droit des gens, *Law of nations*, ou *Völkerrecht*, est une traduction littérale de l'expression *ius gentium*; *gentes* signifiant peuples ou nations. Le *ius gentium*³⁹, par opposition au *ius civile*, désignait à Rome l'ensemble des règles dégagées essentiellement par le préteur et qui régissaient les relations entre un pérégrin et un Romain ou entre deux pérégrins se trouvant à Rome. Ce *ius gentium* régissait donc les relations dans lesquelles une des parties au moins n'était pas citoyen romain. La doctrine du droit des gens, « expression aujourd'hui teintée d'archaïsme »⁴⁰, est toute

³⁷ *Ibid.* à la p. 17. Voir aussi Robaye, *supra* note 23 à la p. 349.

³⁸ Anzilotti, *supra* note 3 à la p. 497.

³⁹ Grotius distingue entre *ius gentium primum et secundarium*. Pour Ernest Nys « le *ius gentium* signifiait, dans un sens large, le droit commun aux peuples civilisés, embrassant le droit public et le droit privé; il signifiait dans le sens étroit les principes régissant les relations du peuple romain envisagé comme un ensemble avec les peuples étrangers envisagés de même ». Voir Ernest Nys, « Introduction » dans Francisco de Vitoria, *De Indis et De Ivre Belli Relectiones*, trad. par John P. Bate, Washington, Carnegie Institution of Washington, 1917 à la p. 11 [Nys, « Introduction »]. Le *ius gentium* était l'ensemble des règles et institutions qui, pour répondre à des besoins communs aux hommes, sont pratiquées par tous les peuples ou presque tous. Pour Gaius, le *ius gentium* se confond avec le droit naturel car, nous dit-il, c'est « le droit établi par la raison entre tous les hommes ». Il y a, par contre chez Ulpian, distinction entre *ius gentium* propre aux hommes et *ius naturale* commun à tous les êtres vivants hommes ou animaux. À côté du *ius civile* et du *ius gentium*, on avait, à Rome, le *ius feciale* qui était un corps de règles à caractère divin et sacré, nécessaire par exemple pour commencer une guerre, conclure un traité de paix ou même réclamer la réparation d'un tort causé à un Romain.

⁴⁰ François Rigaux, « La liberté de mouvement dans la doctrine du droit des gens » dans Vincent Chetail dir., *Mondialisation, migration et droits de l'homme : le droit international en question / Globalisation, Migration and Human Rights: International Law under Review*, Bruylant, Bruxelles, 2007, 137 à la p. 138. L'anglais Jeremy Bentham dans son ouvrage *An Introduction to the Principles of Moral and Legislation* publié en 1789, par un néologisme, remplaça l'expression *Law of nations* par *International Law* et est devenu depuis l'expression la plus usitée.

cette doctrine qui s'est développée, par couches successives, à partir du XVI^e siècle et dont le point culminant est notre droit international. Les fondateurs du droit international vont utiliser les notions de *culpa* et d'*iniuria* surtout dans le domaine de la guerre, pour élaborer leurs théories sur le *bellum justum*. Nous nous proposons d'examiner quelques-unes d'entre elles.

1. FRANCISCO DE VITORIA

La seconde scolastique est née avec l'école espagnole de Salamanque dont la figure principale fût Francisco de Vitoria. Ce théologien dominicain est considéré comme l'un des pères fondateurs de notre discipline depuis que le mythe d'un seul fondateur du droit international a volé en éclats. Face au problème posé par la découverte du Nouveau Monde à la fin du Moyen Âge, « évènement dont on ne saurait exagérer la grandeur »⁴¹, et la grande controverse sur les titres juridiques pouvant être invoqués pour justifier son incorporation à la couronne de Castille, les théologiens-juristes espagnols vont développer des idées nouvelles sur la théorie de la communauté internationale et son ordre juridique.

Le professeur de Salamanque, dans sa *Relectiones De Jure Belli*, leçon solennelle donnée en 1539, reprend les trois conditions classiques de la guerre juste : l'autorité du prince (*auctoritas princeps*), une cause juste (*justa causa*), et une intention droite (*recta intentio*)⁴². Sur la juste cause, il dit ceci : « *there is a single and only just cause of commencing war, namely, a wrong received [nos soulignements]* »⁴³. Pour qu'une cause soit juste, il faut donc un *iniuria* au sens romain d'acte commis sans droit, un fait illicite dirait-on : « *an offensive war is for the purpose of avenging a wrong and taking measures against an enemy [...]. But there can be no vengeance where is no preceding fault and wrong [nos soulignements]* »⁴⁴. Les espagnols ont, en vertu du *ius gentium*, un droit d'aller chez les Indiens et vice versa. Si les « barbares » leur refusent l'exercice de ce droit, ils commettraient alors un *iniuria* justifiant l'usage de la force. Les Indiens ne sont pas obligés de se convertir au christianisme. Ils ont cependant une obligation d'écouter la bonne parole de Dieu. S'ils refusent cette écoute, il y a de nouveau *iniuria*.

Chez Vitoria, l'*iniuria* résulte des circonstances *objectives* qui entourent le dommage, plutôt que de *l'état d'esprit* de son auteur. Il n'impliquait pas la *culpa* au sens subjectif de faute telle que nous avons vu en droit romain. En d'autres termes, la

⁴¹ Nys, « Introduction », *supra* note 39 à la p. 18.

⁴² La doctrine traditionnelle du *Belum Justum* a été développée par les théologiens-canonistes notamment Saint Thomas d'Aquin dans sa *Summa totius theologiae*, ouvrage devenu manuel de l'enseignement de la théologie au détriment des *Sentences* de Pierre Lombard. Sur la théorie des justes causes de guerre, Saint Thomas reprend dans sa *Somme*, question quarante de la *secunda secundae*, les positions de Saint Augustin contenues dans son maître ouvrage *La Cité de Dieu*. Saint Thomas d'Aquin, *Somme théologique*, t. 3, Paris, Éditions du Cerf, 1985 à la p. 297. Pour une analyse de la philosophie de Saint Thomas, voir notamment Henri Robert Feuguerey, *Essai sur les doctrines politiques de Saint Thomas d'Aquin*, Paris, Chamerot, 1857 à la p. 439.

⁴³ Francisco de Vitoria, *supra* note 39 à la p. 170.

⁴⁴ *Ibid.*

faute constitue la violation objective d'un droit. En vertu du *ius gentium*, « *not every kind and degree of wrong can suffice for commencing a war* »⁴⁵. Pour que la cause soit juste dans une guerre, il faut des maux graves et atroces; l'*iniuria* doit être d'une certaine gravité telle que la mort, l'incendie, les dévastations.

2. HUGO GROTIUS ET SES SUCESSEURS

Au chapitre 17 de son *opus magnum*, le *De jure Beli ac Pacis*, intitulé *Du dommage causé injustement, et de l'obligation qui en résulte*, Grotius reprend les notions romaines de *culpa* et d'*iniuria* en leur donnant une nouvelle dimension. Le passage pertinent se trouve dans cette clause générale : « Nous appelons *délit* toute faute, soit dans l'action, soit dans l'inaction, en opposition avec ce que les hommes doivent faire ou communément, ou à raison d'une qualité déterminée. D'une telle faute, s'il y a eu dommage causé, naît naturellement une obligation, qui a pour objet de le réparer »⁴⁶.

En termes de principe général de responsabilité, Grotius ne saurait être plus clair. Le *délit* ou « dommage injustement causé »⁴⁷ est la violation quelconque d'un devoir en tant que *sollen*, « ce que les hommes doivent faire »⁴⁸. Ce dommage injustement causé ou *iniuria*, résultant d'un acte ou d'une omission, est pour lui « le fait d'avoir en moins »⁴⁹.

L'une des contributions majeures de Grotius, concerne, nous semble-t-il, la responsabilité de l'État pour les actes de particuliers. En effet, pour lui, contrairement au principe de la solidarité du groupe qui prévalait au Moyen Âge, où toute la collectivité devenait responsable de l'acte d'un membre, « une communauté soit civile, soit d'une autre nature, n'est point responsable du fait des particuliers, si elle n'y a contribué de son fait propre, ou par sa négligence »⁵⁰. L'État n'est donc pas, en principe responsable du fait des individus sauf s'il s'est rendu complice du fait illicite par *patientia et receptus*⁵¹. Cette idée de complicité sera développée plus tard à la seconde moitié du XVIII^e siècle par le Neuchâtelois Vattel dans son *Droit des gens* : « le souverain qui refuse de faire réparer le dommage causé par son sujet, ou de punir le coupable, ou enfin de le livrer, se rend en quelque façon complice de l'injure, et il en devient responsable »⁵². La responsabilité naît de l'approbation du fait commis par le particulier et non de la solidarité qui lie le groupe à l'individu. Pavlos Zannas va

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ Hugo Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, livre II, trad. par Paul Pradier-Fodéré, Paris, PUF, 1999, c. 17 aux pp. 415-16.

⁴⁷ *Ibid.* à la p. 415.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ *Ibid.* à la p. 416.

⁵⁰ *Ibid.*, c. 21, para. 2 à la p. 509.

⁵¹ *Ibid.* à la p. 510.

⁵² Emer de Vattel, *Droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, livre 2, Waghington, Carnegie Institution of Washington, 1916, c. 6 au para. 77.

plus loin et considère la complicité du souverain aux actions de ses sujets comme base de la théorie de la faute⁵³.

Pour nombre d'auteurs, Grotius serait le premier à « formuler une clause générale de responsabilité aquilienne »⁵⁴, tout comme il serait le père fondateur du droit international. S'agit-il là encore d'une légende? Quoi qu'il en soit, pour le maître hollandais, la faute, pivot de la clause générale de responsabilité, consiste en la violation d'un devoir : « il n'y a pas toujours un délit là où il y a obligation de réparer un dommage, mais alors seulement qu'il est venu s'y ajouter quelque méchanceté indigne, tandis qu'une faute, quelle qu'elle soit, suffit souvent pour imposer l'obligation de réparer un dommage causé »⁵⁵. Ce qui rejoint la conception classique de la faute en droit romain qui définissait la *culpa* dans un sens objectif, sans tenir compte de l'état d'esprit de son auteur. Bénédicte Winiger se demande pourquoi Grotius fait-il figurer l'*iniuria* dans le titre du chapitre 17? La réponse est que « la clause générale de Grotius réunit un élément traditionnel, la conséquence normative, et un élément plus novateur, la définition remaniée de la *culpa* qui sera étroitement liée au devoir »⁵⁶.

À vrai dire, la notion de devoir à laquelle fait allusion Grotius dans sa clause générale de responsabilité, avait déjà été développée, nous semble-t-il, dans la jurisprudence classique⁵⁷. En effet, Mucius, jurisconsulte romain, parlait déjà de devoir sans le nommer lorsqu'il disait dans le Digeste : « la faute est ce qui n'a pas été prévu, alors qu'il aurait pu être prévu par le diligent »⁵⁸. Le juge, pour décider si une personne a commis une faute, déterminera le comportement qu'aurait un bon père de famille, un homme raisonnable et diligent, dans le cas d'espèce. Cette norme de conduite, variant d'une situation à une autre, est la mesure du devoir. Se conformer à cette norme de conduite permet d'échapper au coup de la *lex Aquilia*, la « négliger expose l'auteur à la sanction de la loi »⁵⁹.

