

Jacques LENOBLE

Premier assistant
Université Catholique de Louvain

Responsabilité internationale des Etats et contrôle territorial

**Tiré à part
de la Revue Belge
de Droit International
1/81-82**



BRUYLANT

RESPONSABILITE INTERNATIONALE DES ETATS ET CONTROLE TERRITORIAL

Jacques LENOBLE

Premier assistant

Université Catholique de Louvain

A propos de la question de savoir si les faits « internationalement illicites » d'une personne privée sont rattachables à l'Etat, sujet de droit international, R. Ago a pu écrire : « c'est un sujet autour duquel les internationalistes ont souvent aimé faire des joutes ; ce qui fait qu'à côté des explications classiques et plus largement acceptées, on s'est évertué à en donner d'autres dans lesquelles l'esprit spéculatif prime parfois sur l'intention de se conformer à la réalité des faits » (1). Au vu d'une telle constatation l'on aurait quelque scrupule à prétendre adjoindre une nouvelle lecture théorique de la pratique internationale en la matière. Notre propos se situe ailleurs. Il ne s'agit point tant, en effet, pour nous de proposer une nouvelle présentation des règles du droit positif en la matière que de dégager au travers de la présentation traditionnelle certains *a priori* théoriques susceptibles d'être interrogés sur base de ce même droit positif. Notre réflexion se veut donc limitée : elle prend pour axiome la conformité au droit international en vigueur des règles dégagées de la jurisprudence internationale et de la pratique des Etats par le professeur Ago dans ses remarquables rapports à la Commission du Droit International. Elle visera, cependant, à montrer que la lecture classique du droit positif, de se construire sur la dichotomie organe-individu, risque de méconnaître d'une part l'unité foncière du jeu des règles de la responsabilité internationale — unité qui trouve à s'exprimer dans la liaison du concept de la responsabilité internationale des Etats au concept de contrôle territorial — et d'autre part la spécificité technique du fonctionnement de la normativité internationale, à tout le moins dans notre question, qui trouve à s'exprimer dans le principe d'effectivité et le rapport du fait au droit qu'induit ce

(1) R. AGO, Quarto rapporto sulla responsabilità degli Stati, presentato dal relatore speciale Roberto Ago alla XXIV sessione (1972) — Commissione del Diritto Internazionale, *Riv. di diritto intern.*, 1973, p. 630 (doc. A/CN.4/264c Add 1 — § 274).

principe. Cette double perspective théorique n'est pas sans retombées positives : nous essayerons de les esquisser en finale.

* * *

Il importe, dans un premier temps, de rappeler très succinctement les principes de droit positif.

Comme M. Ago, dans son troisième rapport précité, l'a indiqué, les règles relatives à la responsabilité internationale des Etats pour les faits internationalement illicites s'ordonnent autour de trois problèmes : la détermination des principes sur base desquels il peut être établi, à la charge d'un Etat, l'existence d'un fait internationalement illicite, celle des conséquences que le droit international attache à l'établissement d'un tel fait à charge de l'Etat et enfin celle des normes réglant la mise en œuvre de la responsabilité internationale. Seules les règles relatives au premier de ces trois problèmes nous retiendront ici. A ce niveau, il est communément admis que la reconnaissance d'un fait internationalement illicite de l'Etat nécessite le respect d'une double condition : le fait considéré doit être « imputable » ou « rattachable » à l'Etat et, par ailleurs, le même fait doit traduire un manquement à une obligation internationale.

Un fait internationalement illicite n'est considéré comme imputable à l'Etat que s'il a pour auteur un individu, un groupe ou une collectivité qui, au regard de l'ordre juridique interne de cet Etat, a la qualité d'organe de celui-ci ou d'un établissement public, d'une autre institution publique autonome ou encore d'une collectivité publique territoriale et qui agit en cette qualité.

Le fait internationalement illicite d'un organe agissant *qualitate qua* est ainsi considéré comme imputable à l'Etat, sans qu'il puisse être excipé ni de la position de l'organe dans la répartition des pouvoirs et dans la hiérarchie interne ni, hors le cas d'une incompétence manifeste, d'un excès de pouvoir au sens large que traduirait le fait de l'organe.

Par ailleurs le même principe signifie que le comportement d'un particulier ou d'un groupe de particuliers agissant en tant que tels ne peut être rattaché à l'Etat au regard de l'ordre juridique international, sous réserve du droit d'imputer à l'Etat un comportement internationalement illicite adopté par un de ses organes à l'occasion du fait du particulier.

Sans rentrer, ici, dans l'analyse des divers problèmes relatifs à la détermination de l'élément objectif qu'est l'illicéité internationale d'un fait, retenons simplement le principe général applicable à cette question et une de ses modalisations, celle qui nous intéressera plus dans la suite du raisonnement. Le principe général qui s'impose d'évidence est qu'un comportement rattachable à l'Etat, sujet de droit international, sera considéré comme illicite et, par là, générateur de responsabilité internationale lorsque, toute cause ex-

onératoire de responsabilité présumée inexistante, par ce comportement l'Etat viole une obligation internationale qui s'impose à lui au moment de l'accomplissement du fait considéré. Si les conditions d'application du principe ne sont point modalisées en raison de la source de l'obligation internationale, tout autre est l'incidence du contenu de l'obligation sur les conséquences et la détermination de la violation de celle-ci. Référence est ici faite non seulement à l'incidence de la gravité de la violation opérée sur la nature de l'infraction, qualifiable de crime ou de délit international, mais aussi et surtout, pour ce qui nous concerne, aux distinctions à opérer suivant que l'obligation requiert de l'Etat l'adoption d'un comportement déterminé ou uniquement l'obtention d'un résultat et enfin, dans le cadre de cette dernière hypothèse, suivant qu'il est permis ou non à l'Etat de remédier à un premier comportement incompatible avec le résultat exigé. Le simple énoncé de ces dernières distinctions traduit par lui-même leur incidence sur la détermination du moment où pourra être considérée comme violée par l'Etat l'obligation qui s'impose à lui et, de ce fait, du moment où naîtra la responsabilité internationale. Enfin une dernière espèce d'obligation internationale du point de vue de son contenu doit encore être relevée pour son incidence sur l'existence de l'élément objectif du fait générateur de responsabilité internationale : il s'agit de l'obligation qui met à charge de l'Etat de prévenir un événement donné. Dans cette dernière hypothèse, la responsabilité de l'Etat ne naîtra que du moment où, en raison du défaut de prévention de l'Etat, l'événement dont question se produit.

