

The Bookshelf / La bibliothèque

Les Rapports de Roberto Ago à la C.D.I. sur la Responsabilité des États

ALAIN PELLET*

Dans le premier "bookshelf" paru dans le *Forum du droit international*, Sir Robert Jennings affirmait: "no one can become a good lawyer, least of all a good international lawyer, by reading law books". Sans doute; mais il n'est pas interdit de lire quand même parfois du droit ... Au risque de paraître "polar", ce sont des études doctrinales passablement techniques, que j'ai retenues: les rapports que Roberto Ago a présentés à la Commission du Droit international sur "La responsabilité des États".

Ces huit rapports, qui s'étalent de 1969 à 1980, constituent une somme, à mes yeux inégalée (dans le genre) d'érudition, de raffinement de la pensée et d'intelligence juridique tendue vers le progrès du droit international. On peut les lire dans les *Annuaire*s de la C.D.I.¹; en outre, à l'exception du deuxième (dont l'essentiel est repris dans le suivant), ils ont été, très opportunément, reproduits par la Faculté de Droit de Camerino, dans un ensemble de trois volumes présentant tous les travaux d'Ago sur la responsabilité internationale², ce qui présente l'immense avantage de permettre une lecture continue et la mise en perspective d'une pensée mûrie par plus de trois décennies de réflexion³.

Ces textes denses et subtils sont, à certains égards, une œuvre de commande: élus par la C.D.I., les Rapporteurs spéciaux sont au service de la Commission et

* Professeur à l'Université de Paris X-Nanterre; Membre et ancien Président de la C.D.I., Rapporteur spécial sur les "Réserves aux traités".

¹ *Annuaire*, vol. II, 1969, pp. 129-146; 1970, vol. II, pp. 189-211; 1971, vol. II, 1ère partie, pp. 209-289; 1972, vol. II, pp. 77-174; 1976, vol. II, 1ère partie, pp. 3-57; 1977, vol. II, 1ère partie, pp. 3-47; 1978, vol. II, 1ère partie, pp. 29-57; et 1979, vol. II, 1ère partie, pp. 3-69; l'additif au 8ème rapport a été publié en 1980, vol. II, 1ère partie, pp. 13 et seq.

² Roberto Ago, *Scritti sulla responsabilità internazionale degli Stati*, Jovene editore, 1986, vol. II-1, pp. 303-899 et vol. II-2, pp. 901-1402; précieux index (en italien) (vol. II-2, pp. 1403-1484).

³ V. les études reproduites in *Scritti ...*, préc., et, en particulier, le cours professé en 1939 à l'Académie de Droit international, "Le délit international", *R.C.A.D.I.* 1939, vol. 68, pp. 415-554 (*Scritti ...*, vol. 1, pp. 141-269).

doivent tenir compte des réactions de ses Membres. Mais la forte personnalité d'Ago, son adresse aussi, lui ont permis d'imprimer, à travers ses huit rapports, sa marque sur un chapitre central du droit international car la responsabilité est l'institution la plus nécessaire au droit des gens et, à vrai dire, au droit "tout court": sans responsabilité, pas de droit.

S'agissant de la responsabilité des sujets souverains que sont les États, un problème particulier se pose: comment concilier le concept de souveraineté, l'*imperium*, avec celui de responsabilité? comment une entité qui ne se reconnaît aucune autorité supérieure pourrait-elle être responsable, comptable de ses actes? et envers qui? et devant qui? Adroitement, Ago a toujours soigneusement évité de poser le problème en ces termes. Tout au plus fait-il allusion aux positions doctrinales, d'Anzilotti ou de Charles de Visscher (des auteurs que tout sépare) notamment, qui se sont employées à expliquer cet apparent mystère⁴; mais il se garde de reprendre l'une quelconque de ces thèses: peu importe explique-t-il en substance, la responsabilité est un fait d'observation. Ceci ne veut pas dire qu'il se défie des constructions théoriques: il est lui-même un théoricien; tout son art a consisté à "imposer" sa propre théorie de la responsabilité internationale mais il la défend en se fondant sur l'observation des faits et non en partant d'*a priori* doctrinaux à la manière d'un Kelsen, pour les thèses duquel il manifeste peu de goût et dont il critique le "manque d'adhérence à la réalité"⁵.