La clause générale de Grotius sera reprise plus tard par Samuel Pufendorf, chef de file de l'école du droit de la nature et des gens⁶⁰. Pour lui « si l'on a fait du mal, ou causé du dommage à autrui, de quelque manière que ce soit qui puisse

⁵³ Pavlos Alexandrou Zannas, *La responsabilité internationale des États pour les actes de négligences*, Montreux, Gangin et Laubsher, 1952 à la p. 29.

⁵⁴ Zimmermann, *supra* note 21 à la p. 1032; Bénédicte Winiger, *La responsabilité aquilienne en droit commun. Damnum Culpa Datum*, Genève, Helbing & Lichtenhahn, 2002 à la p. 55.

⁵⁵ Grotius, *supra* note 46, c. 21, p. 509 au para 1.

⁵⁶ Winiger, *supra* note 54 à la p. 83. Pour une analyse de l'influence de la théorie de la responsabilité de Grotius sur le droit civil continental, voir notamment Robert Feenstra, « Grotius's doctrine of liability for negligence : its origin and its influence in Civil Law countries until modern codifications » dans Eltjo J. H. Schrage, dir., *Negligence. The Comparative Legal History of the Law of Torts*, Berlin, Duncker & Humblot, 2001 aux pp. 129-71.

⁵⁷ D'ailleurs, Grotius cite comme source les travaux des scolastiques, Aristote, Saint Thomas, Cajetan.

⁵⁸ Winiger, *supra* note 54 à la p. 102. D. 9.2.31.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ Pour une analyse de sa pensée, voir notamment Albert Geouffre de Lapradelle, *Maîtres et doctrines du droit des gens*, 2^e éd., Paris, Les éditions internationales, 1950; Antoine Pillet, *supra* note 26.

légitimement nous être imputée, il faut le réparer, autant qu'il dépend de nous »⁶¹. Selon Bénédicte Winiger, Pufendorf réfléchissant dans des catégories générales et abstraites, décrit ainsi l'acte dommageable, l'*iniuria* de manière succincte : « là, où la *lex Aquilia* avait énuméré les quatre termes *tuer, brûler, briser, rompre* et où Grotius avait distingué *sive in faciendo, sive in non faciendo*, Pufendorf choisit un élégant *ullo modo* qui contracte à l'extrême les formules précédentes et les étend à *tous* les modes d'agir »⁶².

Sur la *culpa* et l'*iniuria*, Pufendorf ne s'écarte guère de la solution de Grotius. La *culpa* constitue toute violation d'un devoir; et le dommage est toute lésion infligée, que celle-ci soit matérielle, corporelle ou immatérielle : « Le *Dommage*, à proprement parler, ne regarde que les choses. Mais nous prenons ici ce terme dans un sens plus étendu, qui renferme toute forte de lésion & de préjudice, soit à l'égard de nos biens, soit à l'égard de nôtre personne, soit à l'égard de nôtre réputation, & de nôtre honneur [...]. [T]oute *usurpation de ce que l'on devait avoir en vertu d'un droit parfait* »⁶³.

Nous avons vu jusqu'ici, le rôle prépondérant de l'idée de faute en droit romain et dans la doctrine du droit des gens. Ce retour vers le droit romain nous a paru important afin de mieux saisir la quintessence des notions de *culpa* et d'*iniuria*. Cela est d'autant plus justifié que notre droit international d'aujourd'hui a été construit en appliquant les catégories et concepts du droit privé romain, généralisé et idéalisé par l'école du droit de la nature et des gens. Les conceptions initiales des fondateurs de notre discipline dans le domaine de la responsabilité se sont d'ailleurs perpétuées jusqu'à nos jours : « puisque la base de la responsabilité dans le droit romain, si rigidement individualisé, était précisément la faute, on n'a pas hésité à fonder sur ce concept également la responsabilité des États »⁶⁴. Voyons maintenant la problématique de la faute dans la responsabilité internationale d'aujourd'hui.

II. La place de la faute dans la responsabilité internationale contemporaine

Tout fait internationalement illicite d'un État engage sa responsabilité internationale. De ce principe général, se dégagent deux éléments de l'*iniuria* : a) un comportement attribuable à l'État, et qui b) constitue un manquement à ses obligations internationales. Mais la question que l'on se pose est la suivante : la responsabilité internationale aujourd'hui est-elle purement objective c'est-à-dire fondée exclusivement sur le fait illicite, ou au contraire, est-elle basée sur une faute, attitude psychologique?

⁶¹ Samuel Pufendorf, *Du droit de la nature et des gens, ou système général des principes les plus importants de la morale, de la jurisprudence et de la politique*, t. 1, livre 3, trad. par Jean Barbeyrac, Amsterdam, Gerard Kuypers, 1956, c. 1 à la p. 268 au para. 2

⁶² Winiger, *supra* note 54 à la p. 59.

⁶³ Pufendorf, *supra* note 61 au para. 3.

⁶⁴ Anzilotti, *supra* note 3 à la p. 497.

Le mouvement conceptuel initié depuis quelques années par la CDI, selon lequel le fait internationalement illicite existe objectivement sans aucune exigence particulière de *culpa* ou de *dolus*, semble subtilement contourner le vieux débat sur la faute. Mais cette position n'emporte pas l'unanimité. Une partie de la doctrine considère toujours que les questions relatives au rôle de la faute dans la responsabilité internationale revenaient de façon interstitielle. Nous pensons que même dans le texte de la CDI de 2001⁶⁵, la faute est présente non pas de façon explicite, mais en arrière fond de certains articles, notamment les articles 16 à 18, 23, 39 et même 40⁶⁶. C'est pourquoi il nous semble important de rouvrir le débat en suivant à maints égards, la démarche de Pisillo-Mazzeschi⁶⁷. En examinant soigneusement la doctrine, on peut identifier trois grandes tendances : les partisans de la faute, les partisans d'une responsabilité objective et une troisième catégorie dite intermédiaire qui tente de réconcilier les deux adversaires. Cependant, aussi paradoxale que cela puisse paraître, la virulence du débat en doctrine contraste avec la position modérée de la jurisprudence internationale.

A. Controverse doctrinale sur la place de la faute

1. LES THÉORIES EN FAVEUR DE LA FAUTE

La doctrine en faveur d'une responsabilité subjective définit la *culpa* comme attitude psychologique. Elle épouse la conception byzantine de la faute, que nous avons développée plus haut, selon laquelle, en plus de l'*iniuria*, l'acte commis sans droit, il faut examiner l'état d'esprit de l'auteur, ses intentions, sa volonté : « *it understands fault as an attitude of will, a psychological relationship which exists between the specific injury to the right of another and the material author of such injury* »⁶⁸.

En introduisant les éléments de la *culpa* romaine dans la conception de la responsabilité de l'État pour les actes des particuliers, Grotius et ses successeurs furent considérés comme les ancêtres lointains de la responsabilité pour faute en droit

⁶⁵ CDI *Projet d'article sur la responsabilité de l'État*, *supra* note 2.

⁶⁶ Pour plus de détails, voir *infra* la section intitulée « Complicité et intention délictuelle » et pages suivantes.

⁶⁷ Riccardo Pisillo Mazzeschi, *Due diligence e responsabilità internazionale degli stati*, Milano, Giuffrè, 1989. Cette division tripartite des différentes théories sur la faute avait été élaborée, nous semble-t-il, par Edwin M. Borchard, *The diplomatic protection of citizens abroad or the law of international claims*, New York, Banks Law, 1916 aux pp. 177 à 340. Cet excellent ouvrage sur la protection diplomatique fut réédité en 1927. Dans une autre étude parue en 1929, Borchard observait que, dans le domaine de la responsabilité internationale des États, « trois théories principales ont obtenu une certaine vogue : la théorie dominante, paraissant insister sur la nécessité de la faute (*culpa* ou *dolus*) de la part de l'État ou de ses agents; la théorie d'Anzilotti, demandant simplement une violation du droit international à l'égard d'un étranger et, autrement dit un acte illicite (*wrongful*) imputable à l'État, qu'une 'faute' soit ou non présente; la théorie de Strupp, supposant seulement un acte illicite en cas de commission [...] mais exigeant la preuve de la faute pour le cas des omissions ». Edwin M. Borchard, « Theoretical Aspects of the International Responsibility of States » (1929) 1 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 223 aux pp. 224-225 (notre traduction).

⁶⁸ Riccardo Pisillo Mazzeschi, « The Due Diligence Rule and The Nature of International Responsibility of States » (1992) 35 *German Yearbook of International Law* 9 à la p. 11.

international⁶⁹. À l'époque contemporaine, la théorie de la faute comme base de la responsabilité internationale des États a été soutenue notamment par Oppenheim, Georges Scelle et Roberto Ago, même si, un quart de siècle plus tard, l'éminent juriste italien semble avoir radicalement changé de camp.

a) *La faute chez Lassa Oppenheim*

Dans son *International Law : a Treatise*, paru pour la première fois en 1905, Oppenheim soutient, nous semble-t-il, l'idée d'une responsabilité internationale basée sur la *culpa* et le *dolus*. Pour lui, l'acte d'un État qui lèse un autre État ne constitue pas un acte internationalement illicite, quand il n'a été commis ni intentionnellement et méchamment, ni par négligence coupable : « *An act of State injurious to another State is nevertheless not an international delinquency if committed neither wilfully and maliciously, nor with culpable negligence* »⁷⁰. Il affirme également au chapitre où il traite des relations entre belligérants et neutres, qu'une violation de la neutralité qui ne serait pas volontairement commise et qui ne serait pas non plus le résultat d'une négligence coupable, ne constituerait pas un acte illicite au sens du droit international⁷¹.

Certains auteurs estiment qu'il n'est pas facile de découvrir le véritable sens qu'Oppenheim entendait donner aux termes *culpable negligence*. Voulait-il assigner à cette expression le sens de *recklessness* qu'elle possède dans le droit pénal anglo-saxon ou alors se référerait-il à la négligence au sens objectif de la *law of torts*⁷²? À cet égard, il convient de noter que dans le droit anglo-saxon, le terme négligence possède deux acceptions différentes. D'une part, elle peut être « un élément psychologique qui

⁶⁹ *Ibid.* Voir aussi Hildebrando Accioly, « Principes généraux de la responsabilité internationale d'après la doctrine et la jurisprudence » (1959-I) 96 *Rec. des cours* 349 à la p. 364; Zannas, *supra* note 53 à la p. 29. Pour des passages de Grotius voir Grotius, *supra* note 46, c. 21 aux pp. 509-29 au para. 2. Par ailleurs, l'Institut de droit international, sous l'instigation de Strisower, avait admis, à l'article premier *in fine* de sa résolution adoptée le 1^{er} septembre 1927 lors de la session de Lausanne que « [la] responsabilité de l'Etat n'existe pas si l'inobservation de l'obligation n'est pas la conséquence d'une faute de ses organes, à moins que, dans le cas dont il s'agit, une règle conventionnelle ou coutumière, spéciale à la matière, n'admette la responsabilité sans faute », Institut de droit international, *Responsabilité internationale des États à raison des dommages causés sur leur territoire à la personne et aux biens des étrangers*, en ligne : Institut de droit international <http://www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF/1927_lau_05_fr.pdf>.

⁷⁰ Lassa Oppenheim, *International Law: a Treatise*, vol. 1, *Peace*, London, Longmans Green and co., 1905-1906 à la p. 311. Selon Antonio Cassese, la faute constitue « *a psychological attitude of the wrongdoer consisting of either 'intention' (the intent to bring about the event resulting from the conduct; for instance, the intent to expel all the nationals of a foreign country in breach of an international treaty), or 'recklessness' (awareness of the risk of the prohibited consequences occurring; for instance, a State puts in place provisional military installations on the high seas, knowing that it may thus jeopardize the freedom of other States to fish in that sea or that those installations may imperil important natural resources)* ». Voir Antonio Cassese, *International Law*, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2005 aux pp. 250-51.

