

LA RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT DU FAIT DES PARTICULIERS : LES CAUSES D'IMPUTATION REVISITÉES PAR LES ARTICLES SUR LA RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT POUR FAIT INTERNATIONALEMENT ILlicITE

PAR

Frédéric DOPAGNE (*)

ASSISTANT À LA FACULTÉ DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN

SOMMAIRE

Introduction

I. La difficile définition de l'organe de fait (article 8)

- A. *À l'origine, un consensus relatif*
- B. *Les travaux du dernier rapporteur spécial*
- C. *L'arrêt Tadic du 15 juillet 1999*
- D. *La position finale de la C.D.I.*

II. La portée de la « ratification » d'un comportement (article 11)

- A. *La résurgence de l'ancien droit*
- B. *Les arguments de la C.D.I.*
- C. *Une lex specialis en matière de terrorisme?*

Conclusion

Le 12 décembre 2001, l'Assemblée générale des Nations unies a « pris note » des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite présentés par la Commission du droit international (« les articles ») (1). Le texte du projet que celle-ci avait, peu avant, adopté en

(*) L'auteur tient à exprimer sa reconnaissance à P. d'Argent et à P. Klein pour leurs précieux conseils et remarques.

(1) Rés. 56/83, adoptée sans vote sur le rapport de la Sixième Commission (A/56/589). Les articles ont été « recommand[és] à l'attention des gouvernements, sans préjudice de leur adoption éventuelle ou de toute autre mesure appropriée » (§ 3 de la résolution). L'Assemblée générale a

deuxième lecture n'a subi aucune modification à cette occasion, l'Assemblée générale s'étant contentée d'en annexer les dispositions à sa résolution (2). Le chapitre II de la première partie des articles, dédié à l'« attribution d'un comportement à l'État » (3), n'est pas, beaucoup s'en faut, celui qui a fait l'objet, au cours de cette deuxième lecture, des bouleversements les plus profonds. Ceux-ci sont ailleurs, on le sait, et les commentateurs ne s'y sont du reste pas trompés, qui ont consacré la majorité de leurs réflexions au sort réservé au « crime international », à la réglementation des contre-mesures, etc. (4). Les règles sur l'imputation ont néanmoins subi quelques modifications. Il a semblé utile, en dépit de leur relative modestie, de s'y attarder quelque peu.

Le principe qui domine la matière est connu : un fait est attribué à un État s'il s'agit du fait d'un organe de cet État, pour autant que l'organe ait en l'occurrence agi en cette qualité (5). Ce principe est inchangé. Exprimé de façon limpide à l'issue de la première lecture (6), sa formulation est sans doute moins heureuse au terme de la deuxième (7) ; l'important est

également décidé d'inscrire la question de la responsabilité de l'État à l'ordre du jour provisoire de sa 59^e session, c'est-à-dire en 2004 (§ 4 de la résolution).

(2) Le texte adopté en deuxième lecture les 31 mai et 3 août 2001 est reproduit dans le Rapport de la C.D.I. à l'Assemblée générale sur les travaux de sa 53^e session (A/56/10), pp. 45 et s. La paternité véritable des articles revenant à la C.D.I. davantage qu'à l'Assemblée générale, nous prendrons la liberté de parler, dans la suite de l'exposé, des articles « de la C.D.I. » plutôt que des articles « de l'Assemblée générale ».

(3) Dans le texte adopté à titre provisoire en première lecture (« projet 1996 », reproduit dans le Rapport de la C.D.I. à l'Assemblée générale sur les travaux de sa 48^e session [A/51/10], *Ann. C.D.I.*, 1996, vol. II, 2^e partie, pp. 62 et s.), le chapitre II de la première partie était intitulé « Le 'fait de l'État' selon le droit international ». Il n'y a cependant aucune différence substantielle entre ces expressions, l'une ayant été préférée à l'autre pour éviter toute confusion avec la notion d'*act of State* (voy. le premier rapport de M. Crawford, A/CN.4/490/Add.5, § 151). Que l'on parle de fait de l'État, d'attribution ou encore d'imputation d'un fait à l'État, c'est toujours à la même question que l'on répond : à quelles conditions un État peut-il être réputé l'auteur d'un fait ? Ces termes seront donc utilisés indifféremment dans la suite de l'étude.

(4) Il est édifiant à cet égard de consulter le sommaire du symposium sur la responsabilité du *European Journal of International Law* (E.J.I.L., 1999, pp. 339 et s.) : sur dix contributions, une seule traite spécifiquement des questions d'imputation.

(5) Il y a là, de l'avis de la Cour internationale de Justice, une « règle bien établie du droit international, (...) qui revêt un caractère coutumier » (affaire du *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*, avis consultatif du 29 avril 1999, *Rec.*, 1999, p. 87, § 62).

(6) Voy. l'article 5 du projet 1996 (« Aux fins des présents articles, est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international le comportement de tout organe de l'État ayant ce statut d'après le droit interne de cet État, pour autant que, en l'occurrence, il ait agi en cette qualité »).

(7) Soucieuse d'être synthétique, la C.D.I. a mêlé, dans l'article 4, § 1^{er}, des articles, le *principe* selon lequel le fait de l'État est le fait des organes de cet État, et la *précision* selon laquelle ni la nature des fonctions exercées par l'organe ni la position qu'il occupe dans l'organisation de l'État ne sont pertinentes : la clarté de l'énoncé du principe s'en ressent. En outre — et ceci est plus maladroit —, la référence à l'exigence selon laquelle l'organe doit avoir agi en cette qualité a disparu de la disposition de principe ; on ne la retrouve qu'incidemment dans l'article 7, lequel traite avant tout de l'acte *ultra vires* de l'organe. La Commission a manifestement entendu ne plus formuler cette exigence « comme une clause restrictive, de manière à éviter toute conclusion selon laquelle le demandeur a la charge spécifique de montrer que le fait de l'organe de l'État n'a pas été accompli en une qualité privée » ; telle était en tout cas la recommandation de

toutefois que sa substance n'est apparemment pas affectée. Sous réserve de modifications tout à fait mineures, il en va de même au demeurant des précisions qui l'accompagnaient, à savoir la non-pertinence de la nature des fonctions exercées par l'organe, de sa position dans l'organisation de l'État et de sa qualité d'organe du gouvernement central ou d'une collectivité territoriale (art. 6 et 7, § 1^{er}, du projet 1996, qui deviennent art. 4, § 1^{er}, des articles), ainsi que l'attribution à l'État du comportement d'organes outrepassant leurs compétences ou contrevenant à leurs instructions (art. 10 du projet 1996, qui devient art. 7 des articles).