D'emblée, le Rapporteur spécial manifeste "sa préférence pour l'application d'une méthode essentiellement inductive plutôt que pour la déduction de prémisses théoriques, chaque fois que la prise en considération de la pratique des États et de la jurisprudence permet de suivre une telle méthode"⁶. D'où la construction, presque immuable, de ses rapports: conformément à l'usage, ils justifient des projets d'articles soumis à la critique de la Commission; chaque projet est introduit par de longues études présentant, dans cet ordre, la jurisprudence internationale, la pratique des États et les opinions doctrinales pertinentes, quitte à écarter "[l]es complications dues à des prises de position théoriques et aprioristes" en découlant⁷.

Il arrive pourtant que l'éminent juriste ruse avec les règles qu'il s'est lui-même fixées. L'un des exemples les plus frappants de telles dérives est constitué par les

⁴ 3ème rapport, par. 31.

⁵ *Ibid.* par. 27; v. aussi, par exemple, par. 59; 8ème rapport, par. 50 ou l'additif au 8ème rapport, note 263.

⁶ 3ème rapport, par. 13.

⁷ 5ème rapport, par. 7.

longs développements qu'il consacre, dans son sixième rapport, à la règle de l'épuisement des recours internes⁸. Ici, par exception à son attachement proclamé à la méthode inductive, il pose d'abord des principes théoriques qu'il défend ensuite en critiquant les pratiques et les thèses contraires (dont il prétend, contre toute raison, qu'elles "n'apportent pas un démenti formel" à la sienne). À cette occasion, Ago s'en prend avec une certaine vigueur, à l'arrêt de la C.P.J.I. de 1938 dans l'affaire relative aux *Phosphates du Maroc* dont il donne une interprétation "pro-italienne" fort contestable¹⁰. Très jeune, il avait été conseil et avocat de l'Italie dans cette affaire; petites des grands esprits ...

Grand esprit, Ago n'est pas un pur esprit: tout son travail est tendu vers un but: servir les "véritables intérêts de la communauté internationale"¹¹. D'où ce mélange de hauteur de vues et de roublardise qui caractérise toute son œuvre de Rapporteur spécial: il s'agit d'ancrer dans le droit les avancées et les tendances qu'il dégage tout en faisant preuve de réalisme de façon à emporter l'adhésion. Et de mettre en œuvre à cette fin toute une panoplie de "tactiques de communication", dont les "ficelles" peuvent paraître, parfois, un peu "grosses" avec le recul du temps mais auxquelles ses contemporains, dont on peut difficilement penser qu'ils s'en laissent compter – la Commission était composée de Lachs, Jimenez de Arechaga et autres Reuter ... –, ont eu l'élégance de se laisser prendre. Et d'abord celle-ci, qui consiste à donner à penser que lui, Ago, n'a rien inventé et que les points les plus délicats de ses positions viennent du tréfonds de la Commission unanime¹². Mais il

⁸ Pars. 47-113.

⁹ Par. 54.

¹⁰ Pars. 66-69; v. aussi les critiques assez vives qu'il adresse au même arrêt à propos de la difficile question du *tempus commissi delicti*, 7ème rapport, pars. 26-32; pour les mêmes positions, assez "revanchardes", v. "La regola del previo esaurimento dei ricorsi interni in tema di responsabilità internazionale" publié dès 1938 in *Archivio diritto internazionale diritto pubblico*, pp. 178-249, reproduit in *Scritti ...*, préc., vol. I, pp. 61-130; dans le même esprit, il est significatif qu'Ago porte aux nues l'opinion *dissidente* de Morelli contre la position de la majorité de la Cour dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, 6ème rapport, pars. 75-76.

¹¹ 5ème rapport, par. 31.