⁷¹ Oppenheim, *ibid.*, vol. 2, *Disputes, War and Neutrality* à la p. 753.

⁷² Robert-Louis Perret, *supra* note 25 à la p. 88. Pour une analyse de la *common law*, voir notamment John William Salmond, *Law of torts: a treatise on the English law of liability for civil injuries*, London, Sweet & Maxwell, 1936.

se rattache à l'accomplissement de certains délits. Elle s'oppose alors à l'intention »⁷³. D'autre part, la négligence est considérée comme un délit autonome, un *tort*, déterminé par une violation particulière d'un devoir imposé par le droit. C'est une omission du devoir d'exercer une certaine mesure de soin. Le délit de négligence suppose, selon Zannas, « 1° des circonstances qui établissent un devoir de prendre soin (*duty to take care*), 2° le fait que le standard de soin à apporter (*standard of care*) prescrit par la loi pour l'accomplissement de ce devoir n'a pas été atteint, et 3° un dommage subi par le plaignant »⁷⁴.

Sans entrer dans un profond examen de la *common law*, nous pouvons dire intuitivement qu'Oppenheim a certainement été influencé par les théories de la responsabilité civile de son époque. Et qu'il a probablement donné au terme *negligence*, un sens plutôt objectif. Mais la neuvième édition du *Oppenheim's International Law* a introduit une nouvelle perspective dans la problématique de la faute. En effet, au paragraphe 149 du chapitre 4 intitulé « *Responsibility of States* », on lit ceci :

*The basis of a state's international responsibility has been a matter of much discussion. It has been said to be essentially delictual and based on fault, requiring either intentional or negligent conduct on the part of the state before a breach by it of an international obligation can be established; or to be strict or objective, conduct and result alone establishing the breach of an obligation.*⁷⁵

Le ton a visiblement changé. Il n'est plus question de « *[a]n act of State injurious to another State is nevertheless not an international delinquency if committed neither wilfully and maliciously, nor with culpable negligence* »⁷⁶.

Le passage qui marque de façon explicite la nouvelle conception du fondement de la responsabilité internationale et qui, à notre avis, est dû à l'influence de Sir Robert Jennings, est le suivant :

*There is probably no single basis of international responsibility, applicable in all circumstances, but rather several, the nature of which depends on the particular obligation in question. Thus, in relation to the acts of private individuals, the state's responsibility is based on fault in that it must normally be shown that the state failed to show due diligence in preventing the injury or punishing the offender. Similarly, a need to show fault of varying degrees has been incorporated into treaty provision [...]. However, in certain areas responsibility may arise without fault.*⁷⁷

⁷³ Zannas, *supra* note 53 à la p. 43. Voir aussi John Charlesworth, *The Law of Negligence*, 2^e éd., Londres, 1947; Frederick Henry Lawson, *Negligence in the Civil Law*, Oxford, Clarendon Press, 1950.

⁷⁴ Zannas, *ibid.* Voir aussi Frederick Pollock, *Law of Torts: A treatise on the Principles of Obligations Arising from Civil Wrongs in the Common Law*, 15^e éd., Londres, Stevens & Sons, 1951.

⁷⁵ Sir Robert Jennings et Sir Arthur Watts, *Oppenheim's International Law*, vol. 1, 9^e éd., Londres, Longman, 1996 aux pp. 508-09.

⁷⁶ Oppenheim, *supra* note 70.

⁷⁷ *Ibid.* à la p. 509.

La responsabilité internationale ne se fonde plus exclusivement sur la *culpa* ou le *dolus*, mais elle peut avoir un caractère purement objectif.

b) *L'idée de faute chez Georges Scelle*

Un autre grand internationaliste qui a marqué les esprits par sa conception sociologique du phénomène juridique est sans aucun doute Georges Scelle. Disciple de Léon Duguit et fondateur de l'École sociologique française du droit, Scelle défend la thèse du monisme juridique dans son *Précis du droit des gens*⁷⁸. Il fonde le droit sur le fait social, la solidarité, soit par similitudes, soit par divisions du travail. Il considère l'individu comme seul sujet du droit national et international. Mais l'ouvrage de Scelle qui nous intéresse au premier plan est son *Manuel élémentaire de droit international public*, dont la première édition date de 1943.

Dans ce *Manuel*, Scelle critique vigoureusement la conception objectiviste d'Anzilotti. Il estime que cette idée selon laquelle la responsabilité internationale des États naît « d'une contrariété automatique entre la règle de Droit et la conduite des organes de l'État, qui est celle de l'État lui-même, comporte en réalité une pétition de principe »⁷⁹. Tout comme les jurisconsultes classiques romains, que nous avons étudiés au point précédent, Georges Scelle, en incluant des éléments de droit administratif dans sa définition, donne une vision objective de la *culpa*. Pour lui en effet,

puisse que [la conception objective] donne pour base à la responsabilité l'activité des organes étatiques identifiés avec l'État, c'est-à-dire des agissements individuels, c'est qu'elle repose toujours, quoi qu'on en ait, sur une idée de faute : S'il y a manquement à la règle de droit international, ce ne peut être que pour incompétence, excès de pouvoir, détournement de pouvoir, abstention dans l'exercice d'une compétence liée, c'est-à-dire, faute d'un agent dans l'exercice de la fonction. Nous ne comprenons pas ce que peut être juridiquement une « faute », si ce n'est un agissement contraire à la règle de droit [nos italiques].⁸⁰

⁷⁸ Georges Scelle, *Précis du droit des gens*, Paris, Sirey, 1932 aux pp. 1-14 [Scelle, « Précis »].

⁷⁹ Georges Scelle, *Manuel élémentaire de droit international public*, Paris, Monchrestien, 1943 à la p. 683 [Scelle, « Manuel »].

⁸⁰ *Ibid.* à la p. 685. Charles de Visscher a cette même vision de la faute comme violation de l'obligation internationale : « [L]a faute - si l'on veut parler de faute - se ramène exactement au défaut de vigilance dans l'emploi des moyens dont l'État dispose; elle s'identifie en réalité avec lui. En d'autres termes (et ici il y a souvent une querelle de mots aussi bien qu'un manque de clarté dans les idées), il ne faut pas, comme on le fait souvent, dire qu'un État n'est responsable en cette matière que lorsque par sa faute, il a contrevenu à ses obligations internationales. Cette formule qui est courante juxtapose et, par conséquent, distingue entre elles deux notions qui en réalité se confondent. Il n'est nullement question d'entrer ici dans les recherches d'ordre psychologique ou moral auxquelles semble inviter la théorie de la faute acquiescente; l'essentiel est de limiter avec précision, dans un cas donné, la portée exacte de l'obligation et, pour ce faire, d'en rechercher le fondement et d'en circonscrire nettement les bornes. Ceci fait, la faute n'est autre chose que la violation de l'obligation ainsi définie et délimitée ». Voir Charles de Visscher, « Notes sur la responsabilité internationale des États et la protection diplomatique d'après quelques documents récents » (1927) 8 *Revue de droit international et de législation* 245 à la

On a souvent reproché à Georges Scelle d'avoir omis de relever qu'en pratique, l'acte de l'individu-organe peut être conforme au droit interne et constitutif d'un manquement à une obligation internationale; que cette omission enlèverait beaucoup de poids à son argumentation⁸¹. En effet, si en vertu du principe de la hiérarchie des ordres juridiques, l'ordre juridique interne est nécessairement subordonné et conditionné par l'ordre juridique international, et si en raison du dédoublement fonctionnel les organes de l'État, quant ils agissent dans les rapports internationaux, ne peuvent agir qu'en qualité d'organes internationaux, « il est alors concevable que l'organe étatique, qui viole le droit international tout en se conformant à la loi interne, commette une faute à l'égard de l'ordre juridique international hiérarchiquement supérieur »⁸².

À notre sens, cette critique méconnaît passablement la conception générale du phénomène juridique de Georges Scelle. On ne peut comprendre la vision de Scelle que lorsqu'on examine son *Précis du droit des gens* où il analyse le Droit comme un *tout* dont la source est dans la nécessité biologique. Ce *tout* Droit, en vertu du principe de la non contradiction, ne peut vouloir une chose – l'injonction du droit international – et son contraire – la provision du droit interne. Cette nécessité logique,

inéluçtable, permet de poser la règle de base de la vie juridique internationale : *toute norme intersociale prime toute norme interne en contradiction avec elle, la modifie, ou l'abroge ipso facto*. Le droit interne positif peut négliger d'enregistrer cet impératif juridique [en maintenant une norme interne contraire par exemple] ou même le nier. [...] La persistance de la contrariété entre les deux domaines juridiques est en tout cas *inconcevable*.⁸³

Mais sans entrer dans une critique de la critique, revenons au problème de la faute. Selon Georges Scelle, la responsabilité de l'État n'est pas objective, elle est subjective, fondée sur la faute. Et le postulat de départ des partisans de la théorie objective notamment Anzilotti, selon lequel l'activité de l'organe de l'État est celle de l'État lui-même, est « un postulat métaphysique, toujours indémontré et indémontrable »⁸⁴. Pour appuyer sa théorie de la responsabilité internationale, Scelle

p. 252. Certains auteurs ont cependant réfuté l'assimilation pure et simple de la faute à un manquement de l'obligation : « *there is no total equation between the concept of "fault" and that of "breach of an international obligation". When State commits a fault in the legal sense, there is always a breach of some international obligation. But the reverse is not necessarily true: a State may violate an international obligation without any such fault having been committed by the State itself or any of its organs. Neither is "fault" to be confused with "wrongfulness"* ». Voir *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 4, Responsibility of States: Fault and Strict Liability », par Mohammed Bedaoui à la p. 213.

⁸¹ Perret, *supra* note 25 à la p. 82. C'est précisément l'une des raisons pour lesquelles Anzilotti a refusé d'admettre la faute comme condition de la responsabilité de l'État.

⁸² *Ibid.* à la p. 83.

⁸³ Scelle, « Précis », *supra* note 78 à la p. 31.

⁸⁴ Scelle, « Manuel », *supra* note 79 à la p. 684.

va utiliser une distinction bien connue en droit administratif entre la faute personnelle qui s'apparenterait à la *culpa* romaine, et la faute de service qui possède une signification objective donnant naissance à une sorte de responsabilité causale « dans laquelle l'obligation de réparer est basée sur une idée de risque »⁸⁵. Cependant selon Scelle, « l'impossibilité de fonder la responsabilité personnelle de l'agent qui résulte de la fiction de l'organe, est de nature à perpétuer cette irresponsabilité de l'agent juridique, qui est à la base de l'anarchie et de l'arbitraire en droit public interne et international. Elle exclut en particulier toute responsabilité pénale, soit des agents, soit de la communauté étatique »⁸⁶.

La responsabilité des États en droit international est, pour Georges Scelle, subjective, fondée sur la faute personnelle ou de service de l'agent. Mais la faute est ici le manquement à la règle de droit, la violation d'une obligation internationale. À vrai dire, sa conception aboutit à une responsabilité objective en droit international car, s'il ne peut s'agir de « fautes *des États*, il peut s'agir de faute personnelle des agents ou de fautes dites de 'service', et l'on pourra voir réapparaître, comme en droit public interne, la notion de risque étatique ou de responsabilité objective, voire même celle d'assurance »⁸⁷.

c) *La faute chez Roberto Ago*

Beaucoup plus organique, plus approfondie dans ses développements, et infiniment plus claire devait être l'attitude prise par Roberto Ago dans son monumental cours à La Haye en 1939. Dans son *Délit international*, Ago commence par peindre le panorama des théories les plus connues. Face à la complexité des tendances doctrinales, il relève d'emblée que ces théories, « tout en renfermant quelques éléments de vérité, sont souvent bâties sur des prémisses absolument erronées même à l'égard de la notion de délit international »⁸⁸.