Telles sont les règles de droit positif, ici simplement esquissées parce que bien connues, sur lesquelles nous nous appuyons dans ce qui suit.

* * *

De ce qui précède se dégage une considération dominante. Tant la question de l'imputabilité que celle de l'illicéité ne paraissent, au regard de la présentation classique faite du droit international positif, pouvoir être résolues que moyennant des divisions conceptuelles préalables : division dichotomique pour la question de l'imputabilité puisque le dispositif de la norme internationale varie suivant la qualité publique ou privée de l'auteur du fait considéré ; division dichotomique aussi pour la question de l'illicéité puisque le mode de réalisation de la responsabilité, et conséquemment la prise en considération normative du fait de l'Etat, varie eu égard à la qualification de l'obligation internationale : obligation de comportement spécifique ou obligation de résultat.

C'est une telle présentation, ainsi doublement dichotomique, que nous voudrions maintenant interroger pour tenter de voir si ces régimes différenciés ne traduisent pas une unité foncière qui trouverait à s'exprimer dans le critère du contrôle territorial.

A. ELEMENT SUBJECTIF DE LA RESPONSABILITE INTERNATIONALE : IMPUTABILITE ET CONTROLE

Les controverses théoriques relatives aux fondements des règles d'imputabilité, on le sait, ont été nombreuses. Un rappel de leurs lignes de force nous aidera à situer notre propre réflexion.

On peut ramener les positions théoriques à deux courants opposés. Un premier courant, dont le caractère sophistiqué du raisonnement n'est point à négliger, consiste à poser pour axiome qu'un fait internationalement illicite n'est logiquement rattachable à l'Etat que s'il a pour auteur un organe de cet Etat. Sur base de cette prémisse deux syllogismes complexes ont été construits.

Suivant un premier groupe d'internationalistes à la tête duquel nous trouvons D. Anzilotti (2), H. Triepel (3) et K. Strupp (4), du fait que la qualité d'organe ne peut se définir que sur base des règles de droit public interne propres à l'Etat considéré, ce ne peut être, soulignent ces auteurs à titre principal, que par contravention aux règles de la logique et pour des raisons de pure opportunité que le droit international peut ainsi qualifier de faits étatiques les comportements d'organes ayant agi en excédant leur compétence ou en contravention avec les règles de droit interne prescrivant leur fonctionnement.

Sur base de la même prémisse, un second groupe d'auteurs, au sein duquel on retrouve, notamment, G. Balladore Pallieri (5) et le juge G. Morelli (6), aboutit à des conclusions quasiment opposées : le rattachement à l'Etat par l'ordre juridique international traduit, lui-même, la détermination de l'organisation de cet Etat. Au terme d'une telle conception, le droit international ne se voit pas seulement attribuer pouvoir de définir les normes de rattachement d'un fait à un de ses sujets, l'Etat, mais aussi pouvoir de définir l'organisation interne de ce sujet.

Un second courant a pour principal représentant R. Ago (7). L'idée défendue est qu'il faut dissocier deux opérations logiquement distinctes : l'établissement de l'organisation de l'Etat et le rattachement par le droit international en qualité de fait de l'Etat de certains comportements.

(2) D. ANZILOTTI, *Il diritto internazionale nei giudizi interni*, Bologne, Zanichelli, 1905, réimprimé dans *Scritti di diritto internazionale pubblico*, Padoue, CEDAM, 1956, vol. II, t. 1er, pp. 429 et ss.

(3) H. TRIEPEL, *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig, Mohr (Siebeck), 1899, p. 349.

(4) K. STRUPP, « Das völkerrechtliche Delikt » in *Handbuch des Völkerrechts*, Stuttgart, Kohlhammer, 1920, t. III, 1re partie, pp. 37 et ss.

(5) G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto internazionale pubblico*, 8e ed., Milan, 1962, pp. 123-124.

(6) G. MORELLI, *Nozioni di diritto internazionale*, 7e ed., Padoue, CEDAM, 1967, pp. 185-187.

(7) R. AGO, Troisième rapport sur la responsabilité des Etats à la Commission du Droit International, *Annuaire de la Commission du Droit International*, 1971, vol. II, 1re partie, Doc. A/CN.4/246 et Add. 1 à 3, § 116-121.

L'établissement de l'organisation de l'Etat est effectué par le biais d'une réglementation propre à l'ordre juridique étatique. Cette organisation, cependant, reste, pour le système juridique qu'est l'ordre juridique international, « un simple fait, de même que sont de simples faits les critères du droit interne qui en gouvernent l'action. Il n'y a là qu'une application du principe général reconnu par la Cour permanente de justice internationale dans son arrêt n° 7 du 25 mai 1926 et confirmé par elle dans des décisions ultérieures, suivant lequel « au regard du droit international (...) les lois nationales sont de simples faits » (8).

Ceci explique que l'organisation interne que l'Etat s'est donnée est une donnée de fait à laquelle le droit international lie certaines de ses déterminations. La liberté, cependant, du droit international est entière : d'autres critères de qualification peuvent intervenir dans la définition des hypothèses auxquelles ce système juridique adjoint les dispositifs considérés. Ainsi ce n'est pas parce qu'au plan international certains faits de personnes n'étant point organes au regard du droit interne sont qualifiés de faits étatiques qu'il faut pour autant considérer qu'il y a soit contravention aux règles de la logique, soit immixtion du droit international dans l'établissement de l'organisation de l'Etat.