¹² Cf. l'extraordinaire exercice auquel Ago se livre à propos du crime international de l'État dans son 5ème rapport dans lequel il enferme ses collègues dans leurs prises de position antérieures – qu'il sollicite passablement (pars. 144-145). Sept ans se sont écoulés entre la nomination d'Ago comme Président de la Sous-Commission sur la responsabilité des États (en 1962 – il n'a été formellement nommé Rapporteur spécial que l'année suivante) et son premier rapport; il a, à l'évidence, utilisé cette longue période pour "préparer ses collègues" à l'approche, très nouvelle, qu'il préconisait, même si la véritable raison de ce délai tient sans doute à ses multiples occupations (de Conseil notamment) par ailleurs.

est d'autres techniques, plus subtiles, auxquelles le Rapporteur spécial recourt abondamment:

- l'“évitement” des “sujets qui fâchent” lorsqu'ils ne sont pas strictement indispensables à l'avancée du projet; ainsi de l'abus de droit, auquel, dans son troisième rapport, il annonce son intention de s'intéresser plus tard¹³, mais qu'il se gardera bien d'aborder ultérieurement;
- la présentation, d'abord prudente – ce qui “rassure” les opposants potentiels –, d'évolutions incertaines pour conclure fermement en faveur du développement progressif dans le sens lui paraissant souhaitable¹⁴;
- la progression implacable des raisonnements; Ago part souvent “en douceur”, avançant avec prudence des thèses hardies, présentées d'abord au conditionnel, pour enfermer le lecteur dans un syllogisme dont il ne peut s'échapper – et l'on comprend, à la lecture des longs développements du cinquième rapport sur le crime international de l'État¹⁵ que l'unanimité des Membres de la Commission se soit faite, en 1976, sur cette notion pourtant si controversée; ou
- la rupture avec l'approche de son prédécesseur, Frederico García Amador, dont il souligne abondamment (et non sans raison) qu'elle a mené la C.D.I. à une impasse: en limitant le sujet à la “responsabilité de l'État à raison des dommages causés à la personne ou au bien des étrangers”, celui-ci a compliqué plutôt que simplifié l'approche du sujet; “la codification de ce secteur spécial finit par être plus ardue que celle des règles générales concernant la responsabilité tout court”¹⁶.

Cette rupture est probablement le premier trait de génie de Roberto Ago: comme lors de la préparation de la Conférence de codification de la S.d.N. de 1930, la limitation de l'étude à ce sujet particulier par le premier Rapporteur spécial de la C.D.I. sur la responsabilité des États, avivait des controverses, idéologiques et politiques, trop vives pour être surmontées et l'on s'engageait dans la tâche impossible

¹³ Par. 69.

¹⁴ Pour des plaidoyers en faveur d'un développement progressif décidé en ce qui concerne surtout le “contenu” de la responsabilité, v. par exemple 1er rapport, par. 16 ou 5ème rapport, par. 11.

¹⁵ Pars. 72 à 155. Dans le même rapport, la démonstration portant sur la “viguer de l'obligation internationale” (pars. 37-71) est également un chef d'œuvre de raisonnement juridique.

¹⁶ 1er rapport, par. 56.

de “codification du droit international tout entier”¹⁷. “Le maintien d’une confusion avec des sujets différents était certainement l’une des raisons qui empêchaient cette matière de devenir mûre pour une codification. C’est notre conviction ferme que, aux fins d’une codification, la responsabilité internationale des États doit être prise en considération en tant que situation découlant du manquement par un État à une obligation juridique internationale, quelles que soient la nature de cette obligation et la matière à laquelle elle se réfère”¹⁸.

Cette “épuration” de la notion de responsabilité débouche sur une autre intuition géniale: en conséquence, Ago appelle la Commission à s’en tenir à la codification des règles “secondaires”, par opposition aux normes “primaires” traditionnellement envisagées. Cette distinction fait inévitablement penser à celle de Hart¹⁹; mais elle est beaucoup plus simple puisque, pour le Rapporteur spécial, les règles secondaires sont tout simplement celles qui s’attachent à déterminer les conséquences d’un manquement aux obligations établies par les règles primaires, qui, “dans un secteur ou un autre des relations interétatiques, imposent aux États des obligations déterminées”²⁰.

En même temps, Ago “débarasse” le sujet dont il a la charge de l’une de ses ambiguïtés majeures: il ne traiterait que de la responsabilité pour faits internationalement illicites²¹ à l’exclusion de celle pouvant découler d’activités compatibles avec le droit international: “Le fait d’être tenu d’assumer les risques éventuels de l’exercice d’une activité légitime et celui de devoir faire face aux conséquences – pas nécessairement limitées à un dédommagement – qu’entraîne la violation d’une obligation juridique ne sont pas des situations comparables”²².