Le juriste italien propose de reposer le problème de la faute dans des termes exacts, car, pour lui, contrairement à certains auteurs⁸⁹, la faute ne s'identifie pas, à tout point de vue, à la violation du droit. Il considère la faute au sens large comme

une relation psychologique entre la lésion concrète d'un droit subjectif d'autrui et l'auteur de cette lésion, relation psychologique qui peut consister soit dans le fait que la lésion a été directement voulue (et dans ce cas l'on est plus exactement en présence de la notion juridique du dol), soit dans le fait qu'on a voulu, sinon la lésion, du moins – faute de prévoir les

⁸⁵ Perret, *supra* note 25 à la p. 84. Pour une analyse plus approfondie de la théorie administrative française de la faute, voir notamment Henri Mazeaud et Léon Mazeaud, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 6^e éd., Paris, Monchrestien, 1965.

⁸⁶ Scelle, « Manuel », *supra* note 79 à la p. 685.

⁸⁷ *Ibid.* aux pp. 681-682.

⁸⁸ Ago, *supra* note 3 à la p. 485.

⁸⁹ Ces auteurs sont notamment Paul Fauchille, *Traité de droit international public*, Paris, Rousseau, 1921; Gabrielle Salvioli, « Règles générales du droit de la paix » (1933-IV) 46 Rec. des Cours 1; Gabriele Salvioli « La responsabilité des États et la fixation des dommages et intérêts par les tribunaux internationaux » (1929-III) 28 Rec. des Cours 231.

conséquences – une conduite différente de celle qui aurait permis d'éviter la lésion (c'est plus proprement dans ce dernier cas que se manifeste la notion de faute *stricto sensu*, ou de la négligence).⁹⁰

Selon Ago, le fait illicite implique une relation psychologique. Autrement dit, le *dolus* et la *culpa* sont une condition nécessaire pour l'imputation à un sujet d'un fait illicite international⁹¹; car, « il serait bien étrange que, dans un ordre juridique comme l'ordre international, pour la formation duquel les théories du droit romain ont eu une importance décisive, ait pu s'affirmer un système excluant d'une façon rigide l'élément subjectif de la faute de la détermination du fait illicite »⁹². Il réfute l'un des postulats de la théorie objective selon lequel la faute ne peut être un élément du fait illicite international puisque le rattachement juridique à l'État de la volonté et de l'action de l'individu-organe est l'œuvre exclusive de l'ordre juridique interne. Selon lui, c'est bien l'ordre juridique international seul qui peut « imputer à l'État-sujet du droit des gens l'action et la volonté de ses organes comme étant une action et une volonté juridique »⁹³. C'est pourquoi il peut y avoir faute même lorsque l'individu-organe a agi en conformité des prescriptions de son droit interne. Sur ce point, la position des « objectivistes » souffre d'une certaine contradiction. Comment admettre que l'État, entité abstraite puisse être capable de volonté quand il s'agit de la production normative et ne plus l'être quand il s'agit de lui attribuer l'état d'âme de l'individu-organe. À vrai dire, si l'on affirme que l'État n'est soumis qu'aux seules règles auxquelles il a expressément ou tacitement consenti, on doit admettre qu'il est capable de *culpa* ou de *dolus*. Tel n'est pas l'avis d'Anzilotti et ses disciples.

2. LE PRINCIPE DE LA RESPONSABILITÉ OBJECTIVE

La responsabilité des États selon le droit international est-elle purement objective ou bien se fonde-t-elle sur une attitude déterminée de la volonté? Pour répondre à cette question, en apparence simple, Anzilotti va développer sur une quarantaine de pages, une théorie qui va marquer à jamais le domaine de la responsabilité internationale. Positiviste-volontariste comme on le sait, ce savant italien va formuler avec des arguments profonds, le principe d'une responsabilité objective, ce, contrairement à l'opinion majoritaire de son époque qui regarde la faute comme condition de la responsabilité internationale des États.

⁹⁰ Ago, *supra* note 3 à la p. 486.

⁹¹ *Ibid.* à la p. 487. Eagleton par exemple, reconnaît que « la majorité des écrivains accepte, dans un sens ou dans l'autre, l'idée que la responsabilité ne peut exister sans faute ». Voir Clyde Eagleton, *The responsibility of States in International Law*, New York, New York University Press, 1928 à la p. 209. Hersch Lauterpacht soutenait la faute comme condition de la responsabilité. Selon lui, l'État n'est responsable que lorsqu'une faute a été commise par l'intermédiaire de ses agents ou organes c'est-à-dire qu'il y ait intention de causer un dommage ou négligence à l'éviter. Voir Hersch Lauterpacht, « Les règles générales de la paix » (1937-IV) 62 Rec. des cours 95 à la p. 361.

⁹² Ago, *ibid.*

⁹³ *Ibid.*

Le grand maître italien qui entend élaborer une théorie générale de la responsabilité qu'il définit comme « l'obligation de réparer un tort commis »⁹⁴, part du postulat selon lequel

le dol et la faute, dans le sens propre du mot, expriment des manières d'être de la volonté comme fait psychologique et on ne peut donc en parler qu'en se rapportant à l'individu. Il s'agit, par suite, de voir si l'attitude contraire au droit international, pour être imputable à l'État, doit être l'effet du dol ou de la faute des individus-organes; en d'autres termes, si le dol ou la faute de ceux-ci est une condition que le droit établit pour que des faits déterminés produisent pour l'État, des conséquences déterminés.⁹⁵

Il s'agit là, en premier lieu, d'un problème d'interprétation. Pour lui, chaque fois que l'on se trouve en présence d'une norme telle que l'article 3 de la Quatrième Convention de La Haye⁹⁶ du 18 octobre 1907 sur les lois et coutumes de la guerre sur terre, et qui prévoit la responsabilité internationale de l'État pour des faits déterminés, il est besoin de rechercher si cette norme, expressément ou tacitement, suivant son sens et son esprit, subordonne l'imputation à la faute ou au dol des organes, ou au contraire envisage seulement l'existence d'un fait objectivement contraire au droit international⁹⁷. De ce point de vue, la théorie subjectiviste selon laquelle le *dolus* et la *culpa* sont une condition nécessaire du fait illicite peut être envisagée de deux manières sensiblement différentes. D'une part, elle peut en effet se rapporter au *dolus* et à la *culpa* de l'organe qui a accompli l'acte illégitime; par exemple le fonctionnaire judiciaire qui a procédé à une saisie dans les locaux d'une légation étrangère. Mais d'autre part, cette théorie subjectiviste peut se rapporter à la faute des organes en général; par exemple des auteurs de la loi en vertu de laquelle le fonctionnaire judiciaire a dû ou pu procéder à la saisie en question⁹⁸. Dans tous les cas, on ne peut pas parler de la faute de l'individu-organe puisque l'acte de l'organe peut être contraire au droit international mais conforme au droit interne de l'État. On ne peut pas dire non plus que dans ce cas l'individu-organe, s'il n'est pas en faute au regard du droit interne, soit en faute au regard du droit international⁹⁹. Au sens psychologique du mot, l'État n'a pas de volonté propre. Tout en rejetant l'idée d'une *culpa in eligendo* selon laquelle l'État serait responsable du choix défectueux de ses fonctionnaires ou d'une *culpa in custodiendo*, l'État étant responsable pour n'avoir pas exercé une surveillance adéquate sur ses organes, Anzilotti arrive à la conclusion qu'« en règle, en droit international, l'*animus* de l'individu-organe n'est pas la cause ou la condition de la responsabilité; celle-ci naît *du seul fait de la violation d'un devoir international de l'État* [nos italiques] »¹⁰⁰.

⁹⁴ Anzilotti, *supra* note 3 à la p. 488.

⁹⁵ *Ibid.* à la p. 498.

⁹⁶ *Ibid.* à la p. 499.

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ *Ibid.* Cette vision du professeur Anzilotti a eu un énorme impact dans la conception de la responsabilité internationale des États. Sur la littérature internationale, voir notamment Oscar Schachter, *International Law in Theory and Practice*, Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 1991 à la p. 203;

3. THÉORIE MIXTE OU RÉCONCILIANTE

Le problème de la faute dans le domaine de la responsabilité des États, demeure toujours une *vexata quaestio*. La responsabilité internationale est-elle objective ou subjective? Question lancinante et passionnante qui suscite une controverse perpétuellement renouvelée. Mais le débat sur le rôle de la faute semble avoir perdu de son intérêt ces dernières années. Le ton est à la modération voire à la réconciliation. Les esprits s'étant apaisés, les éminents juristes prennent le recul pour réexaminer les fondements de la responsabilité internationale des États. On s'est rendu compte, après plusieurs décennies d'affrontement, qu'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 l'autre »¹⁰¹.

La théorie intermédiaire, a été initiée, nous semble-t-il par l'allemand Karl Strupp¹⁰². Cet auteur préconisait de faire une distinction entre délits par omission pour lesquels la faute est une condition de la responsabilité, et délits par commission qui exclut toute idée de faute. La doctrine actuelle la plus autorisée, Pierre-Mary Dupuy¹⁰³, Ian Brownlie¹⁰⁴, Riccardo Pissilo-Mazzeschi¹⁰⁵ semble aller dans ce sens.

Brownlie apporte une contribution substantielle sur le fondement de la responsabilité des États. Pour lui, la faute n'est pas une condition générale de la responsabilité, mais elle peut jouer un rôle déterminant dans certains contextes :

In the more general sense the fault principle rests upon proof of intention (dol, dolus) or negligence (faute, culpa). The term faute (or culpa) is used to describe types of blameworthiness based upon reasonable foreseeability, or foresight without desire of consequences (recklessness, culpa lata).

Eduardo Jiménez de Arechaga et Attila Tanzi, « La responsabilité internationale des états » dans Mohammed Bedjaoui, dir., *Droit international : bilan et perspectives*, Paris, Unesco, 1991, 367; Joe Verhoeven, *Droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2000 aux pp. 6-7. Pour ce dernier auteur, « la responsabilité se satisfait de constatation objective du manquement à une obligation internationale [...] sans que soit pour le reste requis quelque intention méchante ou mobile pervers » (Verhoeven, *ibid.* aux pp. 619-620).

¹⁰¹ Andrea Gattini, « La notion de faute à la lumière du projet de convention de la Commission du Droit International sur la responsabilité internationale » (1992) 3 E.J.I.L. 253 à la p. 254. Pour Chittharanjan F. Amerasinghe, *State responsibility for injuries to aliens*, Oxford, Clarendon Press, 1967 à la p. 45, le fondement de la responsabilité « will vary with the content of the international obligation. This may be a strict basis or the basis of risk in some circumstances, while in others it may involve malice or culpable negligence, or conceivably, malice ».

¹⁰² Karl Strupp, *Das völkerrechtliche Delikt*, Berlin, Kohlhommer, 1920 à la p. 45.

¹⁰³ Pierre-Marie Dupuy, « Le fait générateur de la responsabilité internationale des États » (1984-V) 188 Rec. des cours 28 [Dupuy, « Fait générateur »].