A propos de cette double lecture théorique des problèmes engagés par la question de l'imputabilité, une triple considération nous paraît devoir être faite qui prendra pour point de départ la critique opérée par M. Ago à l'encontre de la première perspective théorique.

1. Si le raisonnement de R. Ago nous paraît valable dans sa conclusion quant à la mise en cause de la prémisse qui préside aux deux syllogismes qui définissent le premier courant théorique, son point de départ ne semble pas à l'abri de certaines interrogations.

Ce qui justifie, en effet, la nécessaire dissociation de l'opération d'établissement de l'organisation de l'Etat et de l'opération de rattachement à l'Etat, aux fins d'engendrement de la responsabilité internationale de ce dernier, de faits internationalement illicites n'est ni l'affirmation selon laquelle l'organisation de l'Etat serait « en soi » affaire de droit interne ni, conséquemment, la liberté propre du droit international à l'égard de cette réglementation interne en vue de l'élaboration de ces propres hypothèses normatives.

Rien, au niveau logique, ne justifie la liaison quasi ontologique ainsi affirmée entre organisation de l'Etat et ordre juridique interne.

La concurrence de divers ordres juridiques, en l'espèce l'ordre juridique interne de l'Etat et l'ordre juridique international, traduit la possibilité théorique de l'établissement d'une double organisation de l'Etat : c'est que la logique du discours normatif est telle que, de droit, rien ne vient limiter son emprise sur les hypothèses qu'il entend régir si ce n'est les limites qu'il entend d'autorité respecter. En filigrane d'un pluralisme de fait, se repère un monisme de droit qui est lié à la maîtrise tautologique de la norme sur sa propre

(8) R. AGO, *op. cit.*, § 117.

sphère d'application. Il n'y aurait donc point « dénaturation » du concept d'organisation à induire, comme le font G. Balladore Pallieri et G. Morelli, de l'établissement, par le droit international, des faits étatiques la fixation par ce même droit de l'organisation de l'Etat. La récusation de cette dernière affirmation nous paraît cependant trouver ailleurs son fondement. C'est qu'en effet l'opération d'induction ici considérée, et sa conséquence, l'affirmation d'une concurrence (parfaitement concevable comme on l'a vu) entre une « organisation » au regard de l'ordre juridique étatique et une « organisation » au regard de l'ordre juridique international, n'est logiquement validée que si l'on fait équivaloir rattachement d'un fait à l'Etat et détermination de l'organe de celui-ci, c'est-à-dire si l'on présuppose qu'un fait n'est rattachable à l'Etat que s'il a pour auteur un organe de cet Etat. Or un tel présupposé a valeur de postulat et, bien plus, paraît logiquement discutable car, comme l'a très justement signalé R. Ago en liminaire de ses réflexions sur l'imputabilité : « ... rien ne s'opposerait, du point de vue des principes, au rattachement à l'Etat sujet de droit international des comportements de personnes ou de groupes de personnes physiques ayant avec l'Etat un lien qui pourrait même être dépourvu de rapport avec l'organisation propre de ce dernier : à ce que l'on considère, par exemple, comme faits de l'Etat toutes les actions ou omissions de ses ressortissants ou des individus résidant sur son territoire » (9).

2. Si, ainsi que ce qui précède le laisse entendre, on ne peut qu'approuver l'affirmation faite par R. Ago de la liberté du droit international à l'égard de cet ordre juridique autre qu'est l'ordre juridique étatique, la manière dont il est rendu compte de cette liberté pose question. Qualifier le droit interne de simple fait mériterait des considérations critiques non seulement au regard de la théorie du droit mais sans doute aussi — ce qui est un niveau autre car non logiquement nécessaire — au regard de la pratique internationale. Même si c'est là sans doute une des questions les plus dignes d'intérêt en droit international, elle dépasse de loin l'objet de nos présentes réflexions. Il reste qu'au regard de ce dernier objet, la formulation de R. Ago paraît, comme on l'indiquera ultérieurement, inadéquate pour méconnaître précisément la nature propre de ce « fait » qui est d'être un fait normatif.

3. Enfin, dans la ligne même de sa dénonciation de l'apriorisme de nombre de théoriciens de la responsabilité internationale et de son choix d'une méthode empiriste, R. Ago considère que la liberté ainsi reconnue au droit international justifie que l'on n'entende point expliquer de façon unitaire les diverses règles d'imputabilité. L'éventuelle hétérogénéité des faits qualifiés d'étatiques sur la scène internationale est la simple manifestation de cette liberté affirmée. Outre qu'il n'est pas besoin de rappeler ici le caractère fallacieux du prétendu affranchissement de tout a priori théorique par le biais d'une méthode empiriste, remarquons seulement que si à juste titre R. Ago a dénoncé l'erreur sous-jacente à l'apriorisme du premier courant théorique, il ne s'ensuit pas que la pratique internationale ne réponde pas,

(9) R. AGO, *op. cit.*, § 107.

dans sa détermination des règles d'imputabilité, à un critère unique. C'est, par évidence, à juste titre que le point de départ d'une telle proposition doit être le collationnement des règles de droit positif. Mais il reste, au regard de celles-ci — que nous avons postulées établies par le remarquable travail de R. Ago — à s'interroger sur l'éventuel critère explicatif qui en rendrait compte. C'est dans ce cadre qu'il nous paraît fécond d'opérer un déplacement de la problématique : les diverses normes d'imputabilité et la prétendue opposition foncière organe-individu ne trouveraient-elles pas mieux à s'expliquer par référence au critère du contrôle territorial de l'Etat que par référence à celui de l'organisation de l'Etat, ce dernier restant en quelque sorte lié à une conception anthropomorphique de l'Etat si bien mise en cause, par ailleurs, par H. Kelsen dans sa « *Reine Rechtslehre* ».