Il découle de ce principe, réaffirmé — fût-ce de manière moins élégante — en deuxième lecture, que le comportement de personnes qui ne sont *pas* des organes de l'État agissant en cette qualité n'est, en règle générale, pas imputable à l'État. Le projet 1996 prenait la peine de le préciser de façon expresse, en réservant le cas de la personne ayant agi en fait pour le compte de l'État (art. 11, § 1^{er}) (8). Cette disposition ne se retrouve pas dans la version de 2001, comme d'ailleurs les articles 12 à 14 du projet 1996. Il n'y a pas *a priori* à en être scandalisé, tant il vrai que ces clauses « d'attribution négative » (9) n'ajoutaient rien, en substance, aux dispositions précédentes du projet (10). La règle même a survécu, voilà l'important : le comportement de personnes qui ne sont pas des organes de l'État agissant en cette qualité n'est pas attribuable à cet État. Il n'est point

M. Crawford dans son premier rapport (A/CN.4/490/Add.5, § 168 et A/CN.4/490/Add.6, § 287). Il ne demeure pas moins que la condition d'avoir agi en qualité d'organe est indiscutablement maintenue, nonobstant les maladroites de sa formulation ; cela ressort du point 3 du commentaire de l'article 4 (*in* Rapport de la C.D.I. à l'Assemblée générale sur les travaux de sa 53^e session, A/56/10, p. 88). Ici comme ailleurs, des régimes spéciaux peuvent toutefois être aménagés. On songe en particulier à l'article 3 de la IV^e Convention de La Haye du 18 octobre 1907, qui tient l'État pour responsable « de tous actes commis par les personnes faisant partie de sa force armée » (nous soulignons), c'est-à-dire aussi bien des violations du droit des conflits armés accomplies en qualité d'organes que de celles accomplies en tant que particuliers (voy., à ce sujet, P. d'ARGENT, *Les réparations de guerre en droit international public. Le droit de la responsabilité internationale à l'épreuve de la guerre*, Bruxelles, Bruylant — L.G.D.J., 2002, pp. 508 et s., ainsi que É. DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 556-557). La possibilité de règles spéciales en matière d'imputation, sur laquelle nous aurons l'occasion de revenir, est désormais envisagée par les articles : sur recommandation du rapporteur spécial (voy. son premier rapport, A/CN.4/490, § 27), la portée de la réserve « *lex specialis* » a en effet été étendue en deuxième lecture à l'ensemble des articles (art. 55 des articles), alors que son bénéfice était limité jusqu'alors à la deuxième partie (art. 37 du projet 1996).

(8) En ce qui concerne l'organe de fait, voy. *infra*, I. Sur l'article 11, § 2, du projet 1996, qui énonçait une limite au principe de l'article 11, § 1^{er}, voy. *infra*, II, A.

(9) J. CRAWFORD et P. BODEAU, « La seconde lecture du projet d'articles sur la responsabilité des États : un rapport d'étape », *A.D.I.*, www.ridi.org/adi, janvier 1999.

(10) Comme l'avaient déjà fait certains États (voy. par exemple les observations des États-Unis, A/CN.4/488, p. 42), le rapporteur spécial a démontré le peu d'utilité, en effet, de ces clauses (voy., à propos de l'article 11 du projet 1996, son premier rapport, A/CN.4/490/Add.5, § 247). Ainsi a-t-il proposé la suppression, notamment, de l'article 11 du projet 1996, jugé « circular in substance as well as expression » (J. CRAWFORD, « Revising the Draft Articles on State Responsibility », *E.J.I.L.*, 1999, p. 439 ; voy. également, dans le même sens, A. GATTINI, « Smoking/No Smoking : Some Remarks on the Current Place of Fault in the ILC Draft Articles on State Responsibility », *ibid.*, p. 399).

besoin de le répéter à l'envi ; il suffit à cet égard que l'on ait par ailleurs affirmé, de manière positive, que c'est en principe le comportement des organes de l'État agissant en cette qualité que l'on considère comme un fait de l'État (art. 4, § 1^{er}, des articles). Il ne s'agit en effet que des deux faces de la même médaille (11).

Quoi qu'il en soit, ces principes connaissent plusieurs exceptions : dans certaines conditions, en effet, le fait d'une personne qui n'est *pas* l'organe d'un État déterminé, agissant en cette qualité, sera pourtant attribué à cet État. Les articles recensent à cet égard six cas de figure. Quatre d'entre eux ne méritent guère qu'on s'y attarde, les solutions qui leur ont été apportées en deuxième lecture étant très largement conformes à celles arrêtées en première lecture (12). Deux hypothèses retiennent davantage l'attention. L'article 8, d'une part, reprend la règle classique du fonctionnaire de fait : celle-ci existait déjà, bien entendu, sous l'empire du projet 1996 (art. 8, *a*) mais la Commission, soucieuse de rendre compte de l'évolution de la jurisprudence internationale, l'a désormais libellée avec plus de précision. D'autre part, l'article 11, qui autorise l'attribution à l'État du comportement d'un particulier dans la mesure où l'État a reconnu et adopté comme sien ledit comportement, est quant à lui une véritable innovation de la deuxième lecture. L'application de ces deux mécanismes d'imputation — organe de fait et « ratification » d'un comportement — est au cœur, par exemple, du problème contemporain de l'attribution à un (des) État(s) d'actes terroristes. L'organisation terroriste ne peut-elle pas être tenue pour l'organe de fait d'un État ? Le soutien reçu d'un autre ne permet-il pas de présumer l'existence de quelque approbation étatique et, partant, de rendre celui-ci responsable du forfait ? De telles questions, assurément cruciales, manquent rarement d'être soulevées par les États confrontés à l'action meurtrière de groupes formellement privés : la réaction des États-Unis aux attentats du 11 septembre 2001 suffit à s'en convaincre. Aussi les exactes conditions auxquelles est subordonné le jeu des articles 8 et 11 gagnent-elles à être définies avec la plus grande rigueur.

(11) Conformément au souhait du rapporteur spécial (premier rapport, A/CN.4/490/Add.5, § 248), la règle formulée de manière négative a d'ailleurs été incorporée dans le commentaire des articles : voy. le point 3 du commentaire de l'article 4, le point 1 du commentaire de l'article 8 et le point 2 de celui de l'article 11 (*in* Rapport de la C.D.I. à l'Assemblée générale sur les travaux de sa 53^e session, A/56/10, respectivement pp. 88, 109 et 125).

(12) Il s'agit du comportement d'une personne ou d'une entité exerçant des prérogatives de puissance publique (art. 5 des articles, art. 7, § 2, dans le projet 1996), du comportement d'un organe mis à la disposition de l'État par un autre État (art. 6 des articles, art. 9 dans le projet 1996), du comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes en cas d'absence ou de carence des autorités officielles (art. 9 des articles, art. 8, *b*, dans le projet 1996) et du comportement d'un mouvement insurrectionnel (art. 10 des articles, art. 15 dans le projet 1996).

I. — LA DIFFICILE DÉFINITION DE L'ORGANE DE FAIT
(ARTICLE 8)

L'article 8, *a*, du projet 1996 se lisait comme suit :

« Est aussi considéré comme un fait de l'État d'après le droit international le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes s' [...] (...) il est établi que cette personne ou ce groupe de personnes agissait en fait pour le compte de cet État (...) ».

La théorie de l'organe de fait était ainsi énoncée (13). Il y a derrière cette théorie un bon sens élémentaire ; bon nombre de droits administratifs nationaux l'ont d'ailleurs adoptée de longue date. Le rôle important que joue l'effectivité dans l'ordre juridique international commandait que celui-ci la consacre à son tour : il importe, en effet, que le droit des gens tienne compte « de l'existence d'un lien réel entre la personne qui agit et l'appareil de l'État plutôt que de l'absence entre eux d'un lien juridique formel » (14). La jurisprudence arbitrale s'engagea très tôt dans cette voie (15), si bien que l'article 8, *a*, du projet 1996 a pu être considéré sans difficulté comme déclaratif du droit coutumier (16).