¹⁰⁴ Ian Brownlie, *System of the Law of Nations. Part I: State Responsibility*, Oxford, Clarendon, 1983 [Brownlie, « Law of Nations »].

¹⁰⁵ Mazzeschi, *supra* note 68.

*Although culpa is not a general condition of liability, it may play an important role in certain contexts.*¹⁰⁶

Certains auteurs et non les moindres, tout en reconnaissant une tendance générale à l'objectivation du fait générateur, soutiennent que la faute n'a pas totalement et radicalement disparu du paysage de la responsabilité des États. La définition de certaines obligations et la démarche du juge pour s'assurer de leur violation constitue sinon l'aveu de sa persistance obscure, du moins « la manifestation tenace de son empreinte indélébile »¹⁰⁷. Selon Dupuy, dans certains cas, « la démonstration du caractère illicite d'un fait imputable à l'État dépendra de la recherche des intentions et réintroduira ainsi dans l'appréciation de l'acte des considérations inévitablement subjectives, qui aboutiront à distinguer l'illicite de l'illégal »¹⁰⁸. Il arrive à la conclusion que la faute, malgré les tentatives presque réussies d'objectiver le fait générateur de la responsabilité, survit sous l'*iniuria*, le fait illicite. La faute survit jusque dans les articles de la CDI de 2001. De cette controverse de la doctrine sur la place de la faute, que retenir de la jurisprudence?

B. Position de la jurisprudence

En examinant la pratique et la jurisprudence, le constat général qui se dégage c'est qu'elles sont incertaines. Schwarzenberger a raison à cet égard, lorsqu'il affirme qu'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 subjectifs¹⁰⁹.

¹⁰⁶ Brownlie, « Law of Nations », *supra* note 104 aux pp. 44-45. Brownlie semble soutenir l'idée d'une « objectivation de la notion de diligence » de Guggenheim. Voir aussi Paul Guggenheim, *Traité de droit international public*, t. 2, 1^{re} éd., Genève, Librairie Georg, 1954 à la p. 52. Anzilotti lui même admettait que lorsque l'État a manqué à son devoir de diligence, l'analogie avec la notion traditionnelle de la faute saute aux yeux. Voir Anzilotti, *supra* note 3 à la p. 504. C'est aussi la vision de Garcia Amador, premier rapporteur de la CDI sur le thème de la responsabilité des États. Combacau, soutient cette conception de la faute. Pour lui, « le mot de faute, dans sa plus grande compréhension, ne désigne rien de plus en droit que l'illicéité, pourvu qu'elle soit imputable à son auteur ». Voir Jean Combacau, « Ouverture : L'illicite et le fautif » (1987) 5 *Droits* 1 à la p. 5. Georges Perrin conteste cependant cette manière de voir les choses. Pour lui, un manquement au devoir de diligence, lequel englobe la prévoyance, implique un élément psychologique, tant il est évident que diligence et prévoyance sont des qualités de l'esprit et que l'absence de ces qualités, la négligence, est un défaut de celui-ci. Georges Perrin, « Le problème de la faute dans la responsabilité internationale de l'État » dans *Im Dienst an der Gemeinschaft*, Bâle, Verlag Helbing & Lichtenhahn, 1989, 127 à la p. 130.

¹⁰⁷ Dupuy, « Faute de l'État », *supra* note 5 à p. 53.

¹⁰⁸ Dupuy, « Fait générateur », *supra* note 103 à la p. 35. À la même page, Dupuy prétend que cela concerne en réalité « la plupart des cas où l'obligation est définie en terme de finalité, mais aussi lorsque l'exercice d'un droit semble avoir été effectué sur la base de motivations incompatibles avec le respect de règles juridiques concurrentes [...] lorsqu'enfin la licéité de l'action étatique sera jugée en fonction de certains standards de normalité, la démonstration du caractère illicite d'un fait imputable à l'État dépendra de la recherche des intentions de ses auteurs. »

¹⁰⁹ Georg Schwarzenberger, *International Law. International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, vol. 1, 3^e éd., Londres, Stevens, 1957 à la p. 649.

Il y a comme une sorte de décalage entre la virulence du débat en doctrine et le silence ou presque, de la jurisprudence à propos de la faute. Quelques rares cas néanmoins reconnaissent, ou du moins estime-t-on, la faute comme condition de la responsabilité.

1. JURISPRUDENCE EN FAVEUR DE LA *CULPA* OU INVOQUANT LA FAUTE

La faute comme fondement de la responsabilité fut examinée dans l'affaire de *Casablanca*. Cet arbitrage, qui a établi une distinction entre les infractions par dol ou négligence et celles sans faute, eut pour origine un conflit de juridiction entre les autorités militaires françaises occupant Casablanca (Maroc) et le consul d'Allemagne, agissant suivant la juridiction extraterritoriale de son gouvernement au Maroc. Pendant l'automne 1908, six soldats appartenant à la Légion étrangère française stationnée à Casablanca, dont trois furent plus tard reconnus comme étant de nationalité allemande, désertèrent et réclamèrent la protection du consul allemand, qui leur accorda un sauf-conduit pour leur rapatriement. Toutefois, avant leur embarquement, ils furent arrêtés par des soldats français, et enlevés de la protection du consul. La France déclara que l'Allemagne n'avait aucun droit à accorder protection au Maroc aux personnes ne ressortissant pas à la nationalité allemande; que le territoire occupé par ses forces militaires au Maroc était placé sous sa juridiction exclusive, et que par conséquent, l'Allemagne n'avait pas le droit de tenter de protéger les trois déserteurs de nationalité allemande. L'Allemagne fit valoir que les déserteurs de nationalité allemande étaient, en vertu de la juridiction extraterritoriale de l'Allemagne au Maroc, soumis exclusivement à la juridiction du consul d'Allemagne à Casablanca, et avaient droit à sa protection; que l'arrestation forcée des déserteurs constituait une atteinte à l'inviolabilité de ses agents consulaires, et elle demanda que les trois allemands lui fussent rendus. Le différend n'ayant pas été susceptible de solution par la voie diplomatique, il fut soumis en vertu d'un compromis signé le 24 novembre 1908, à un tribunal composé de membres de la Cour permanente¹¹⁰. Dans sa sentence du 22 mai 1909, le tribunal arbitral déclara :

C'est à tort et par une faute grave et manifeste que le Secrétaire du Consulat impérial allemand à Casablanca a tenté de faire embarquer, sur un vapeur allemand, des déserteurs de la Légion étrangère française qui n'étaient pas de nationalité allemande. [...] [E]n signant le sauf-conduit qui lui a été présenté, le Consul a commis une faute non intentionnelle. [...] [L]'erreur de droit commise sur ce point par les fonctionnaires du Consulat ne saurait leur être imputée comme une faute, soit intentionnelle, soit non intentionnelle [nos italiques].¹¹¹

Le test subjectif de responsabilité a été retenu dans l'affaire *Home Missionary Society* entre le Royaume-Uni et les États-Unis d'Amérique en 1920.

¹¹⁰ *Affaire de Casablanca (Allemagne, France)* (1909), 11 R.S.A. 119 à la p. 126 (Cour permanente d'arbitrage).

¹¹¹ *Ibid.* à la p. 130.

Dans cette affaire, la *Culpa* fut explicitement admise comme fondement de la responsabilité de l'État pour les dommages causés à la personne et aux biens des étrangers. Pour le tribunal, « *it is a well-established principle of international law that no government can be held responsible for the act of rebellious bodies of men committed in violation of its authority, where it is itself guilty of no breach of good faith, or of no negligence in suppressing insurrection* [nos soulignements] »¹¹².

La sentence arbitrale du 3 septembre 1935 dans l'*incident de Walwal* entre l'Italie et l'Éthiopie avait également, nous semble-t-il, reconnu le principe de la faute comme base de la responsabilité internationale. Dans cette affaire, la commission italo-éthiopienne ayant examiné les comportements des différentes forces en présence et surtout l'attitude du commandant italien est arrivée à la conclusion qu'« il n'y a lieu de retenir pour ces incidents mineurs aucune responsabilité internationale »¹¹³.

De prime abord, si cette sentence semble soutenir l'idée de faute comme condition de la responsabilité, en réalité, la conclusion de la commission est motivée par l'absence de dommage et le caractère banal de ces incidents étant donné qu'ils étaient « sans gravité et très ordinaires dans la région »¹¹⁴. De plus, cette commission de conciliation et d'arbitrage ne pouvait certainement pas se prononcer sur la question de l'imputabilité sans au préalable décider du statut territorial de cette région de *Walwal*, savoir si elle appartient à l'Italie ou à l'Éthiopie.

S'il y a une affaire qui a amplifié le débat sur la faute en droit international, c'est bien l'affaire du *Détroit de Corfou* entre l'Albanie et le Royaume-Uni. Dans cette affaire, la CIJ a admis la responsabilité de l'Albanie pour les dommages causés à la flotte britannique parce que, étant donné les circonstances factuelles, l'Albanie *ne pouvait pas ignorer* la présence de mines dans ses eaux territoriales¹¹⁵. Lauterpacht, analysant cette affaire, insiste dès lors sur le fait que l'arrêt rendu était une affirmation du principe de la faute comme fondement de la responsabilité. Selon lui, « *the Corfu Channel case between Great Britain and Albania provided an instructive example of the affirmation of the principle that there is no liability without fault* [nos soulignements] »¹¹⁶. Pour justifier sa position, il cite le passage où la Cour dit ceci :

On ne saurait conclure du seul contrôle exercé par un État sur son territoire terrestre ou sur ses eaux territoriales que cet État a nécessairement connu ou dû connaître tout fait illicite international qui y a été perpétré non plus qu'il a nécessairement connu ou dû connaître ses auteurs. En soi, et

¹¹² *Home Frontier and Foreign Missionary Society of the United Brethren in Christ (United States v. Great Britain)* (1920), 6 R.S.A. 42 à la p. 44.

¹¹³ *L'incident de Walwal (Italie contre Éthiopie)* (1935), 3 R.S.A. 1657 à la p. 1667.

¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹⁵ *Affaire du détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)*, [1949] C.I.J. rec. 4 [*Affaire du détroit de Corfou*]. Dupuy conclue alors que, puisque l'Albanie ne pouvait pas ne pas savoir la présence des mines dans ses eaux intérieures et puisqu'elle n'a pas informé les autres États maritimes, elle a manifesté par là son intention de nuire, son *dolus*. Dupuy, « Fait générateur », *supra* note 103 à la p. 35.

¹¹⁶ Oppenheim, *supra* note 70 à la p. 343.

indépendamment d'autres circonstances, ce fait ne justifie ni responsabilité *prima facie* ni déplacement dans le fardeau de la preuve.¹¹⁷

Dans son opinion dissidente jointe à l'arrêt, le juge Krylov soutient expressément cette position de Lauterpacht. Pour lui, « [l]a responsabilité de l'État résultant d'un délit international présuppose au moins une faute de la part de cet État. [...] Pour fonder la responsabilité de l'État, il faut donc recourir à la notion de faute. Je peux me référer au célèbre auteur anglais Oppenheim »¹¹⁸.