La définition du sujet, ainsi épuré de toutes les scories qui l’encombraient traditionnellement, n’en est pas étroite pour autant: le Rapporteur spécial désigne par l’expression “responsabilité internationale” “*toutes les formes de relations juridiques nouvelles qui peuvent naître en droit international du fait illicite d’un État*”²³. “Toutes

¹⁷ 5ème rapport, par. 7.

¹⁸ 1er rapport, par. 6.

¹⁹ V. H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1984, pp. 77 et s.

²⁰ 3ème rapport, par. 15; v. aussi par. 143 ou 2ème rapport, par. 7.

²¹ Titre qu’il proposait de retenir pour son étude (3ème rapport, par. 20) et qui a été finalement adopté par la Commission ... en 2001, sur la suggestion du dernier Rapporteur spécial sur le sujet, James Crawford.

²² 3ème rapport, par. 20; v. aussi par. 5.

²³ *Ibid.*, par. 43 – italiques dans le texte; v. aussi les pars. 16, 32 ou 40.

les formes”, ceci inclut ce qu’il appelle les “sanctions” et que le projet final désigne par l’expression “contre-mesures”²⁴, ce qui n’a pas simplifié la vie de ses successeurs mais était dans la droite ligne de son approche générale.

Plus profondément encore, une autre grande novation due à Ago tient à cette définition de la responsabilité internationale de l’État, ramenée ainsi à un fait générateur unique: le fait internationalement illicite, ce que traduit le projet d’article 1^{er} proposé dès 1971, et demeuré inchangé à travers tous les avatars du projet, jusqu’à son adoption finale en 2001:

“Tout fait internationalement illicite d’un État engage sa responsabilité internationale”²⁵.

Ceci peu sembler anodin; c’est extrêmement lourd de conséquences: le dommage, traditionnellement considéré comme l’un des éléments constitutifs de la responsabilité, au même titre que le fait illicite ou l’attribution, se trouve exclu de cette définition: “Commettre un fait internationalement illicite veut dire, pour un État, commettre, par une action ou une omission qui lui est attribuée, un manquement au respect d’une obligation de droit international envers un autre État, et non pas causer un dommage à cet État”²⁶. Et les conséquences de cette exclusion sont énormes. À deux points de vue surtout:

- en premier lieu, d’”inter-subjective” qu’elle était, la responsabilité internationale devient “objective” en ce sens que c’est la violation du droit international par elle-même qui se trouve “sanctionnée” par l’engagement de la responsabilité; ceci ne signifie pas que le dommage ne joue aucun rôle dans les mécanismes de sa mise en œuvre; il demeure, dans la majorité des cas, une condition nécessaire à la réparation; mais dans la majorité des cas seulement car,

²⁴ V. les articles 49 à 53 du projet d’articles de 2001, annexé à la résolution 56/83 de l’Assemblée générale du 12 décembre 2001. Bien qu’il n’eût pas été à l’origine de cette partie du projet d’articles, adopté sur les rapports de G. Arangio-Ruiz et de James Crawford, Ago avait, sur les contre-mesures, des vues prémonitoires (cf. son 3^{ème} rapport, par. 39).

²⁵ 3^{ème} rapport, par. 48; v. aussi le projet d’article 2 (“Conditions de l’existence d’un fait internationalement illicite”): “Il y a fait internationalement illicite lorsque: *a*) un comportement consistant en une action ou une omission est attribuée à l’État en vertu du droit international; *b*) ce comportement constitue un manquement à une obligation internationale de l’État” (*ibid.*, par. 75).

²⁶ 4^{ème} rapport, par. 69. Autre preuve de son extraordinaire adresse, Ago “passe” assez rapidement sur ce qui constitue pourtant une révolution par rapport à la conception traditionnelle de la responsabilité internationale (v. 3^{ème} rapport, pars. 73-74).

- en second lieu, la définition retenue ouvre la voie à une nouvelle notion extrêmement féconde et “moderne”, dont Ago a été le concepteur, le promoteur et le défenseur convaincu²⁷, celle de “crime international de l’État” longuement explorée et défendue dans son cinquième rapport²⁸.