Force est cependant de reconnaître que les termes employés, inchangés depuis 1974, n'étaient pas des plus précis (17) : à partir de quand, en effet, pouvait-on considérer qu'un particulier avait « agi en fait pour le compte de l'État » ? Il était inévitable que, tôt ou tard, les interprètes s'attachent à préciser plus avant les critères de l'organe de fait. La C.D.I. elle-même, soucieuse d'enregistrer ces développements, a remis son travail sur le métier. L'article 8 des articles en est issu, qui est libellé comme suit :

« Le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international si cette personne ou ce groupe de personnes, en adoptant ce comportement, agit en fait sur les instructions ou les directives ou sous le contrôle de cet État ».

La volonté d'affiner le projet d'articles est assurément louable. Le paradoxe est sans doute que les incertitudes quant au contenu de la règle sur l'organe de fait n'ont jamais été aussi grandes qu'à présent, en dépit des précisions du nouvel article 8, alors que sous l'empire de la première lec-

(13) On désigne ici par l'expression « organe de fait » la seule réalité visée par l'article 8, *a*, du projet 1996, à l'exclusion donc de celle visée par l'article 8, *b*, du même texte (personne ou groupe de personnes exerçant en fait des prérogatives de puissance publique en cas de carence des autorités officielles et dans des circonstances qui justifient l'exercice de ces prérogatives) : cette dernière hypothèse se retrouve dans l'article 9 des articles et, on l'a déjà dit, sa formulation n'a guère changé par rapport à la première lecture.

(14) Commentaire de l'article 8, point 2, in Rapport de la C.D.I. à l'Assemblée générale sur les travaux de sa 26^e session (A/9610/Rev.1), *Ann. C.D.I.*, 1974, vol. II, 1^{re} partie, p. 294.

(15) Voy. les décisions recensées par Ago dans son troisième rapport (A/CN.4/246 et Add. 1-3, *Ann. C.D.I.*, 1971, vol. II, 1^{re} partie, pp. 209 et s.), § 192.

(16) L. CONDORELLI, « L'imputation à l'État d'un fait internationalement illicite : solutions classiques et nouvelles tendances », *R.C.A.D.I.*, t. 189 (1984-VI), p. 54.

(17) Le langage de l'article 8, *a*, a ainsi été jugé « vague » (*ibid.*, p. 101).

ture, un consensus passablement large semblait s'être formé autour des critères à retenir (A), ceux-ci n'étant pourtant pas fournis par l'ancien article 8, *a* ! Les travaux du rapporteur spécial (B) et, surtout, l'évolution remarquable de la jurisprudence (C) ont en effet jeté un certain trouble dans la matière. Quant à l'article 8 nouveau, rédigé avec un bonheur tout relatif, il ajoute en réalité une (fausse) note à la cacophonie bien plus qu'il ne clarifie véritablement les choses (D).

A. — À l'origine, un consensus relatif

Dans le commentaire qu'elle a jadis donné de l'article 8, *a*, la C.D.I. a d'emblée mis l'accent sur l'idée d'*instructions* : pour qu'une personne soit considérée comme ayant agi en fait pour le compte de l'État, il doit effectivement être prouvé qu'elle a « vraiment été chargé[e] par des organes de l'État de remplir une certaine fonction ou d'exécuter une certaine tâche, qu'[elle a] accompli une besogne donnée sur l'instigation de ces organes » (18). C'est la même conception qui a été défendue par la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, même si la Cour n'a pas fait à cette occasion une mention explicite de l'article 8, *a*, du projet : analysant la première phase des événements, à savoir principalement l'attaque de l'ambassade et la prise de ses occupants en otage par les « militants », la Cour a refusé de voir dans ces actes le fait de l'État iranien. Il n'aurait pu en aller autrement que s'il avait été « avéré que les militants agissaient alors effectivement pour son compte, *parce qu'un organe compétent dudit État les aurait chargés d'une opération déterminée* » (19). C'est encore le même critère qui a été appliqué par la C.I.J. dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, même si, de nouveau, la disposition pertinente du projet d'articles ne fut pas citée : les actions illicites des *contras* n'ont pas été attribuées au États-Unis parce qu'il n'avait pas été établi que ceux-ci en avaient « *ordonné ou imposé la perpétration* » (20). Pour que la responsabilité des États-Unis ait pu être engagée, il eût fallu démontrer « qu'ils avaient le *contrôle effectif* des opérations militaires ou paramilitaires au cours desquelles les violations en question se seraient produites » (21). Le Juge Ago lui-même approuva la solution, répétant que « les seuls cas où il serait possible de [tenir les *contras* pour des personnes ou des groupes agissant au nom et pour le compte des États-Unis] seraient ceux où certains membres de la *contra* auraient été *spécifiquement chargés* par des

(18) Commentaire de l'article 8, point 8, in Rapport de la C.D.I. à l'Assemblée générale sur les travaux de sa 26^e session, *Ann. C.D.I.*, 1974, vol. II, 1^{re} partie, p. 296.

(19) 24 avril 1980, *Rec.*, 1980, p. 29, § 58 (nous soulignons).

(20) 27 juin 1986, *Rec.*, 1986, p. 64, § 115 (nous soulignons).

(21) *Ibid.*, p. 65, § 115 (nous soulignons).

autorités des États-Unis de commettre pour le compte de celles-ci une action ou de remplir une tâche ponctuellement déterminée » (22).

Un critère unique semblait donc s'être peu à peu dégagé de la jurisprudence — en harmonie avec celui préconisé par le commentaire de la C.D.I. : l'instruction donnée par l'État au particulier. L'unanimité était si belle (23) que l'on conçoit sans peine qu'il n'ait pas été jugé utile, lors de l'adoption en première lecture de l'ensemble du projet, en 1996, de modifier les termes très généraux de l'article 8, *a*, hérités de 1974 : à quoi bon caractériser davantage la situation de l'organe de fait dans le projet d'articles si personne ne conteste la définition qui en est donnée par ailleurs ?

Les développements postérieurs à 1996 ont considérablement compliqué ces conditions.

B. — *Les travaux du dernier rapporteur spécial*

Dans son premier rapport, en 1998, le rapporteur spécial s'interroge : l'article 8, *a*, devrait-il « s'étendre au-delà des cas d'autorisation ou d'instruction de fait pour couvrir les hypothèses où des opérations ou des activités spécifiques se trouvent en fait sous la direction et le contrôle de l'État » (24) ? Faut-il retenir le simple contrôle de l'État sur un (groupe de) particulier(s) comme un critère suffisant de l'organe de fait, ou faut-il continuer à exiger des instructions spécifiques ? La différence n'est pas mince entre l'un et l'autre termes. S'il est indiscutable en effet qu'un individu exécutant les instructions d'un État agit, ce faisant, « pour le compte » de celui-ci, il ne semble pas qu'on puisse *a priori* en dire toujours de même de la personne ou du groupe de personnes qui, sans avoir reçu d'instructions spécifiques, se trouve(nt) simplement soumise(s) au contrôle de cet État : il se peut que cette personne ou ce groupe de personnes ai(en)t agi pour son (leur) propre compte. Le débat au sein de la Commission du droit international ne semble pourtant pas avoir été très intense sur cette question, si tant est que celle-ci ait fait l'objet d'un véritable débat : les propositions du rapporteur spécial ont été pratiquement avalisées sans autre forme de « procès ». Ce n'est pas un mal en soi. Le problème est néanmoins que la

(22) Op. ind. Ago, *ibid.*, p. 188, § 16 (nous soulignons).