Nous ne pensons pas que la Cour a reconnu la responsabilité de l'Albanie sur une quelconque faute. Elle n'emploie d'ailleurs nulle part ce mot même si cela en soit n'est pas pertinent. En réalité, la démarche de la Cour était simple : rechercher, en vertu des informations dont elle dispose, quelle est l'obligation incombant à l'Albanie dont la violation engage sa responsabilité. Pour la Cour, l'Albanie a eu connaissance du mouillage dans ses eaux territoriales et aurait dû informer la Grande-Bretagne. La responsabilité est donc fondée sur l'omission d'agir : « le mouillage du champ de mines, qui a provoqué les explosions du 22 octobre 1946, n'a pas pu échapper à la connaissance du Gouvernement albanais »¹¹⁹. De ce fait, les autorités albanaises avaient l'obligation d'informer les États maritimes du danger imminent. Cette obligation tire son fondement non pas de la Convention de La Haye de 1907, mais « sur certains principes généraux et bien reconnus, tels que des considérations élémentaires d'humanité, plus absolues encore en temps de paix qu'en temps de guerre, le principe de la liberté des communications maritimes et l'obligation', pour tout État, de ne pas laisser utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres États »¹²⁰.

¹¹⁷ *Affaire du détroit de Corfou*, *supra* note 115 à la p. 18.

¹¹⁸ *Ibid.*, Opinion dissidente du juge Krylov, à la p. 72. Le juge Badawi Pacha, dans son opinion dissidente, soutient explicitement cette position : « le droit international ne connaît pas la responsabilité objective, basée sur la notion de risque que certaines législations nationales ont adoptée. En effet, l'évolution du droit international et le degré de développement de la notion de coopération internationale ne permettent pas de considérer que cette étape a pu être franchie ou est près de l'être. Il faut donc établir une obligation internationale à la charge de l'Albanie dont le manquement lui serait imputable et serait la cause de l'explosion ». *Ibid.*, Opinion dissidente du juge Badawi Pacha, à la p. 65. Mais dans son argumentation, il reconnaît implicitement que l'absence de due diligence n'est pas une *culpa*, mais le manquement à un devoir international ce qui rejoint la thèse d'Anzilotti. Pour une critique de cette interprétation de l'arrêt de la Cour, voir notamment Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge, Grotius Publications, 1987 aux pp. 231-32 et en particulier sa note 44; Günther Handl, « Liability as an Obligation Established by a Primary Rule of International Law: Some Basic Reflections on the International Law Commission's work » (1985) 16 *Netherlands Yearbook of International Law* 49; Günther Handl, « International Liability of States for Marine Pollution » (1983) 21 *Can. Y. B. Int'l Law* 85; Günther Handl, « Balancing of Interests and International Liability for the Pollution of International Watercourses: Customary Principles of Law Revisited » (1975) 13 *Can. Y. B. Int'l Law* 156; Ian Brownlie, « State Responsibility and the International Court of Justice » dans Malgosia Fitzmaurice et Dan Saroochi, dir., *Issue of State Responsibility before International Judicial Institutions*, Oxford, Hart Publishing, 2004, 11 à la p. 12.

¹¹⁹ *Affaire du détroit de Corfou*, *supra* note 115 à la p. 22.

¹²⁰ *Ibid.* L'affaire des indemnités russe entre la Turquie et la Russie est souvent citée comme allant dans le sens d'une responsabilité subjective. *Affaire des indemnités russes (Empire Russe c. Empire Ottoman)*

Lorsque le juge international est appelé à résoudre un différend entre États, sujets du droit international, il cherche avant tout à identifier les obligations de l'État qui sont en cause, puis à déterminer si ses comportements passifs ou actifs constituent une violation de ses obligations internationales. En règle générale, le juge s'abstient de rentrer dans une recherche d'intention maligne ou de négligence coupable. C'est pourquoi il est admis que la tendance générale dans la jurisprudence arbitrale ou judiciaire est à une objectivation de la responsabilité¹²¹.

2. JURISPRUDENCE EN FAVEUR D'UN TEST OBJECTIF DE RESPONSABILITÉ

Le critère objectif de l'*iniuria* a été employé dans plusieurs affaires. Nous n'en citerons que quelques-unes.

Dans l'affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, la démarche de la CIJ consistait à déterminer s'il y a eu violation d'une obligation internationale imputable à la Hongrie ou la Slovaquie. Dans le compromis du 7 avril 1993, les parties priaient la Cour

de dire, sur la base du traité de 1977 et des règles et principes du droit international général, ainsi que de tous autres traités qu'elle jugera applicables : *a)* si la République de Hongrie était en droit de suspendre puis d'abandonner, en 1989, les travaux relatifs au projet de Nagymaros ainsi qu'à la partie du projet de Gabčíkovo dont la République de Hongrie est responsable aux termes du traité; *b)* si la République fédérative tchèque et slovaque était en droit de recourir, en novembre 1991, à la solution provisoire.¹²²

(1912), 11 R.S.A. 421 (Cour permanente d'arbitrage). D'autres affaires notamment celle *Caldenhead* en 1914 où la responsabilité de l'État n'a pas été reconnue du fait de l'absence de *dolus* ou de la *culpa*; l'affaire *James Pugh*, en 1933, qui a exclu la faute, parce qu'il n'y a pas eu intention ou négligence, sont tous des cas dans lesquels le principe de la faute a été maintenu.

¹²¹ Sur ce point, voir notamment Edwin M. Borchard, *Les principes de la protection diplomatique des nationaux à l'étranger*, Lugduni Batavorum, Brill, 1925 aux pp. 224-25; Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2003, c. 21 [Brownlie, « Principes »]; Guggenheim, *supra* note 106 à p. 52; Jules Basdevant, « Règles générales du droit de la paix » (1936) 58 Rec. des Cours 670; Cheng *supra* note 118 aux pp. 218-32; Oscar Schachter, « International Law in Theory and Practice : General Course in Public International Law » (1982) 178 Rec. des Cours 189; Charles Rousseau, *Droit international public. Tome 5: Les rapports conflictuels*, Paris, Sirey, 1983 aux pp. 14-27; Eduardo Jiménez De Arechaga, « International Law in the Past Third of a Century » (1978) 159 Rec. Des Cours 269; Gattini, *supra* note 101.

¹²² *L'affaire relative au projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie c. Slovaquie)*, [1997] C.I.J. rec. 7 à la p. 11, art. 2, para. 1 (a) [*L'affaire relative au projet Gabčíkovo-Nagymaros*]. Voir aussi *Phosphates du Maroc (Italie c. France)*, « Exceptions préliminaires » (14 juin 1938), C.P.J.I. (série A/B) n° 74, 10. Dans cette affaire, la Cour a admis que : « dans le prétendu déni de justice allégué par le gouvernement italien, la Cour ne peut pas voir un élément générateur du différend actuel. Dans sa requête, le gouvernement italien a présenté la décision du Service des Mines comme un fait illicite international, parce que cette décision aurait été inspirée par la volonté d'écarter la mainmise étrangère, et qu'elle constituerait de ce chef la violation des droits acquis placés sous la sauvegarde des conventions internationales. S'il en était ainsi, c'est dans cette décision qu'il faudrait voir la violation parfaite du droit international, violation qui engagerait par elle-même et immédiatement la responsabilité internationale. S'agissant d'un acte imputable à l'État et décrit comme contraire aux droits conventionnels d'un autre État, la responsabilité internationale s'établirait directement dans le plan des

La Cour va rechercher alors s'il y a eu objectivement fait internationalement illicite c'est-à-dire des comportements constitutifs d'un manquement aux engagements internationaux de ces États. Elle conclut que « la Hongrie n'était pas en droit de suspendre puis d'abandonner, en 1989, les travaux relatifs au projet de Nagymaros ainsi qu'à la partie du projet de Gabčíkovo dont elle était responsable aux termes du traité du 16 septembre 1977 et des instruments y afférents »¹²³. La Cour admet la responsabilité de la Hongrie sans aucune mention de *dolus* ni de *culpa*. La CIJ a suivi la même démarche consistant à appliquer un test objectif de responsabilité, dans l'*Affaire relative au personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*¹²⁴. Elle a affirmé que, pour établir la responsabilité internationale de l'Iran, « tout d'abord elle doit déterminer dans quelle mesure les comportements en question peuvent être considérés comme juridiquement imputables à l'Etat iranien. Ensuite, elle doit rechercher s'ils sont compatibles ou non avec les obligations incombant à l'Iran en vertu des traités en vigueur ou de toute autre règle de droit international éventuellement applicable »¹²⁵.

Dans l'affaire du vapeur *Wimbledon*, la CPJI n'a fait dépendre sa décision que de la seule violation objective par l'Allemagne de l'article 380 du traité de Versailles¹²⁶. Pour le professeur Perrin, si la Cour « avait ajouté que l'Allemagne avait la volonté d'empêcher le passage du vapeur Wimbledon par le canal de Kiel, elle n'aurait rien fait d'autre que d'enfoncer une porte ouverte »¹²⁷.

Le test objectif de responsabilité avait été également utilisé dans de nombreuses affaires traitées par la Commission générale de réclamation États-Unis/Mexique. Dans l'affaire *Chattin* par exemple, le président de la Commission Von Vollenhoven déclarait : « *since this is a case of alleged responsibility of Mexico for injustice committed by its judiciary, it is necessary to inquire whether the treatment of Chattin amounts even to an outrage, to bad faith, to wilful neglect of duty, or to an insufficiency of governmental action recognizable by every unbiased man* »¹²⁸. Dans l'affaire *Jean-Baptiste Caire*, le président de la Commission de réclamation franco-mexicaine, Verzijl, affirmait expressément le principe d'une responsabilité objective de l'État « c'est-à-dire une responsabilité pour les actes

relations entre ces États. En pareil cas, le prétendu déni de justice constitué soit par une carence de l'organisation judiciaire, soit par le refus de recours administratifs ou extraordinaires destinés à y suppléer, ne peut que laisser subsister le fait illicite. Il n'exerce aucune influence ni sur la consommation, ni sur la responsabilité qui en dérive [nos italiques] » (*Phosphates du Maroc (exceptions préliminaires) (Italie c. France)*, *ibid.*, à la p.28).

¹²³ *L'Affaire relative au projet Gabčíkovo-Nagymaros*, *supra* note 122 à la p. 82, para. 155.

¹²⁴ *Affaire relative au personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran (États-Unis d'Amérique c. Iran)*, [1980] CIJ Rec. 3 à la p. 3.

¹²⁵ *Ibid.* aux pp. 29-30, para. 56. Voir aussi affaire de la *Dickson Car Wheel Compagny (U.S.A.) v. United Mexican States* (1930), 4 R.S.A. 669 à la p. 678.

¹²⁶ *Affaire du Vapeur Wimbledon, (France c. Allemagne)*, « Arrêt » (17 août 1923), C.P.J.I. (sér. A) n°1, 15.

¹²⁷ Perrin, *supra* note 106 à la p. 134.

¹²⁸ *Chattin (États-Unis c. Mexique)* (1927), 4 R.S.A. 282 à la p. 286, 282-312.

commis par ses fonctionnaires ou organes, qui peut lui incomber malgré l'absence de toute faute de sa part »¹²⁹.

Comme on peut le constater, la virulence du débat quasi obsessionnel en doctrine sur le rôle de la faute dans la naissance de la responsabilité, contraste avec l'attitude du juge international. En effet, lorsqu'il est saisi d'un différend entre sujets du droit international, en général, l'arbitre ou le juge s'abstient de rentrer dans une recherche complexe de *culpa* ou de *dolus*. Schwarzenberger a bien perçu ce contraste lorsqu'il affirme :

*As with the techniques of treaty interpretation, international judicial organs are not necessary conscious of the fact or willing to admit outright that in requiring, or dispensing with, any subjective test, they at best apply the jus aequum rule. Actually, the border line between either type of test is so thin that the doctrinal disputation on this subject appears to exaggerate somewhat the importance of the issue.*¹³⁰

C'est d'ailleurs pour cette raison qu'on a conclu à la victoire de la théorie objective. Mais qu'en est-il de la position de la CDI?