Afin de montrer cette « inféodation » des règles relatives à l'imputabilité au critère du contrôle territorial, un double examen nous paraît significatif, le premier relatif à la qualification de faits étatiques des faits accomplis par « les organes d'institutions publiques autonomes », le second constitué par le régime des faits accomplis par un particulier ou un groupe de particuliers en tant que tels.

a. LES FAITS ACCOMPLIS PAR LES ORGANES
« D'INSTITUTIONS PUBLIQUES AUTONOMES »

L'opération de qualification que nécessite la distinction faite entre les activités des organes et les activités des personnes privées (cfr. *supra*) donne lieu dans certains cas, présentement encore relativement marginaux, à des tensions entre une qualification formaliste et une appréhension effective du phénomène à qualifier. Le cas des « institutions publiques autonomes », ainsi appelées par R. Ago (10), est des plus révélateurs à cet égard des critères mis en œuvre par l'ordre juridique international. Celui-ci, aux dépens de l'organisation juridiquement organisée par l'Etat, fait prévaloir l'organisation effective et impute à l'Etat le fait internationalement illicite de celui qui possède l'autorité publique réelle.

Les hypothèses ici visées sont de deux espèces : il s'agit d'une part des classiques « établissements publics » que le développement de l'administration publique par la voie de la déconcentration et de la décentralisation n'a pas manqué de faire éclore et d'autre part de ces organismes de fait, non rattachables à l'organisation officielle de l'Etat ou de ses services décentralisés, mais qui exercent de fait un contrôle réel sur les processus de pouvoir au sein de la collectivité. C'est, par évidence, cette deuxième espèce d'institutions qui nous intéresse plus précisément. Trois cas nous sont rapportés par la pratique internationale : le cas du boycott chinois, organisé par le parti de Kuomin-tang, rapporté et analysé par la Commission d'étude (Commission Lytton de 1932) chargée par la Société des Nations de procéder aux investiga-

(10) R. AGO, *op. cit.*, § 163.

tions relatives à ce boycott et aux responsabilités qui y seraient liées (11) ; le cas de l'accord germano-belge du 10 mai 1935 (12) à la suite de certains incidents de frontière occasionnés par des organes du parti national-socialiste par lequel l'Allemagne reconnaissait sa responsabilité pour faits de ces organes du parti national-socialiste (13) ; et enfin la décision de la Commission de conciliation franco-italienne à propos du différend Dame Mossé où il est décidé qu'on ne pouvait « considérer comme étrangères à ces organes (ceux de la république dénommée de Salo)... les forces armées du parti fasciste reconstitué, en raison de la situation qui était réservée à celui-ci en fait et en droit par ladite république... » (14).

La référence à cette pratique n'a point évidemment valeur d'argument — comme on l'a déjà signalé nous n'entendons pas décrire ou établir des règles de droit positif ; cette pratique est cependant révélatrice, ainsi que l'ont bien constaté et souligné les auteurs qui l'ont commentée ou se sont penchés sur la question à un niveau plus général (15), de ce qu'à l'occasion de la mise en œuvre de son critère de qualification jugé fondamental, pour la détermination des faits de l'Etat, l'ordre juridique international, conformément au principe d'effectivité (sur ceci *cfr. infra*), a pris en compte l'exercice effectif du pouvoir du contrôle. Ainsi que le signale W. Friedmann : « As long as the state is the recognized organ of international intercourse it must bear that measure of international responsibility which corresponds to its real control, regardless of the names which are chosen for it » (16). Le jeu de la norme internationale en matière d'imputabilité des faits internationalement illicites exige la prise en compte du droit public interne de l'Etat et donc la référence au critère organique sous-jacent à ce droit interne ; mais là ne s'arrêtent pas les critères de qualification : au-delà du critère organique et du voile formaliste qui lui est lié, l'imputation s'opère par référence au critère du contrôle

(11) Sur ceci, voy. C.L. BOUVE, « The National Boycott as an International Delinquency » in *A.J.I.L.*, 1934, pp. 36-37 ; H. LAUTERPACHT, « Boycott in International Relations » in *B.Y.I.L.*, 1933, pp. 133-134 ; L. PREUSS, « International Responsibility for Hostile Propaganda against Foreign States » in *A.J.I.L.*, 1934, pp. 667-668.

(12) S.D.N., *Recueil des Traités*, vol. CLXV, p. 170.

(13) Sur ceci *cfr.* J.P. QUENEUDEC, *La responsabilité internationale de l'Etat pour les fautes personnelles de ses agents*, Paris L.G.D.J., 1966, pp. 52-53.

(14) Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIII, p. 492 ; sur ceci voy. J.P. QUENEUDEC, *ibid.*

(15) Voy. les réflexions très significatives de CH. DE VISSCHER, *Théories et réalités en droit international public*, 4e éd. Paris, Pédone, 1970, pp. 311-312 et de G. BALLADORE PALLIERI (sur la base de qui, par ailleurs, s'est appuyée la Commission franco-italienne dans sa décision relative au Différend Dame Mossé), *op. cit.*, pp. 129 et ss. ; voy. aussi L. DELBEZ, *Les principes généraux du contentieux international*, Paris, L.G.D.J., 1962, pp. 173-174 ; W. FRIEDMANN, « The Growth of State Control over the Individual and its Effects upon the Rules of International State Responsibility » in *B.Y.I.L.*, 1938, pp. 144 et ss. ; « Some Impacts of Social Organization on International Law » in *A.J.I.L.*, 1956, pp. 492-493 ; I. von MUNCH, *Das völkerrechtliche Delikt in der modernen Entwicklung der Völkerrechtsgemeinschaft*, Frankfurt-sur-le-Main, Keppler, 1963, pp. 200-201 ; P. REUTER, *La responsabilité internationale*, Paris, 1956-1957 (cours), p. 91 ; A.P. SERENI, *Diritto internazionale*, Milan, Giuffrè, 1962, t. II, pp. 304-305 et t. III, p. 1508.