(23) Le propos pourrait être nuancé. Il est vrai, en particulier, que le raisonnement de la Cour dans l'affaire des *Activités militaires* n'est pas toujours, en ce qui concerne l'organe de fait, des plus aisés à interpréter. On aura par exemple l'occasion de reparler, ci-après, du rapport entre les *instructions* et le *contrôle effectif*, d'aucuns ayant refusé d'assimiler, comme nous l'avons fait, ces deux éléments : dans cette optique, la Cour n'aurait *pas* adopté le critère de l'instruction dans son arrêt de 1986. Voy. gén., à ce sujet, les intéressantes observations de C. KRESS, « L'organe de facto en droit international public. Réflexions sur l'imputation à l'État de l'acte d'un particulier à la lumière des développements récents », *R.G.D.I.P.*, 2001, pp. 103-107, et celles de J. VERHOEVEN, « Le droit, le juge et la violence. Les arrêts Nicaragua c. États-Unis », *R.G.D.I.P.*, 1986, p. 1231.

(24) A/CN.4/490/Add.5, § 215.

motivation de ces propositions n'était pas toujours pleinement convaincante.

Le rapporteur spécial a proposé que le critère de la direction et du contrôle soit consacré comme un critère alternatif à celui des instructions (25). Plusieurs arguments ont été avancés à l'appui de cette recommandation. En ordre principal, M. Crawford s'est fondé sur l'arrêt de la Cour en l'affaire des *Activités militaires* (26). Selon son analyse, la Cour aurait été prête à tenir les États-Unis pour responsables du comportement des *contras* dans le cadre d'opérations spécifiques s'il avait été démontré que les États-Unis exerçaient sur celles-ci un « contrôle effectif » ; seul le juge Ago aurait exigé de véritables instructions dans son opinion individuelle, et non la majorité de la Cour (27). Autrement dit, l'imputation aurait été en l'occurrence refusée en raison de l'absence de preuve d'un contrôle effectif sur les opérations spécifiques, et non en raison de l'absence d'instructions relatives aux actes particuliers des *contras*. Selon cette lecture, l'instruction et le contrôle effectif ne sont pas tenus pour équivalents — l'implication de l'État est moindre dans le second cas que dans le premier —, et il suffit que la matérialité de l'une ou de l'autre soit établie pour qu'il y ait organe de fait.

Qu'en penser ? Les motifs de l'arrêt *Nicaragua* ne sont certes pas toujours parfaitement cohérents à propos des problèmes d'imputation, le langage variant d'un paragraphe à l'autre, et parfois au sein d'un même paragraphe, sans que l'on sache très bien si c'est ou non la même réalité qui est visée ; aussi plusieurs lectures sont-elles certainement concevables, et il serait difficilement admissible que l'on fasse primer une lecture sur une autre sans assortir ce choix de nuances. Il faut reconnaître à cet égard que

(25) Voy. sa recommandation d'article dans son premier rapport, A/CN.4/490/Add.6, § 287.

(26) D'autres précédents ont été invoqués, qui ne sont pas rapportés ici : soit M. Crawford n'en tire aucune conclusion en termes de « contrôle » (voy., à propos de la sentence *Yeager*, son premier rapport, A/CN.4/490/Add.5, § 209), soit les conclusions qu'il en tire gagnent à être analysées en d'autres endroits (*ibid.*, §§ 204 et s., au sujet du jugement *Tadic* du 7 mai 1997, dont il sera question en même temps que de l'arrêt d'appel du 15 juillet 1999, *infra*, C). Enfin, concernant l'arrêt *Loizidou*, le rapporteur spécial lui-même émet des doutes quant aux règles dont la Cour européenne des droits de l'homme fait application : s'agit-il véritablement des règles sur l'imputation ? N'y a-t-il pas plutôt là un problème de causalité (voy. son premier rapport, A/CN.4/490/Add.5, § 211) ? Ou un problème de responsabilité d'un État pour le fait d'une autre « entité collective », hypothèse qui relèverait davantage, *mutatis mutandis*, de l'article 28, § 1^{er}, du projet 1996 (voy. à cet égard C. KRESS, *op. cit.*, p. 109, qui fait référence à l'opinion dissidente du Juge Pettiti) ? Les explications fournies par la Cour européenne sont en tout cas pour le moins sommaires, l'arrêt se contentant de réputer « pertinent » le critère du « contrôle global » (Cour eur. D.H., *Loizidou c. Turquie*, 18 décembre 1996, série A, n° 26, pp. 2235-2236, § 56). Plus fondamentalement, comment ne pas voir, enfin, que la question était dans cette affaire de déterminer si la situation s'était produite sous la « juridiction » de l'État défendeur, au sens de l'article 1^{er} de la Convention, ce qui est en soi très différent d'un processus d'imputation d'un fait à un État. Pour toutes ces raisons, il nous semble qu'on peut difficilement découvrir dans cette décision un précédent très ferme au nouveau critère recommandé par le rapporteur spécial pour l'organe de fait.

(27) Premier rapport, A/CN.4/490/Add.5, § 203.

l'interprétation de M. Crawford est loin d'être indéfendable. Il s'en faut de beaucoup, néanmoins, qu'elle soit largement partagée. Le critère du « contrôle effectif » auquel la Cour fait allusion au paragraphe 115 de son arrêt est en effet généralement considéré comme identique au critère des instructions (« ordonné ou imposé », selon la terminologie du même paragraphe) (28).

Le Comité de rédaction de la C.D.I. a pourtant accueilli favorablement la proposition du rapporteur spécial. Manifestement soucieux d'assouplir l'exigence d'implication « active » de l'État, le Comité a consacré le critère (de la direction et) du contrôle (29). Il fut fait état à cet égard de la difficulté, bien souvent, d'établir l'existence d'instructions formelles (30). Cette préoccupation avait déjà été exprimée par M. Crawford (31); elle se retrouvera encore dans les motifs de l'arrêt de la Chambre d'appel du T.P.I.Y. dans l'affaire *Tadic* (32). Il y a certes un problème de preuve. On peut toutefois hésiter devant la démarche consistant à utiliser celui-ci pour justifier une règle d'imputation. Si l'on devait suivre cette logique, on pourrait à la limite avancer que la preuve du contrôle de l'État est, elle aussi, trop difficile à rapporter; faudrait-il alors concevoir un critère d'imputation plus lâche encore? Jusqu'où aller?

On ne peut pas nier, cependant, que la définition de l'organe de fait sur la base du simple contrôle, alors qu'elle représentait une solution passablement novatrice lorsqu'elle fut suggérée par le rapporteur spécial en 1998, peut s'autoriser désormais d'un précédent significatif.

C. — *L'arrêt Tadic du 15 juillet 1999*

Le 15 juillet 1999, en effet, la Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a rendu sa décision dans l'affaire *Le Procureur c. Dusko Tadic* (33) : elle y a fait application d'un critère de « contrôle global ».