C. Les articles de la CDI et le problème de la faute : enfin une solution de sagesse?

La question de la responsabilité des États a été, comme on le sait, à l'agenda de la Commission du droit international depuis 1953. Pendant presque un demi-siècle, la CDI a été un véritable laboratoire où les différentes théories sur la responsabilité internationale se sont affrontées à travers les rapports successifs des rapporteurs spéciaux¹³¹. Les articles sur la responsabilité adoptés par l'Assemblée générale des Nations-Unies le 12 décembre 2001, « reflètent fidèlement l'équilibre des opinions au sein de la CDI, à la suite de longues discussions et de longs débats au cours des dernières décennies, devenus intensifs depuis 1992 »¹³².

L'équilibre des opinions dont parle le professeur Crawford a consisté à éviter la vive controverse de la doctrine sur la place de la faute dans la naissance de la responsabilité et à affirmer le principe d'une responsabilité objective à travers les articles 1 et 2. Ainsi, l'article premier pose le principe coutumier de base que tout fait internationalement illicite de l'État engage sa responsabilité internationale. L'article

¹²⁹ *Affaire Jean-Baptiste Caire* (1929), 4 R.S.A. 529. Le président de la Commission épouse la position de Bourquin selon laquelle « la responsabilité internationale de l'État a un caractère purement *objectif* et qu'elle repose sur une idée de *garantie*, où la notion subjective de faute ne joue aucun rôle » (*Ibid.* à la p. 530). Dans le même sens, voir aussi *Affaire Chevreau* (1931), 2 R.S.A. 1113; *Affaire Neer* (1926), 4 R.S.A. 61; *Affaire Robert* (1926), 4 R.S.A. 80.

¹³⁰ Schwarzenberger, *supra* note 109 aux pp. 649-50.

¹³¹ Pour un aperçu historique du travail de la CDI et un examen des différents rapports, voir notamment James Crawford, *Les articles de la CDI sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. Introduction, texte et commentaires*, Paris, Pedone, 2003 aux pp. 1-5.

¹³² *Ibid.* à la p. 71.

deux précise les éléments constitutifs du fait illicite. Seuls deux éléments sont dégagés : un comportement attribuable à l'État en vertu du droit international et constitutif d'un manquement à une obligation juridique à sa charge.

La faute n'est donc plus une condition du fait internationalement illicite. Sauf si l'élément intentionnel est requis par la norme primaire elle-même. Par exemple, l'article 25 de la Convention XIII de La Haye de 1907 sur la neutralité maritime qui pose la négligence comme condition de la responsabilité des États neutres; ou l'article 22 de la Convention de Vienne de 1961 sur le droit des relations diplomatiques¹³³ qui prévoit une obligation de *due diligence* spéciale de l'État accréditaire envers la mission diplomatique, ou encore le *dolus specialis* requis par l'article II de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide.

Les disciples d'Anzilotti manifestent leur victoire. La CDI semble donc avoir définitivement clos le débat. Brownlie reconnaissait qu'en fin de compte, « *objective responsibility would seem to come nearer to being a general principle, and provides a better basis for maintaining good standards in international relations and for effectively upholding the principle of reparation* »¹³⁴.

Cependant, lorsqu'on examine soigneusement la teneur des débats au sein de la CDI, et le texte final de 2001, deux observations méritent d'être relevées. D'abord, il convient de noter que la faute ne joue aucun rôle dans la naissance de la responsabilité. L'État engage sa responsabilité lorsqu'il commet un *iniuria* au sens romain d'acte commis sans droit. Dans les cas d'omission, la diligence due est appréciée en fonction des critères purement objectifs. Cette solution de compromis a permis à la CDI d'éviter une discussion laborieuse et vraisemblablement infructueuse sur la faute en tant qu'élément essentiel ou non du délit. La deuxième observation à relever est la suivante : même si la faute subjective ne constitue pas une condition de l'illicéité, elle intervient incontestablement dans l'examen de certaines circonstances excluant l'illicéité notamment la force majeure. Le *dolus* ou intention délictueuse est aussi présente dans les cas exceptionnels de responsabilité dérivée que constitue la complicité. Le *dolus* et la *culpa* jouent un rôle important dans l'appréciation de l'étendue de la réparation. C'est dire donc que « la CDI, malgré les apparences n'a pas du tout exclu la faute du délit international »¹³⁵.

1. COMPLICITÉ ET INTENTION DÉLICTEUELLE

Au chapitre 4 du texte final de 2001, la CDI examine la délicate question de la responsabilité de l'État à raison du fait d'un autre État. Il y a lieu de relever que la « complicité » est, comme telle, une notion absente de l'actuelle terminologie du droit de la responsabilité internationale des États. La CDI a préféré une catégorie qui est présente dans les règles coutumières qui composent le droit général de la

¹³³ *Convention de Vienne sur les relations diplomatiques*, 18 avril 1961, 500 R.T.N.U. 95 (entrée en vigueur : 4 avril 1969).

¹³⁴ Brownlie, « Principes », *supra* note 121 à la p. 425.

¹³⁵ Gattini, *supra* note 101 à la p. 281.

responsabilité, celle de l'« aide ou assistance fournie par un État à la commission d'un fait illicite par un autre État. Mais cette aide ou assistance fournie, doit être soigneusement distinguée de la question de l'attribution des actes des particuliers selon le critère de l'instruction, du contrôle ou de la direction¹³⁶. Dans le contexte particulier de l'application du droit de la responsabilité internationale en matière de génocide par exemple, s'il était établi qu'un acte de génocide a été commis sur les instructions ou les directives d'un État, la conclusion qu'il conviendrait d'en tirer serait que ce génocide est attribuable à l'État, qui en serait responsable et aucune question de « complicité » ne se poserait à cet égard.

Les articles 16, 17 et 18 de ce chapitre 4 codifient donc les règles relatives à la complicité dans la commission du fait internationalement illicite. Il s'agit dans cette situation exceptionnelle, d'une responsabilité dérivée. Deux conditions cumulatives sont requises : l'État doit avoir agi « en connaissance des circonstances du fait internationalement illicite » et ce fait serait illicite « s'il était commis par cet État »¹³⁷. À ces deux conditions, il convient d'en ajouter une troisième : il faut que l'aide ou l'assistance ait été prêtée dans l'*intention* de faciliter la commission du fait illicite et qu'elle la facilite effectivement. L'article 16 est donc limité « aux cas où l'aide ou l'assistance prêtée est manifestement liée au comportement illicite ultérieur »¹³⁸. Le cadre limité de cette étude ne permettant pas une analyse approfondie du concept de complicité en droit international, disons sur ce point que la responsabilité de l'État ne peut être engagée pour complicité que si l'on prend en compte l'intention délictuelle¹³⁹.

2. FORCE MAJEURE ET FAUTE

Tout comme en matière de complicité, la faute comme attitude psychologique semble jouer un rôle dans l'appréciation de la force majeure en tant que « circonstances excluant l'illicéité ». En effet, comme on le sait, la CDI a consacré le chapitre 5 du texte final à ces différentes circonstances. En dépit de leur

¹³⁶ Sur la question du critère « global » ou « effectif », voir *Affaire sur les activités militaires et paramilitaires au Nicaragua (Nicaragua c États-Unis d'Amérique)*, [1986] C.I.J. rec. 14. à la p. 51, para. 86; *Affaire IT-94-1-A, Le Procureur c. Dusko Tadić*, IT-94-1, Arrêt relatif à la sentence (15 juillet 1999) (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel), en ligne : TPIY <http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/jud_supplement/supp6-f/tadic-f.htm>. Pour l'arrêt de la Chambre de première instance (1997), voir *Affaire IT-94-1-T, Le Procureur c. Dusko Tadić*, IT-94-1, Arrêt relatif à la sentence (15 juillet 1999) (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance). Voir aussi *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, Ordonnance du 13 septembre 1993, [1993] C.I.J. rec. 345, aux para. 425-450 et l'importante Opinion dissidente du vice président Al-Khasawneh.

¹³⁷ CDI, *Projet d'article sur la responsabilité de l'État*, *supra* note 2, art. 16 et 17.

¹³⁸ *Ibid.*, art. 16.

¹³⁹ Pour une analyse doctrinale de la notion de complicité, voir notamment John Quigley, « Complicity in International Law: A New Direction in the Law of State Responsibility » (1986) 57 *Brit. Y. B. Int'l L.* 77; John E. Noyes et Brian D. Smith, « State Responsibility and the Principle of Joint and Several Liability » (1988) 13 *Yale J. Int'l L.* 225; Bernhard Graefrath, « Complicity in the Law of International Responsibility » (1996) 29 *Rev. B.D.I.* 370.

apparente clarté, ces circonstances excluant l'illicéité soulèvent quelques interrogations. Par le jeu de l'intervention d'une de ces circonstances, doit-on considérer que le fait illicite n'a jamais existé ou au contraire doit-on constater le caractère illicite de l'acte mais ne pas attribuer les conséquences qu'une telle qualification emporte¹⁴⁰?

Quoi qu'il en soit, la force majeure désigne une situation où l'État est effectivement contraint d'agir d'une manière qui n'est pas conforme à ce que lui impose une obligation internationale à sa charge. Pour qu'il y ait force majeure excluant l'illicéité, il faut la réunion de trois éléments : a) le fait en question doit résulter d'une force irrésistible ou d'un événement imprévisible, b) qui échappe au contrôle de l'État considéré, et c) fait qu'il est matériellement impossible, étant donné les circonstances, d'exécuter l'obligation¹⁴¹.

La force majeure en tant que circonstances excluant l'illicéité est donc la « limite négative de la faute »¹⁴². Ce qui a pour effet de rendre *involontaire* le comportement de l'État. À cet égard, l'ancienne présidente de la CIJ, M^{me} Higgins, affirmait à juste titre « *all force majeure has done is to remove the existence of fault; it has excused a breach of an obligation, but it has not "precluded" it. A breach of international contract by reason of force majeure remains a breach; it merely means the breaching party has acted without fault* »¹⁴³.

3. ÉTENDUE DE LA RÉPARATION ET FAUTE

Dans la détermination des conséquences du fait illicite, toute la deuxième partie du texte final de 2001, il est difficile d'admettre que le *dolus* ou la *culpa* ne jouent aucun rôle. L'incidence de la faute dans les modalités et le degré de la réparation du délit international avait été soulignée par l'avant dernier rapporteur spécial Gaetano Arangio-Ruiz¹⁴⁴. Selon lui, « *whatever position the ILC may have taken in Part One of the draft Articles [l'origine de la responsabilité], it cannot take any further significant steps in Part Two [contenu de la responsabilité internationale]*

¹⁴⁰ Eric Wyler, *L'illicite et la condition des personnes privées. La responsabilité internationale en droit coutumier et dans la convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Pedone, 1995 à la p. 188. Pour la distinction entre circonstances excluant l'illicéité et circonstance excluant la responsabilité, voir notamment Roberto Ago, *Huitième rapport sur la responsabilité des États*, Doc. NU A/CN.4/318 (1979); Philippe Cahier, « Changements et continuité du droit international : cours général de droit international public » (1985) 195 Rec. des Cours 288; Jean Salmon, « Les circonstances excluant l'illicéité » dans Prosper Weil, dir., *Responsabilité internationale : Cours et Travaux*, Paris, Pedone, 1987, 89; Ago, *supra* note 3 aux pp. 532-33.