(16) W. FRIEDMANN, « The Growth - », *loc. cit.*, p. 144.

qui oblige à cerner la réalité du pouvoir de fait et ainsi à rattacher à l'Etat les actes qui traduisent l'exercice de fait de ses fonctions, par là, publiques, exercées dans le cadre du contrôle territorial qui définit en dernier ressort l'Etat et ses « organes » au sens large. On retrouve ainsi, mais au profit d'une autre conclusion, ce qu'avait, à juste titre, souligné le juge Morelli à l'appui de sa propre théorie : l'organisation de fait du sujet doit, aux fins du renvoi effectué par le droit international, prévaloir sur son organisation juridique (17). On trouve ainsi à la base même du régime de l'imputabilité, dans la mise en œuvre de son critère traditionnellement présenté comme spécifique, celui des actes des organes, la référence au principe de contrôle.

Qu'en est-il maintenant au niveau de ce qui est présenté comme la preuve négative de la liaison imputation-organes (et assimilés), à savoir le non-rattachement à l'Etat des faits des particuliers agissant en telle qualité ?

b. LES FAITS DES PARTICULIERS

Il n'entre point ici, comme on l'a déjà dit, de nous immiscer dans les débats théoriques relatifs à l'éventuelle imputation à l'Etat des faits des particuliers. On sait que ce débat s'ordonne autour de trois positions. La première, se fondant soit sur l'idée de solidarité sociale soit sur l'idée d'obligation de garantie, rattache à l'Etat tous les faits internationalement illicites des particuliers, et ce indépendamment du comportement adopté par les organes de cet Etat. La seconde, qui trouve sa source chez Grotius et Vattel, entend rattacher, imputer à l'Etat les faits des particuliers lorsque, cependant, le comportement des organes traduit une absence de prévention ou de répression à l'égard de ces faits. La troisième, enfin, qui considère que le fait du particulier n'est comme tel jamais rattachable à l'Etat : il ne constitue qu'un événement extérieur conditionnant éventuellement l'illicéité du comportement des organes à l'égard de ce fait. Seul donc ce comportement des organes est rattachable à l'Etat.

R. Ago a très bien montré que seule cette troisième position correspond à l'état actuel du droit positif. Au vu de la pratique tant jurisprudentielle que diplomatique il est en effet bien établi que ce qui engendre la responsabilité internationale de l'Etat, c'est la violation par l'organe de cet Etat, à l'occasion du fait du particulier, de l'obligation étatique de prévention ou de répression de ce même fait.

Si les théories de la « complicité » ou du « pardon » (seconde position précitée) doivent être définitivement récusées pour non conformité au droit positif, il reste qu'elles participaient d'une volonté théorique, peut-être mal construite mais digne d'attention, de mise en cause de la distinction radicale individu-organe au plan de l'imputabilité des faits internationalement illicites.

(17) G. MORELLI, *op. cit.*, p. 187 ; voy. aussi V. BELLINI, « Il principio generale dell'effettività nell'ordinamento internazionale » in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 3^e série, vol. XXVII, 1951, pp. 293 et ss.

Cette mise en cause nous paraît devoir être validée, sur un autre plan cependant. Seuls les faits des organes (*sensu lato*) doivent être rattachés à l'Etat. Il reste que ce qui mesure le rattachement des comportements des organes dans l'hypothèse des faits des particuliers est très justement la nature propre de ce fait à savoir précisément son caractère contrôlable, où l'on retrouve, sous une autre forme cependant, le critère du contrôle. Ainsi lorsque R. Ago, pour récuser les théories de la complicité, pose que le fait individuel se réduit à n'être qu'un événement extérieur au fait illicite de l'Etat, à la fois il décrit judicieusement ce qui est impliqué par la règle de droit positif, mais en même temps il réduit la relation qui s'instaure entre le fait individuel et l'éventuelle illicéité du comportement de l'organe. En effet, ce qui rend possible la solution de droit positif, la condition *a priori* du devoir de vigilance ou de réparation de l'organe, ne peut être que le caractère contrôlable de l'individu. Ce qui permet de restaurer, non plus au plan des règles d'imputation comme voulait le faire la théorie de la complicité, mais au plan de l'explication du fondement du droit positif de l'imputation, une unité foncière entre fait individuel et fait d'organe en tant que ce qui mesure le rattachement du comportement illicite d'un organe à l'Etat est le critère du contrôle.

Le contrôle est présumé *iuris et de iure* dans le chef de l'organe ou des personnes assimilées : l'autorité de fait ou de droit et donc le contrôle qu'elles exercent les rend contrôlables *a priori* par l'Etat. Le contrôle est non présumé dans le chef des comportements individuels et ne rejaillit dans le droit de la responsabilité que par le biais de la définition de l'illicéité et non pas de l'imputabilité : il appartiendra à celui qui allègue la responsabilité internationale d'un Etat de montrer que l'organe de cet Etat a violé une obligation internationale de l'Etat à l'occasion du fait du particulier : cette preuve se fera par référence au critère du caractère contrôlable du fait individuel.

Par delà la différence de régime des faits d'organes et assimilés et des faits individuels, se retrouve ainsi mise en évidence une explication plus unitaire : de part et d'autre les faits sont pris en considération dans la mesure de leur caractère contrôlable. Il importe peu que le régime de la preuve de ce caractère contrôlable soit différent et que l'incidence du fait de l'individu se traduise non par l'imputation directe du fait à l'Etat mais par l'intermédiaire de l'illicéité éventuelle du comportement de l'organe imputable à l'Etat. Se repère donc, nous paraît-il, au travers des règles de droit positif un principe explicatif qui oblige peut-être à déplacer les centres de gravité qu'une lecture première de ces mêmes règles suggérerait par ailleurs.