(28) Voy. spéc. op. ind. Ago, *op. cit.*, p. 189, note 1, qui fait le lien entre les deux éléments tout en faisant remarquer que la notion de contrôle effectif est moins précise et peut prêter à confusion avec l'hypothèse du contrôle d'un État sur un autre État. Le T.P.I.Y. lui-même n'y voit qu'un seul « test » (Ch. app., *Tadic*, 15 juillet 1999, §§ 112 et 125). Voy. également, dans le même sens, L. CONDORELLI, *op. cit.*, p. 101. Pour une position empreinte de prudence, en revanche, C. KRESS, *op. cit.*, pp. 103-107.

(29) Voy. le projet adopté à titre provisoire le 4 août 1998 (A/CN.4/L.569).

(30) Voy. le Rapport de la C.D.I. à l'Assemblée générale sur les travaux de sa 50^e session (A/53/10), § 394, où il est fait référence aux affaires de disparition en Amérique latine.

(31) Premier rapport, A/CN.4/490/Add.5, § 215 *in fine*. Voy. aussi J. CRAWFORD, P. BODEAU et J. PEEL, « La seconde lecture du projet d'articles sur la responsabilité des États de la Commission du droit international », *R.G.D.I.P.*, 2000, p. 915.

(32) Arrêt du 15 juillet 1999, § 123.

(33) Affaire n° IT-94-I-A. L'arrêt en anglais est publié dans *I.L.M.*, 1999, pp. 1518 et s.

1. *La position du problème*

La Chambre d'appel devait décider si l'inculpé, membre de l'armée des Serbes de Bosnie (VRS), s'était rendu coupable de certaines des infractions graves visées à l'article 2 du Statut du Tribunal. Cette disposition n'est applicable que si deux conditions sont réunies. Le conflit armé doit, avant tout, revêtir un caractère international (34); les victimes doivent, ensuite, jouir du statut de « personnes protégées » au sens des Conventions de Genève du 12 août 1949.

On sait que la Chambre de première instance II avait considéré, dans son jugement du 7 mai 1997, que la deuxième condition n'était pas satisfaite en l'espèce; elle avait, partant, acquitté M. Tadic des préventions relatives à l'article 2. Pour fonder cette conclusion, les juges du premier degré avaient appliqué le critère des instructions, en se référant à l'arrêt *Nicaragua* de la Cour internationale de Justice : en l'occurrence, à défaut d'un contrôle allant jusqu'à la délivrance de semblables instructions, « les forces armées de la *Republika Srpska* ne pouvaient pas être considérées comme des organes ou des agents *de facto* du Gouvernement de la République fédérale de Yougoslavie (Serbie et Monténégro) » (35). Les victimes de l'accusé ne s'étaient donc à aucun moment trouvées au pouvoir « d'une Partie au conflit ou d'une Puissance occupante dont elles [n'étaient] pas ressortissantes » (36).

La Chambre d'appel, suivant un autre cheminement, a choisi de s'interroger en premier lieu sur la nature du conflit, pour n'aborder la discussion sur le statut des victimes que dans l'hypothèse où elle serait d'abord parvenue à la conclusion que le conflit était international (37). Elle n'en a pas moins consacré, à son tour, d'abondants développements au contenu de la règle sur l'organe de fait : s'il ne fait guère de doutes en effet qu'un conflit armé international a opposé la Bosnie-Herzégovine à la R.F.Y. jusqu'au 19 mai 1992 — date à laquelle cette dernière a officiellement retiré ses troupes de Bosnie (38) —, les affrontements entre le gouvernement de Sarajevo et les Serbes de Bosnie après le 19 juin 1992 méritent-ils encore cette qualification? Ne faut-il pas plutôt y voir un conflit purement interne? Autrement dit, les actes des milices bosno-serbes sont-ils, ou non, imputables à la R.F.Y.? Celles-là peuvent-elles, en définitive, être tenues pour des organes de fait de celle-ci?

(34) T.P.I.Y., Ch. app., *Le Procureur c. Dusko Tadic*, compétence, 2 octobre 1995, affaire n° IT-94-I-A, § 84 (*I.L.R.*, vol. 105, p. 499).

(35) T.P.I.Y., Ch. prem. inst. II, *Le Procureur c. Dusko Tadic*, 7 mai 1997, affaire n° IT-94-I-T, § 607. Voy. toutefois l'opinion individuelle et dissidente du Juge McDonald.

(36) Art. 4, al. 1^{er}, de la IV^e Convention de Genève.

(37) Arrêt du 15 juillet 1999, §§ 80-82.

(38) Voy. déjà Ch. prem. inst. II, jugement du 7 mai 1997, § 569, confirmé en appel, arrêt du 15 juillet 1999, § 87.

La Chambre d'appel a répondu positivement à cette question. La conclusion n'a bien sûr pas été sans conséquence sur la culpabilité de l'accusé, dont l'acquittement du chef des infractions à l'article 2 du Statut fut finalement réformé (39). Revêtent toutefois seuls de l'intérêt pour notre étude les motifs de l'arrêt sur les critères du fonctionnaire de fait; ils sont assez remarquables, nul n'en disconvient, même s'ils peuvent ne pas emporter toujours l'adhésion.

Les juges du second degré ont commencé par identifier les sources dans lesquelles ces critères devaient être recherchés. Forte de l'opinion de la Présidente de la Chambre de première instance (40), l'accusation soutenait à cet égard que les conditions d'application de l'article 2 du Statut devaient être déterminées conformément aux dispositions des Conventions de Genève et aux principes pertinents du droit international humanitaire, lesquels prévoiraient un critère de « lien démontrable »; ce lien existerait entre la VRS et Belgrade. Selon l'accusation toujours, ce serait donc à tort que la majorité de la Chambre de première instance aurait appliqué le critère des instructions dégagé par la C.I.J. : dans l'affaire des *Activités militaires*, la Cour avait en effet traité de la responsabilité internationale des États et non de la responsabilité pénale individuelle (41). La Chambre d'appel a coupé court à cette théorie du procureur. Convaincue de l'inexistence, dans le droit international humanitaire, de critères spécifiques permettant d'apprécier dans quels cas un groupe de personnes pouvait être considéré comme agissant en qualité d'agent de fait d'un État, elle a décidé de se tourner vers les règles générales de la responsabilité internationale des États. Ce raisonnement a été parfois critiqué (42); il ne nous semble pourtant pas véritablement vicié. La question qui se posait, on l'a dit, était de savoir si la R.F.Y. était, ou non, impliquée dans le conflit de prime abord interne en Bosnie. Pouvait-on donc analyser les agissements des Serbes de Bosnie comme un « fait de l'État » yougoslave? C'était certes une question préliminaire dont la solution devait avoir une incidence, *in fine*, sur la responsabilité pénale individuelle de l'inculpé, puisque celle-ci dépendait de la constatation d'un conflit armé *international*. On comprendrait mal cependant que, pour cette raison, les règles générales sur le « fait de l'État » aient été tenues à l'écart : les principes qui régissent en droit des gens l'attribu-

(39) Arrêt du 15 juillet 1999, §§ 170-171. La Chambre d'appel avait auparavant jugé que la deuxième condition d'application de l'article 2 (le bénéfice dans le chef des victimes du statut de « personnes protégées ») était remplie (*ibid.*, §§ 163-169).