Le présent *bookshelf* n’est pas le lieu d’évoquer les controverses passionnées que la notion de crime de l’État a suscitées²⁹. Il suffit de dire qu’une fois Ago élu à la Cour internationale de Justice, ses successeurs comme Rapporteurs spéciaux sur la responsabilité internationale de l’État ne l’ont pas défendue avec toute l’ardeur qu’elle méritait même si les professeurs Arangio-Ruiz (nettement) et James Crawford (moins clairement) ont fini par en apercevoir les mérites – mais trop tardivement pour en tirer toutes les conséquences qu’il eût fallu. Toutefois, si le mot “crime” a disparu du projet finalement adopté par la C.D.I. en 2001, l’idée que tous les faits internationalement illicites ne produisent pas les mêmes conséquences et que certains d’entre eux appellent des réactions de la part de tous les membres de la communauté internationale a été “sauvée”³⁰.

Au-delà du “crime” (maintenant dénommé “violation grave par l’État d’une obligation découlant d’une norme impérative du droit international général”), ce projet porte la marque puissante de la pensée rigoureuse et novatrice de l’immense internationaliste que fut Ago. Sans doute n’a-t-il pas mené jusqu’au bout la tâche

²⁷ Même s’il est loin d’être exclu que, en la promouvant, Ago, ait voulu donner des “gages” aux “progressistes” (de l’époque) et, notamment, à la doctrine soviétique: il avait publié, en 1960, dans la revue qu’il dirigeait, *Comunicazione e Studi*, un article de G. Tunkin sur le concept de crime qui l’avait beaucoup marqué.

²⁸ Pars. 72-155. La distinction entre crimes et délits internationaux est déjà en germe dans le cours précité d’Ago à l’Académie de La Haye.

²⁹ V. notamment trois articles que je lui ai consacrés: “Vive le crime! Remarques sur les degrés de l’illicite en droit international”, in C.D.I., *Le droit international à l’aube du XXIème siècle – Réflexions de codificateurs*, Nations Unies, New York, 1997, pp. 287-315; “Can a State Commit a Crime? Definitely, Yes!”, *E.J.I.L.* 1999, vol. 10, no. 2, pp. 425-434; “Le nouveau projet de la C.D.I. sur la responsabilité de l’État pour fait internationalement illicite – *Requiem* pour le crime?”, à paraître in *Mélanges Antonio Cassese*, Kluwer, La Haye, 2002; pour des considérations plus générales sur le projet de la C.D.I. (et l’apport de Roberto Ago), v. notamment: “Remarques sur une révolution inachevée – Le projet de la C.D.I. sur la responsabilité des États”, *Annuaire français de droit international* 1996, pp. 7-32; “La codification du droit de la responsabilité internationale: Tâtonnements et affrontements”, in Boisson de Chazournes et V. Gowlland-Debbas dirs., *L’ordre juridique international, un système en quête d’équité et d’universalité*, Liber Amicorum Georges Abi-Saab, Kluwer, La Haye, 2001, pp. 285-304.

³⁰ V. notamment les articles 40, 41, 49 et 54 du projet.

entreprise puisque ses rapports ne portent que sur la première partie du projet adopté en première lecture, consacrée à l'“origine de la responsabilité”; sans doute, certaines de ses intuitions sont-elles moins heureuses que d'autres (outre son aveuglement en ce qui concerne l'épuisement des recours internes, je pense, par exemple à sa conception, fort contestable, de l'opposition entre obligations de comportement et de résultat ou à sa position, sans nuance, sur les “circonstances excluant l'illicéité”); sans doute, ses successeurs n'ont-ils pas toujours été fidèles à sa pensée. Il reste que, globalement, il est sans doute peu d'auteurs qui aient contribué à ancrer dans le droit positif des évolutions d'aussi grande portée. L'opiniâtreté, l'adresse, la force de conviction dont il a su faire preuve, l'énorme somme de travail qu'il a fournie, la limpidité de son expression, lui ont permis d'utiliser la tribune de la C.D.I. comme un puissant levier pour faire évoluer le droit et le mettre plus en harmonie avec les besoins de la société internationale contemporaine.

Après Ago, le droit international n'est plus tout à fait ce qu'il était avant lui; ses huit rapports ont été le véhicule efficace d'une pensée rigoureuse et attachante. Ils demeurent des modèles du genre, à ce jour inégalés, et probablement insurpassables.