B. ELEMENT OBJECTIF DE LA RESPONSABILITE INTERNATIONALE : ILLICEITE ET CONTROLE

Outre la division liée à la nature criminelle ou délictuelle de l'infraction génératrice d'une responsabilité internationale, nous avons vu que les règles

relatives à l'élément objectif de la responsabilité internationale devaient, au terme de la présentation qu'en fait R. Ago, être ordonnées sur base d'une division fondamentale entre les obligations de comportement spécifique (obligations de moyen) et les obligations de résultat. Doivent être distinguées les obligations qui requièrent d'un organe de l'Etat l'adoption d'un comportement déterminé et les obligations qui, laissant à l'Etat une liberté de choix dans l'adoption des moyens, n'exigent que l'obtention d'un résultat. Cette différence quant au contenu de l'obligation rejaillirait sur le mode de réalisation de la violation de l'obligation à charge de l'Etat, sur l'automaticité de la responsabilité internationale de ce dernier. C'est à nouveau cette présentation d'une division dichotomique du régime juridique de l'illicéité que nous voudrions ici interroger pour au contraire, sans critiquer comme déjà dit les solutions de droit positif présentées par R. Ago, faire apercevoir l'unité foncière qui rend compte de ces solutions positives, unité qui trouve à s'exprimer dans l'idée de contrôle. Le raisonnement se fera ici en deux temps. Nous tenterons d'abord de montrer que le régime de droit positif ici considéré se fonde tout entier sur le critère du fait réparable pour ensuite tisser les liens qui unissent l'idée du fait réparable à celle de contrôle.

1. *La division obligation de comportement spécifique - obligation de résultat et l'idée de fait réparable.*

Posant la question de savoir si, « en fonction du contenu de l'obligation internationale violée, une différenciation entre des types distincts de faits internationalement illicites se justifie », R. Ago fait remarquer que la différenciation envisagée n'a d'intérêt, dans la perspective qui est la sienne, que si elle a « une portée normative et non pas une valeur purement descriptive » (18).

La distinction ici proposée entre obligation de comportement et obligation de résultat nous paraît cependant avoir précisément valeur descriptive. Si R. Ago, à la différence de P. Reuter, a bien mis en lumière la différence de portée qu'induit la distinction ici opérée d'avec celle visée par une terminologie identique en droit civil, la différence ainsi mise en évidence ne se réduit pas au contenu manifeste des obligations ainsi différenciées. La répartition obligation de moyen — obligation de résultat — obligation de garantie en droit civil a très précisément valeur normative en ce sens que le régime juridique propre aux diverses obligations ainsi dénommées varie par l'effet propre de la norme dont l'hypothèse est telle ou telle obligation. En d'autres termes, le régime juridique d'une obligation de moyen ne se déduit pas « naturellement » du contenu matériel du comportement défini par l'obligation. Les effets juridiques propres à telle obligation, telle l'obligation du médecin de guérir son patient, sont définis autoritairement par le législateur

(18) R. AGO, Quinto rapporto sulla responsabilità degli stati presentato dal relatore speciale Roberto Ago alla XXVIII sessione (1976)-Commissione del Diritto Internazionale, *Riv. di diritto intern.*, 1977, pp. 712-713.

ou la jurisprudence indépendamment des exigences naturelles du prescrit obligationnel. Il ne découle pas naturellement de l'obligation de guérison du médecin que l'on qualifie celle-ci de moyen, de résultat ou de garantie. Pour employer le langage kelsenien, la relation logique qui lie l'obligation à sa qualité d'obligation de moyen, de résultat ou de garantie est une relation d'imputation, celle qui définit tout langage normatif, et non de causalité, qui définit le langage des sciences naturelles. Or la distinction de droit international entre obligation de comportement spécifique et obligation de résultat se définit par une relation de causalité. Les effets juridiques propres à une obligation de comportement et aux diverses espèces d'obligation de résultat se déduisent logiquement du prescrit obligationnel spécifique du contenu de chaque obligation internationale. Cette liaison qui n'est pas d'imputation normative mais de simple causalité naturelle s'exprime précisément dans l'idée de fait réparable. Examinons ceci à propos des deux types d'obligation.

Là où l'obligation internationale impose à l'Etat l'adoption par un de ses organes d'un comportement spécifique, il découle logiquement de sa nature que la responsabilité de l'état naisse automatiquement sans que l'on doive faire état d'un préjudice effectivement subi ni sans que cet Etat puisse faire valoir la possibilité prévue par son ordre juridique de parvenir à un effet identique par l'adoption ultérieure d'un comportement d'un autre de ses organes. Par la nature des choses, le fait contraire au prescrit de l'obligation n'est plus réparable. Cela est manifeste lorsque l'obligation prescrit, par exemple, l'adoption d'une loi par l'Etat. Si la loi n'est pas adoptée, la violation est consommée par le fait de la non-adoption. Un autre exemple permettra cependant de nuancer l'idée même d'automaticité. Si une obligation internationale requiert par exemple de l'Etat que ses organes judiciaires reconnaissent la force obligatoire des jugements étrangers en matière de statut personnel, il faudra, nous paraît-il, admettre, quoiqu'il s'agisse là d'un exemple type d'obligation de comportement spécifique, que l'illicéité n'existe que si au terme de la procédure judiciaire le jugement étranger dont question n'est pas reconnu. L'illicéité ne peut être établie par le seul fait par exemple d'une décision du juge de paix si le tribunal de première instance, en appel, a réformé la décision du premier juge. A nouveau là le critère du fait réparable étend ses effets quoiqu'en faisant toujours droit, à ce stade, à l'idée d'automaticité du fait qu'il s'agit toujours d'organes judiciaires. Un raisonnement identique permet d'expliquer les variétés de régime qui caractérisent les diverses normes de résultat. Ces divers régimes, signale R. Ago (19), s'échelonnent de la liberté laissée à l'Etat dans le choix des moyens en vue de l'obtention d'un résultat déterminé à la possibilité laissée à cet Etat de remédier *ex post facto* au comportement d'un de ses organes contraire au prescrit obligationnel, ce remède pouvant même dans certains cas consister en une réparation par équivalent. Tous les exemples donnés par R. Ago