(40) Voy. op. ind. et diss. McDonald sous le jugement du 7 mai 1997, not. § 21.

(41) Arrêt du 15 juillet 1999, §§ 69-72 et 89. Cette thèse a été reçue par la Chambre de première instance Ilqater dans l'affaire *Le Procureur c. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic alias « Pavo », Hazim Delic et Esad Landzo alias « Zenga »* (affaire dite du camp de Celebici), n° IT-96-21-T, jugement du 16 novembre 1998, §§ 230-231 (voy. à ce sujet H. ACENCIO et R. MAISON, « L'activité des tribunaux pénaux internationaux (1998) », *A.F.D.I.*, 1998, pp. 388 et s.).

(42) Voy. p. ex. Th. MERON, « Classification of Armed Conflict in the Former Yugoslavia : Nicaragua's Fallout », *A.J.I.L.*, 1998, pp. 236-237.

tion d'un comportement à un État ne paraissent pas devoir varier selon que l'on a pour tâche de déterminer la responsabilité internationale de cet État ou d'apprécier, pour l'application d'un régime de droit international pénal, son implication dans un conflit (43). C'est par suite à bon escient, nous semble-t-il, que les juges du second degré ont appliqué ces principes *du droit international général* — ou du moins des critères qu'ils ont présentés comme tels. S'étant résolument placés sur ce « terrain », le même que celui de l'arrêt *Nicaragua*, leurs solutions n'en sont que plus surprenantes.

2. Le « contrôle global » des « groupes organisés »

Après avoir en effet rappelé que, dans cet arrêt, la Cour internationale de Justice avait retenu, pour caractériser l'organe de fait, le critère du « contrôle effectif » (voy. *supra*), c'est-à-dire un critère « de contrôle très étroit » (44), allant « jusqu'à la délivrance d'instructions précises pour les diverses activités des individus » (45), la Chambre d'appel du T.P.I.Y. n'en a pas moins jugé, contre la décision de la majorité des juges *a quo*, que ce critère n'était pas pertinent dans l'affaire qui lui était soumise. Des instructions spécifiques (46) ne seraient requises, selon elle, que pour un particulier isolé ou un groupe non organisé. S'agissant en revanche d'un « groupe organisé » (47), le droit international n'exigerait pas que ses membres aient reçu des instructions précises : il suffirait, pour que leurs actes soient imputables à un État, que celui-ci ait exercé sur le groupe un « contrôle global » (48). L'armée des Serbes de Bosnie fut en l'espèce tenue pour une « organisation militaire » (49), et la Chambre d'appel considéra que le « contrôle global » de la R.F.Y. sur cette organisation était dans les faits suffisamment

(43) Voy. les motifs de l'arrêt du 15 juillet 1999, §§ 98 et 103-105, spéc. § 104. Voy. aussi op. ind. Shahabuddeen, § 22.

(44) Arrêt du 15 juillet 1999, § 99.

(45) *Ibid.*, § 125.

(46) Ou, à défaut, une approbation publique *a posteriori* de la part des autorités étatiques.

(47) La terminologie utilisée par la Chambre d'appel est loin d'être toujours parfaitement cohérente. La Chambre parle d'abord d'un « groupe organisé et structuré hiérarchiquement, comme une unité militaire ou, en temps de guerre ou de troubles internes, des bandes d'éléments irréguliers ou de rebelles armés » (§ 120; nous soulignons) : le groupe à caractère proprement militaire ou apparenté ne semble donc être qu'un genre particulier dans l'espèce plus vaste des « groupes organisés », ce qui se conçoit aisément. Dans la suite des motifs, pourtant, cette dernière catégorie est presque systématiquement réduite aux seuls « groupes militaires ou paramilitaires » (§§ 123 et s.), même si l'arrêt devient à nouveau plus nuancé en certains endroits (p. ex. § 146). La définition exacte des groupes auxquels est réputé s'appliquer le critère du contrôle global se trouve compliquée du fait de ces imprécisions.

(48) Arrêt du 15 juillet 1999, §§ 118 et s. L'arrêt précise toutefois, en se référant (§ 130) à la jurisprudence *Nicaragua*, que ce « contrôle global » doit « aller au-delà de la simple aide financière, fourniture d'équipements militaires ou formation » (§ 137) : l'État doit avoir joué un rôle « dans l'organisation, la coordination ou la planification des actions militaires du groupe » (*ibid.*), sans qu'il soit pour autant nécessaire qu'il ait émis des ordres ou des instructions particuliers pour la perpétration de chacun des faits illicites commis dans le cadre de ces actions.

(49) *Ibid.*, § 145.

avéré (50) : la démonstration du caractère international du conflit était faite, et d'aucuns s'en sont réjoui (51).

Il n'est pas sûr pourtant que la Chambre d'appel se soit ainsi contentée d'*appliquer* la théorie de l'organe de fait ; à certains égards, elle paraît plutôt s'être laissée emporter par la tentation de *faire* le droit, ce qui n'était assurément pas son office. En effet, la distinction entre les individus (ou les groupes non organisés) et les « groupes organisés », qui gouverne l'application de critères différents pour l'organe de fait, est à notre connaissance sans véritable précédent dans la pratique internationale ! Les motifs qui l'étaient sont au demeurant quelque peu mystérieux. La Chambre d'appel explique que, « de toute évidence, [le critère du contrôle global] existe pour éviter que l'État puisse se prévaloir de (...) l'absence d'instructions spécifiques pour se soustraire à sa responsabilité internationale » (52). Ce genre d'argument avait été déjà soulevé dans l'enceinte de la C.D.I., sans qu'il paraisse pourtant totalement convaincant (voy. *supra*, B) : appliqué ici au critère des instructions, il pourrait en effet tout aussi logiquement l'être à celui du contrôle global.

Malgré cela, jugeant que « [l]es principes du droit international relatifs à l'imputation aux États d'actes accomplis par des particuliers ne reposent pas sur des critères rigides et uniformes », la Chambre d'appel « estime que le droit international ne saurait exiger dans tous les cas un contrôle très étroit. Il convient plutôt de distinguer plusieurs cas de figure » (53). Or, poursuit-elle,

« [u]n groupe organisé diffère manifestement d'un individu du fait qu'il est doté d'une structure, d'une chaîne de commandement, d'un ensemble de règles ainsi que de symboles extérieurs d'autorité. En principe, les membres du groupe n'agissent pas de manière indépendante mais se conforment aux règles en vigueur dans le groupe et sont soumis à l'autorité d'un chef (...). Un groupe organisé se livre normalement à toute une série d'activités. S'il est sous le contrôle global de l'État, celui-ci est forcément responsable de ses actes (...). Les actes commis par ce groupe ou par ses membres peuvent dès lors être assimilés à des actes d'organes de fait de l'État, que ce dernier ait ou non donné des instructions particulières pour la perpétration de chacun d'eux » (54).

On peut néanmoins hésiter à soutenir que les membres d'un « groupe organisé » agissent *nécessairement* — c'est-à-dire dans *tous* leurs actes — « pour le compte de l'État » dès l'instant où celui-ci exerce sur le groupe un « contrôle global ». Or c'est bien ceci qui est exigé par la théorie du fonction-

(50) *Ibid.*, § 162.