¹⁴¹ CDI, *Projet d'article sur la responsabilité de l'État*, *supra* note 2, art. 23.

¹⁴² Roberto Ago, « "Force majeure" et "cas fortuit" en tant que circonstances excluant l'illicéité: pratique des États, jurisprudence internationale et doctrine » (1978) Vol. II, 1^{re} Partie, *Annuaire de la Commission du droit international*, Doc. NU A/CN.4/315 66, au para. 13.

¹⁴³ Rosalyn Higgins, *Problems and Process. International Law and How we Use It*, Oxford, Clarendon Press, 1994 à la p. 161.

¹⁴⁴ Gaetano Arangio-Ruiz, *Deuxième rapport sur la responsabilité des États*, Doc. NU A/CN.4/425 & Corr.1 and Add.1 & Corr.1 (1989).

without exploring the impact of fault – dolus, culpa and the degree thereof – on the forms and degrees of reparation »¹⁴⁵.

La doctrine reconnaît donc que le *dolus* ou la *culpa* jouent un rôle important dans la détermination de la nature et l'étendue de la réparation¹⁴⁶, que cette réparation soit sous la forme de satisfaction, de dédommagement par équivalence ou compensation. La culpabilité « entre également aussi en ligne de compte dans l'appréciation de la réparation du dommage matériel »¹⁴⁷. La pratique internationale semble aller dans ce sens lorsqu'elle considère l'élément intentionnel comme circonstance aggravante. Telle a été la position de la Commission mixte de réclamation États-Unis/Mexique notamment dans l'affaire *Janes*¹⁴⁸, ou dans l'affaire *Venable*¹⁴⁹. Dans cette dernière affaire, la Commission avait admis: « *direct responsibility for acts of executive officials does not depend upon the existence on their part of aggravating circumstances such as an outrage, wilful neglect of duty, etc* [nos soulignements] »¹⁵⁰.

La *culpa* ou le *dolus* interviennent également dans la détermination de la réparation lorsque l'État lésé ou les États lésés ont contribué au dommage. C'est ce que prévoit l'article 39 de la CDI sur la responsabilité des États : « pour déterminer la réparation, il est tenu compte de la contribution au préjudice due à l'action ou à l'omission, *intentionnelle ou par négligence*, de l'État lésé ou de toute personne ou entité au titre de laquelle réparation est demandée [nos italiques] »¹⁵¹. Dans son commentaire, la CDI affirme que l'article 39 concerne les situations où le préjudice a été causé par le fait internationalement illicite d'un État qui, de ce fait, est responsable du dommage conformément aux articles 1 et 28, mais où l'État lésé ou la personne victime de la violation a contribué matériellement aux dommages par sa négligence ou par une action ou omission délibérée¹⁵²; c'est-à-dire s'il n'a pas veillé sur ses biens ou ses droits avec diligence. Ces genres de situations sont souvent désignés, dans les ordres juridiques nationaux, par les notions de « négligence contributive », « faute concurrente », « faute de la victime ».

La question de la prise en compte du comportement de la victime dans la détermination du montant de l'indemnité avait été indirectement abordée par la CIJ

¹⁴⁵ Gaetano Arangio-Ruiz, « State fault and the Forms and Degrees of International Responsibility : Questions of Attribution and Relevance » dans Michel Virally, dir., *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement*, Paris, Pedone, 1991, 25.

¹⁴⁶ Gattini, *supra* note 98 à la p. 282; Brownlie, « Law of Nations », *supra* note 104 aux pp. 45-46.

¹⁴⁷ Gattini, *ibid.* à la p. 283.

¹⁴⁸ *Affaire Laura M. B. Janes (États-Unis/Mexique)* (1925), 4 R.S.A.82. Pour un commentaire de cette affaire, voir notamment Edwin M. Borchard, « Important Decision of the Mixed Claims Commission United States and Mexico » (1927) 21 A.J.I.L. 516; James L. Brierly, « The Theory of Implied State Complicity in International Claims » (1928) 9 Brit. Y. B. Int'l L. 42; Clyde Eagleton, « Measure of Damages in International Law » (1929-1930) 39 Yale L. J. 52-75.

¹⁴⁹ *Affaire Venable (États-Unis/Mexique)* (1927), 4 R.S.A. 219.

¹⁵⁰ *Ibid.* à la p. 224.

¹⁵¹ Sur l'impact de la faute de la victime, voir notamment David J. Bederman, « Contributory Fault and State Responsibility » (1989-1990) 30 Va. J. Int'l L. 335.

¹⁵² CDI, *Projet d'article sur la responsabilité de l'État*, *supra* note 2, commentaire art. 39.

dans l'affaire *LaGrand*¹⁵³. Dans cette affaire, l'Allemagne, alléguant des violations de la *Convention de Vienne sur les relations consulaires*¹⁵⁴, avait introduit tardivement sa requête auprès de la CIJ. La Cour a reconnu que « l'Allemagne peut être critiquée pour la manière dont l'instance a été introduite et pour le moment choisi pour l'introduire »¹⁵⁵. La Cour a, par la suite, relevé que « les États-Unis étaient confrontés en l'espèce à de fortes contraintes de temps, résultant des conditions dans lesquelles l'Allemagne avait introduit l'instance »¹⁵⁶. Par conséquent, elle aurait pris ce facteur en considération si « la conclusion de l'Allemagne avait comporté une demande à fin d'indemnité »¹⁵⁷.

L'élément intentionnel joue un rôle prépondérant dans l'appréciation de la gravité de la violation d'une norme de *jus cogens* considérée comme « une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère »¹⁵⁸. Dans son commentaire à l'article 40, la CDI mentionne deux critères permettant de distinguer une violation grave d'une norme impérative du droit international général, des autres types de violations que l'on peut qualifier d'ordinaire. Le premier critère a trait à la nature de l'obligation violée, qui doit découler d'une norme impérative du droit international général. Le second porte sur *l'intensité de la violation*, qui doit avoir un caractère grave¹⁵⁹. Le *dolus* et la *culpa* interviennent donc dans la distinction qualitative entre les différents types de violations.

* * *

¹⁵³ *LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, [2001] C.I.J. rec. 466 [*LaGrand*]. Pour la doctrine, Voir notamment, Giuseppe Palmisano, « Les causes d'aggravation de la responsabilité des États et la distinction entre "crimes" et "délits" internationaux » (1993-1994) 98 R.G.D.I.O. 629; Bernhard Graefrath, « Responsibility and Damage Caused: relations between responsibility and damages » (1984) 185 Rec. des Cours 95; Brigitte B. Stern, *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale*, Paris, Pédone, 1973 aux pp. 265-300; Chistine D. Gray, *Judicial Remedies in International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1990 à la p. 23; *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, édition en ligne, « Fault », par Giuseppe Palmisano.

¹⁵⁴ *Convention de Vienne sur les relations consulaires*, 24 avril 1963, 596 R.T.N.U. 261 (entrée en vigueur : 19 mars 1967).

¹⁵⁵ *LaGrand*, *ibid.* à la p. 487, au para. 57.

¹⁵⁶ *Ibid.* à la p. 508, au para. 116.

¹⁵⁷ *Ibid.* Dans l'affaire du *Chemin de fer de la baie de Delagoa (Grande Bretagne, États-Unis/Portugal)*, les arbitres avaient conclu que: « toutes ces circonstances qui peuvent être alléguées à la charge de la compagnie concessionnaire et à la décharge du Gouvernement portugais atténuent la responsabilité de ce dernier, et justifient [...] une réduction de la réparation à allouer ». John Bassett Moore, *International Arbitrations*, vol. 2, 1900, à la p. 1865.

¹⁵⁸ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 R.T.N.U. 331, (entrée en vigueur : 27 janvier 1980), art. 53.

¹⁵⁹ CDI, *Projet d'article sur la responsabilité de l'État*, *supra* note 2, commentaire art. 40.

Lorsque l'on suit tant soit peu l'activité judiciaire de la CIJ ces dernières années, on est contraint d'admettre avec le professeur Dupuy que « le fait illicite se porte bien ! Tant du point de vue de sa fréquence que de sa validité théorique »¹⁶⁰. La Cour remplit désormais son rôle de garant de la légalité internationale en rappelant aux États, l'état du droit international positif à l'occasion du contentieux de la responsabilité. La CIJ considère d'ailleurs les articles de la CDI sur la responsabilité des États comme le reflet du droit international général. Telle a été sa position dans son arrêt en l'affaire de l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*¹⁶¹ sur la question de l'imputabilité. Pour la Cour, le fait illicite est constitué uniquement de deux éléments : un comportement consistant en une action ou omission, attribuable à l'État et constitutif d'une violation de ses obligations internationales. La faute, peu importe ses multiples acceptions, n'a pas sa place dans la naissance de la responsabilité.

Cependant, nous pensons qu'il ne suffit pas de renoncer à utiliser la notion de faute pour supprimer le phénomène qu'elle désigne. La sagesse de la CDI a consisté à éviter toute référence textuelle à la faute pour arriver à une solution de compromis, contournant ainsi la controverse doctrinale. Evans Malcolm reconnaissait lui-même cette attitude nuancée de la CDI à l'égard de la faute :

*the ILC Articles endorses a more nuanced view. Under Articles 2 [éléments du fait international illicite] and 12 [existence de la violation d'une obligation internationale], the international law of state responsibility does not require fault before an act or omission may be characterized as internationally wrongful. However, the interpretation of relevant primary obligation in a given case may well lead to the conclusion that fault is a necessary condition for responsibility in relation to that obligation, having regard to the conduct alleged.*¹⁶²

Mais quelle que soient la prudence et la volonté du juge ou de l'arbitre international de s'en tenir à la règle de droit, d'utiliser des critères objectifs d'appréciation de la *due diligence*, il n'échappe pas toujours aux sentiments subjectifs que suscitent en lui le comportement des États parties à un différend¹⁶³. Même lorsque le juge international détermine l'*iniuria* aux moyens d'un test objectif de responsabilité, il ne peut guère s'empêcher, dans la désignation de la forme et du degré de la réparation, de porter une appréciation d'ordre moral sur le comportement

¹⁶⁰ Pierre-Marie Dupuy, « Faute de l'État », *supra* note 5 à la p. 56.

¹⁶¹ *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro) (Mesures conservatoires)*, Ordonnance du 13 septembre 1993, [1993] C.I.J. rec. 345 au para. 385 : « La première de ces deux questions [l'imputabilité] renvoie à la règle bien établie, et qui constitue l'une des pierres angulaires du droit de la responsabilité internationale, selon laquelle le comportement de tout organe de l'État est considéré comme un fait de l'État selon le droit international, et engage par suite la responsabilité dudit État s'il constitue une violation d'une obligation internationale qui s'impose à ce dernier. Cette règle, qui relève du droit international coutumier, est énoncée à l'article 4 de la CDI sur la responsabilité de l'État ».

¹⁶² Evans D. Malcolm, *International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003 à la p. 460.

¹⁶³ Perrin, *supra* note 106 à la p. 136. Voir également Dupuy, « Faute de l'État », *supra* note 5 à la p. 55.

des autorités étatiques en jeu. Le problème des différents degrés de la faute dans le délit international, comme le disait Ago, retient l'attention dans la question de l'étendue de la réparation beaucoup plus que dans celle de l'existence du délit¹⁶⁴. On est bien tenté de dire que *la faute est morte, vive la faute!*

¹⁶⁴ Ago, *supra* note 3 à la p. 498.