(19) R. AGO, Sesto rapporto sulla responsabilità degli Stati presentato dal relatore speciale Roberto Ago alla XXIX sessione (1977). Commissione del Diritto Internazionale, *Riv. di diritto intern.*, 1978, pp. 668 et ss.

traduisent cette inféodation du droit international, dans le régime juridique de l'illicéité qu'il établit, au principe d'effectivité qui traduit le critère de l'acte réparable. Ainsi R. Ago cite, comme exemple d'une obligation fournissant à l'Etat le choix des moyens mais non de remédier *ex post facto*, l'obligation faite à l'Etat accréditaire au terme de l'art. 22 par. 2 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques de « prendre toutes mesures appropriées afin d'empêcher que les locaux de la mission ne soient envahis ou endommagés, la paix de la mission troublée ou sa dignité amoindrie ». Nul doute effectivement que dans l'hypothèse d'un manque de prévention suffisant et d'un envahissement effectif des locaux de la mission, la violation de l'obligation soit consommée : l'acte par nature n'est plus réparable. Si les dispositions de l'accord du Gatt visant à empêcher que les produits nationaux ne finissent par bénéficier concrètement d'une protection aux dépens des produits similaires étrangers sont constitutives d'une obligation qui ne sera violée que si l'Etat n'a pu, par l'ensemble de ses procédures internes, remédier à d'éventuelles décisions de ses organes contrevenant au prescrit obligationnel, c'est encore la nature même du résultat requis qui l'explique : l'important est qu'en fait il n'y ait pas de privilège octroyé aux produits nationaux, mais ce même but explique que la réparation par équivalent ne soit pas recevable. Et l'on pourrait multiplier l'examen de diverses obligations... Il n'y a pas, nous paraît-il, d'hypothèses où le régime juridique de l'illicéité s'explique par adjonction d'effets juridiques propres qui ne découlent pas naturellement de la nature du résultat poursuivi par l'obligation et cela à la différence du droit interne où, par le degré de complexité des obligations atteint, il peut être imposé des régimes, par exemple, d'obligation de garantie à des obligations justifiant tout aussi bien un régime d'obligation de résultat. Le droit international épouse ici l'effectivité. Le régime juridique de l'illicéité se déduit de la seule mise en œuvre des deux critères conjoints : la nature du résultat recherché et le caractère réparable du fait au sein de l'ordre juridique étatique. En d'autres termes, les diverses modalités de régime juridique ne font ainsi que traduire les conséquences liées au caractère réparable ou non du fait « illicite », caractère lui-même relié causalement à la nature du résultat recherché. Point n'est donc besoin, si ce n'est aux fins d'une description technique plus raffinée des conséquences d'un principe général, d'opérer une division dichotomique à la base du régime juridique de l'illicéité. Ce régime traduit une unité foncière : l'illicéité est consommée à charge de l'Etat au moment où, effectivement, le fait illicite n'est plus réparable au sein de son ordre juridique. La circonstance que le seuil de réparation varie eu égard à la nature du prescrit obligationnel n'influe en rien sur notre conclusion du fait qu'il s'agit là d'une variation qui n'est nullement l'effet d'une intervention normative extérieure à l'énoncé même de la règle.

2. L'idée de fait réparable et l'idée de contrôle

Si l'on a vu que les diverses règles relatives à l'imputabilité à l'Etat des faits internationalement illicites traduisaient des différences qui se fondaient dans

un critère unique, le degré du contrôle exercé ou devant être exercé par l'Etat, la même conclusion paraît s'imposer en ce qui concerne le régime ici analysé de l'élément objectif de la responsabilité internationale. C'est qu'en effet la référence au critère du fait réparable ne fait qu'exprimer en la matière la prégnance de l'idée de contrôle. Cette dernière idée, cependant, se manifeste ici différemment. S'agissant de l'élément objectif et non plus subjectif de la responsabilité, le contrôle ne signifie plus la prise en compte du pouvoir effectivement exercé pour en induire le degré de contrôlabilité par l'Etat de l'individu considéré mais bien la capacité de l'Etat de s'organiser pour assurer effectivement la réalisation des prescrits obligationnels qui s'imposent à lui. Là apparaît la liaison entre fait réparable et contrôle : l'idée de contrôle signifie ici la prise en compte de l'Etat comme ordre juridique, c'est-à-dire, ainsi que la théorie du droit l'a depuis longtemps montré à propos de l'Etat moderne, de l'Etat comme système *autocontrôlé*. Le critère du fait réparable implique référence au degré de contrôle que l'Etat, par le biais de ses mécanismes juridiques internes, atteint effectivement à l'égard du comportement de ses organes ou assimilés.