(51) Voy. H. ACSENCIO et R. MAISON, « L'activité des tribunaux pénaux internationaux (1999) », *A.F.D.I.*, 1999, p. 491 : « (...) la Chambre d'appel infirme heureusement les conclusions contestées de la Chambre de première instance. En l'espèce, le conflit est considéré comme international. Les forces serbes de Bosnie peuvent être tenues pour un organe de fait de la RFY (...) ».

(52) *Ibid.*, § 123 *in fine*.

(53) *Ibid.*, § 117.

(54) *Ibid.*, §§ 120, 122 et 137.

naire de fait, telle qu'elle est appliquée de longue date par les juridictions internationales : il faut que le particulier ait agi en fait pour le compte de l'État (55). Il n'est pas douteux, on a déjà eu l'occasion de le dire, que cette condition est vérifiée lorsque la personne a reçu des instructions spécifiques : si l'État commande d'agir dans un sens déterminé, c'est que l'exécution de l'ordre est censée le servir. En l'absence, par contre, de telles instructions, le sujet d'un groupe, tout « organisé » celui-ci soit-il, peut très bien avoir agi pour son *propre* compte, alors même que son groupe se trouvait placé sous le « contrôle global » de l'État. La Chambre d'appel transforme pourtant ce sujet en organe de fait, dans cette hypothèse également : la notion s'en trouve exagérément élargie (56).

L'arrêt ne convainc pas beaucoup plus lorsqu'à l'appui du critère du « contrôle global », il invoque certaines décisions arbitrales et judiciaires. Sont principalement cités la sentence *Yeager* et l'arrêt *Loizidou*. L'une comme l'autre de ces affaires gagnent toutefois à être interprétées avec la plus grande prudence. Dans la première d'entre elles, la question se posait de savoir si l'expulsion du requérant pouvait être imputée à l'Iran, alors qu'elle avait été matériellement exécutée par les « Gardiens de la Révolution » dans la période précédant leur incorporation parmi les organes de l'État. Le Tribunal des différends irano-américains jugea que l'expulsion était bien un fait de l'Iran, sans avoir pourtant recherché si les organes de cet État avaient donné des instructions à cet effet : la simple *tolérance* de l'État territorial à l'égard des agissements de particuliers lui parut suffisante pour considérer que ceux-ci avaient agi en fait pour le compte de celui-là (57). On ne sait trop, cependant, si le Tribunal a fait en l'occurrence une application de l'article 8, *a*, du projet 1996 ou une application de l'article 8, *b* (58). La référence, dans les motifs, à l'exercice de prérogatives du pouvoir en l'absence d'autorités officielles fait pencher en faveur de la seconde solution (59). Les deux dispositions sont, en tout cas, citées dans

(55) Voy. p. ex. la décision du 15 juillet 1927 de la Commission générale des réclamations États-Unis d'Amérique/Mexique en l'affaire *Stephens*, dans laquelle il est observé que les « auxiliaires » de l'armée mexicaine dont la conduite était en cause « were 'acting for' Mexico or for its political subdivisions » (*R.S.A.*, IV, p. 267, § 4).

(56) Voy. l'analyse stimulante de P. d'ARGENT, *op. cit.*, pp. 524-529, qui explique ce glissement par l'approche « organique » que la Chambre d'appel a privilégiée au détriment d'un critère « fonctionnel » : il était inévitable, dans ces conditions, que soit réintroduite la dichotomie entre l'individu agissant « en qualité d'agent de fait de l'État » (arrêt du 15 juillet 1999, § 98) et celui agissant à titre privé (voy. *supra*, note 7, à propos de l'organe *de jure*).

(57) *Kenneth P. Yeager v. The Islamic Republic of Iran*, 2 novembre 1987, *Iran-U.S. C.T. Rep.*, vol. 17 (1987-IV), pp. 104-105, §§ 43 et 45.

(58) L'article 8, *b*, se lit comme suit : « Est aussi considéré comme un fait de l'État d'après le droit international le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes si (...) cette personne ou ce groupe de personnes se trouvait exercer en fait des prérogatives de puissance publique en cas de carence des autorités officielles et dans des circonstances qui justifiaient l'exercice de ces prérogatives ».

(59) La Chambre d'appel du T.P.I.Y. elle-même, dans sa lecture de la sentence, insiste sur l'exercice par les « Gardiens de la Révolution » de *fonctions officielles* (arrêt du 15 juillet 1999, § 127).

la sentence et M. Crawford, dans son premier rapport à la C.D.I., a étudié la jurisprudence *Yeager* aussi bien dans le cadre de l'article 8, *a*, que dans celui de l'article 8, *b* (60). Il n'est donc pas sûr que l'on puisse tirer de cette décision parfois ambiguë des enseignements catégoriques quant au contenu de la règle sur l'organe de fait.

Il en va de même de l'arrêt *Loizidou*. La Cour européenne des droits de l'homme devait, dans cette affaire, déterminer si la situation litigieuse s'était produite sous la « juridiction » de l'État défendeur, au sens de l'article 1^{er} de la Convention : ce processus est en soi différent de celui qui permet d'imputer un comportement à un État (61). À nouveau, il n'est donc pas établi, beaucoup s'en faut, qu'il y ait là un précédent très concluant duquel pourrait s'autoriser la Chambre d'appel.

En somme, l'arrêt *Tadic* innove indiscutablement — et dans une direction qu'on peut hésiter à suivre — lorsqu'il affirme qu'à l'égard des « groupes organisés », le critère de l'organe de fait est le simple « contrôle global ». Rien n'interdit toutefois d'innover. Simplement, il convient de reconnaître à cette jurisprudence sa juste valeur : celle qui s'attache à une décision pratiquement isolée (62). Il ne faudrait pas cependant en minimiser l'importance : il y a là, malgré les doutes qu'on peut avoir vis-à-vis de ses fondements, un précédent dont on ne peut feindre d'ignorer l'existence et, surtout, un argument favorable à la recommandation du rapporteur spécial — argument qui lui faisait jusqu'alors défaut (voy. *supra*, B). La Commission du droit international l'a bien perçu mais sa réaction ne fut pas totalement heureuse, ainsi qu'on l'explique ci-après.

D. — *La position finale de la C.D.I.*

Il n'a pas été tenu compte de l'arrêt *Tadic* de 1999 dans le projet d'articles provisoirement adopté par le Comité de rédaction en 2000 (63), les problèmes d'imputation n'ayant plus été débattus par la C.D.I. depuis

(60) A/CN.4/490/Add.5, §§ 209 et 219 respectivement. Voy. également D.D. CARON, « The Basis of Responsibility : Attribution and Other Trans-Substantive Rules », in R.B. LILLICH et D.B. MAGRAW (éd.), *The Iran-United States Claims Tribunal : Its Contribution to the Law of State Responsibility*, New York, Transnational Publishers, 1998, p. 143, pour qui la sentence présente l'article 8, *b*, comme « an evidentiary solution to the difficulties of proof inherent [dans le cadre de l'article 8, *a*] ». Voy. gén., sur ce problème, C. KRESS, *op. cit.*, pp. 110-112.

(61) Voy. déjà *supra*, note 26.