Cette prise en compte de l'Etat comme système autocontrôlé, c'est-à-dire comme ordre juridique, tant il est vrai que l'idée d'autocontrôle s'identifie à celle d'ordre normatif se posant comme cohérent, permet de retrouver par un biais détourné une critique que nous avons cru pouvoir esquisser à R. Ago. Lorsque celui-ci évoque cette idée que l'ordre juridique interne ne constitue qu'un fait pour l'ordre juridique international, outre, comme déjà dit, que c'est là poser une affirmation qui appelle des commentaires autres que ceux présentement faits, on s'aperçoit ce qu'a de réducteur une telle considération. A supposer même que l'Etat comme ordre juridique ne s'impose que comme un fait, c'est un fait de nature particulière puisque de nature normative. Nier cette dimension normative entraîne à méconnaître les traits propres du fait considéré et ses conséquences spécifiques. Une de ces conséquences est très précisément ce caractère d'autocontrôle qui s'exprime techniquement dans le critère du fait réparable. En traduisant dans le régime juridique de l'illicéité le respect dû à l'effectivité, à savoir la circonstance qu'un Etat n'est qu'un ordre juridique donc un système qui tend à s'autocontrôler, le droit international assume les conséquences du caractère « normatif » (au sens précité) du fait qu'est l'ordre juridique étatique. C'est peut-être, d'ailleurs, pour défendre une position épistémologique qui est celle du réalisme sociologisant d'Alf Ross en philosophie du droit, que R. Ago (20) a été conduit à présenter les solutions de droit positif au travers de divisions dichotomiques dont rend raison l'idée de contrôle sous ses diverses formes. Remarquons cependant que les présentations classiques, pour être liées à des présentations anthropomorphiques de l'Etat qui aboutissent à nier que l'Etat n'est pas un « sujet » mais le simple précipité d'un ordre juridique, arrivent au même résultat.

* * *

(20) « La notion d'Etat qui intervient ici n'a donc rien à faire avec la notion de l'Etat en tant qu'ordre juridique », R. Ago, Troisième rapport..., *op. cit.*, § 106.

Les réflexions qui précèdent, outre qu'elles permettent, nous paraît-il, de mettre en lumière l'unité foncière des principes explicatifs qui rendent compte des solutions de droit positif relatives à l'imputabilité et à la détermination de l'illicéité des faits générateurs de responsabilité internationale pour l'Etat, induisent encore un second effet : celui de la mise en lumière de la spécification technique du fonctionnement de la normativité internationale en notre matière. La référence à l'idée de contrôle ne fait que renvoyer au principe d'effectivité qui informe, de ce fait, le régime juridique de l'établissement des faits générateurs de responsabilité internationale des Etats (21). Ce qu'il importe de relever, c'est la portée du principe. Cette portée ne doit point s'interpréter comme la manifestation d'un principe général ayant valeur normative et concernant l'ensemble du droit international public. Ch. De Visscher l'a bien montré : « Sans constituer... un principe doté d'une véritable autorité normative, l'effectivité exprime le degré éminemment variable de l'action du fait, d'une situation de fait, sur l'expression du droit » (22). Ce principe d'effectivité dans la matière de la responsabilité internationale signifie que le rapport entre le fait et le droit est posé en termes spécifiques, qu'une logique particulière règle ce rapport. C'est cette logique, à travers ses manifestations, que nous avons pour partie essayé de repérer et dont il faut très succinctement préciser les deux traits dominants.

Le principe d'effectivité, tel que s'exprimant dans le critère technique de contrôle, présente une double dimension : une dimension statique et une dimension dynamique. Par sa dimension statique, le principe d'effectivité permet au juge d'écarter les exigences du formalisme juridique et d'appréhender le fait suivant ses déterminations factuelles et non point juridique-ment formelles. Les considérations qui précèdent sur l'idée de contrôle traduisent à suffisance la portée pratique du principe d'effectivité dans sa dimension statique.

Par sa dimension dynamique, le principe d'effectivité révèle la vertu de « concrétude » des règles d'imputabilité, c'est-à-dire leur utilisation à titre d'élément constitutif d'un concept dont les virtualités de concrétisation sont suffisamment grandes pour tendre à rendre compte de toute la richesse du réel : la règle évolue parallèlement à l'évolution du fait. La règle traduit une transparence du fait et du droit qui fait que la règle contient en elle-même les éléments qui assurent son évolution. Les modifications factuelles se répercutent immédiatement sur la règle. Le rapport *de lege lata - de lege ferenda*

(21) Remarquons qu'on trouve une référence explicite de cette inféodation du régime de la responsabilité internationale au principe d'effectivité dans la jurisprudence de la Cour Internationale de Justice. Dans un de ses arrêts, la Cour indique expressément : « Le fait que l'Afrique du Sud n'a plus aucun titre juridique l'habilitant à administrer le territoire ne la libère pas des obligations et responsabilités que le droit international lui impose... c'est l'autorité effective sur un territoire et non la souveraineté ou la légitimité du titre qui constitue le fondement de la responsabilité de l'Etat en raison d'actes concernant d'autres Etats. » (C.I.J., *Recueil*, 1971, p. 54.)

(22) Ch. DE VISSCHER, *op. cit.*, p. 318 ; voy. aussi du même auteur, *Les effectivités du droit international public*, Paris, Pedone, 1967.

ne se pose pas dans les mêmes termes là où la logique juridique repose sur cette transparence du fait et du droit (23).

* * *

Les considérations ci-avant n'entendaient nullement dégager le droit international positif de la responsabilité internationale. Celui-ci constituait au contraire, dans la présentation remarquablement synthétique qu'en a donnée R. Ago, une base de départ acceptée. Nous avons au contraire tenté de dégager les principes explicatifs qui en rendaient compte. A ce stade il est apparu, à l'encontre des présentations dichotomiques classiques (opposition individu-organe, distinction obligation de comportement spécifique-obligation de résultat), que ce régime juridique traduisait une unité de fondement qui trouvait à s'exprimer dans l'idée de contrôle. La mise en évidence de ce critère de base, outre son intérêt sur le plan de la théorie de la responsabilité internationale, devrait peut-être permettre de poser en d'autres termes les questions que pose, dans la pratique, l'émergence de nouveaux pouvoirs de fait, tels que ceux, bien mis en lumière par la doctrine du droit économique, que constituent les sociétés multinationales.

(23) Voy. à ce sujet l'étude déjà citée de W. Friedmann (« The Growth..., *loc. cit.*).