(62) Il est vrai que la Chambre d'appel du T.P.I.Y. a fait à nouveau application du critère du « contrôle global » dans l'affaire *Le Procureur c. Zlatko Aleksovski*, 24 mars 2000, n° IT-95-14/1-A (voy. not. § 134), la Chambre de première instance I dans l'affaire *Le Procureur c. Tihomir Blaskic*, 3 mars 2000, n° IT-95-14-T, §§ 95 et s. (voy. également, jointe à ce jugement, la déclaration du Juge Shahabuddeen, dans laquelle celui-ci défend l'application, en toutes circonstances, du critère du contrôle effectif dégagé par l'arrêt *Nicaragua*, tout en ne présentant les instructions spécifiques que comme un moyen de *preuve*, dans certains cas, de ce contrôle effectif), et la Chambre de première instance III dans l'affaire *Le Procureur c. Dario Kordic et Mario Cerkez*, 26 février 2001, n° IT-95-14/2-T, §§ 111 et s.

(63) A/CN.4/L.600, 11 août 2000.

1998. Aussi l'article 6 de ce « projet 2000 » se contente-t-il de reproduire le texte arrêté en 1998 (64). Il ne semble pas qu'il faille attacher beaucoup d'importance aux quelques incohérences entre les différentes versions linguistiques de ce texte, celles-ci ayant été finalement alignées en 2001 (65).

La Commission en formation plénière a par contre pu prendre en considération la jurisprudence du T.P.I.Y. au stade de l'adoption du projet en deuxième lecture, en 2001. L'article 8 des articles, de l'intitulé duquel la référence aux instructions a tout simplement disparu (66), se lit en effet comme suit :

« Le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international si cette personne ou ce groupe de personnes, en adoptant ce comportement, agit en fait sur les instructions ou les directives ou sous le contrôle de cet État ».

À la suite du Tribunal, et conformément aux recommandations du rapporteur spécial, la Commission a donc retenu les critères de direction et de contrôle au côté de celui des instructions spécifiques (67). La présentation des trois critères est alternative. Si les disparités linguistiques pouvaient en faire douter en 2000 (68), la chose est en effet désormais certaine, du moins dans l'opinion de la Commission : pour qu'un particulier soit tenu pour un organe de fait de l'État, « il suffit d'établir la réalité de l'un [de ces critères] » (69).

On parle désormais de « directives », certes, et non plus de « direction », mais les deux termes semblent bien se valoir ; le vocable anglais (« direction ») n'a du reste pas changé entre 2000 et 2001. En quoi le fait de « diriger » ou de « donner des directives » peut-il toutefois être utilement distin-

(64) A/CN.4/L.569, 4 août 1998.

(65) L'article 8 du projet 1998 était intitulé « Attribution à l'État d'un comportement mené en fait sur ses instructions ou sous sa direction et son contrôle » et traitait du comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes agissant en fait « sur les instructions ou sous la direction et le contrôle de cet État ». Ce libellé n'a pas été modifié dans la version française de 2000, même si le texte anglais y correspondant parle quant à lui de personnes « in fact acting on the instructions of, or under the direction or control of, that State » (nous soulignons). En revanche, l'intitulé français de l'article 6 du projet 2000 parle, comme son équivalent anglais, d'un comportement mené en fait sur les instructions de l'État « ou bien sous sa direction ou son contrôle » (nous soulignons), cependant que le texte espagnol de l'intitulé fait référence à la « dirección y control » (nous soulignons). Cette confusion généralisée a été résolue dans les articles de 2001, qui, dans toutes les langues, font de la direction et du contrôle des critères alternatifs, et ce aussi bien dans l'intitulé de la disposition que dans son corps.

(66) L'article 8 des articles est intitulé « Comportement sous la direction ou le contrôle de l'État ».

(67) Le Comité de rédaction a pourtant envisagé, un temps, la possibilité de supprimer la référence au contrôle ; les suggestions faites en ce sens n'ont cependant pas abouti (voy. la première déclaration faite par le Président du Comité, M. Tomka, lors des séances 2681 à 2683 de la Commission, tenues du 29 au 31 mai 2001, p. 12).

(68) Voy. *supra*, note 65.

(69) Commentaire de l'article 8, point 7, in Rapport de la C.D.I. à l'Assemblée générale sur les travaux de sa 53^e session (A/56/10), p. 114 (nous soulignons). Voy. déjà Chr. CHINKIN, « A Critique of the Public/Private Dimension », *E.J.I.L.*, 1999, p. 388, note 12.

gué de celui de donner des instructions ? L'un et l'autre ne paraissent pas être, ni dans le langage courant ni dans la terminologie du droit des gens, d'une nature sensiblement différente (70). On peut regretter que les explications de la Commission ne soient pas, sur ce point, plus éclairantes (71).

Plus remarquable encore que cette difficulté est sans doute le fait que les articles ne disent mot de la distinction, tracée par l'arrêt *Tadic*, entre individus (ou groupes non organisés) et « groupes organisés ». Ce n'est pas tant que cette distinction nous paraissait judicieuse, que du contraire (voy. *supra*, C); c'est surtout que la Commission du droit international, en se retranchant dans ce silence embarrassant, donne au critère du contrôle une portée plus large encore que celle que lui prêtait l'arrêt. Si l'on suit en effet les prescriptions de l'article 8 des articles, ce critère a vocation à s'appliquer, semble-t-il, à toutes les personnes privées et à tous les groupes, quels que soient leurs caractères. La jurisprudence du T.P.I.Y. défendait l'application du critère du contrôle vis-à-vis des « groupes organisés » mais persistait expressément à exiger des instructions à l'endroit des individus isolés et des groupes non organisés (voy. *supra*, C); la C.D.I. se contente apparemment d'un simple contrôle, à l'égard de ceux-ci également. On le répète, il n'eût pas nécessairement été bon que la dichotomie individus/« groupes organisés » trouve un écho dans les articles; néanmoins, n'aurait-on pas légitimement pu s'attendre à ce que la Commission, dans son commentaire, précisât à tout le moins la valeur qu'il convenait d'y attacher ? Le commentaire de l'article 8, généralement sommaire, est sur ce point muet. On ne sait trop, en définitive, si la C.D.I. a voulu conférer cette large portée à sa disposition ou s'il s'entend que l'application des critères énoncés par celle-ci doit être gouvernée par le partage opéré dans l'arrêt *Tadic*. La Commission, peut-on déplorer, ne fait finalement qu'ajouter un « son de cloche », un de plus, à un ensemble jurisprudentiel qui ne s'exprimait déjà pas, loin s'en faut, à l'unisson. Il était déjà malaisé, en effet, de concilier les solutions des arrêts *Nicaragua* et *Tadic*, celui-ci concevant l'existence d'une pluralité de critères là où celui-là n'en reconnaissait vraisemblablement qu'un seul; voici que l'organe codificateur des Nations unies brouille plus encore les cartes.

Y a-t-il toutefois vraiment codification ? Là est sans doute la clé du problème. On peut en effet penser que la C.D.I., en rédigeant de la sorte sa disposition sur l'organe de fait, remplit à maints égards sa fonction de déve-

(70) J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 587.

(71) La C.D.I. s'est contentée de renvoyer, à cet égard, au commentaire, lui-même approximatif, de l'article 17 des articles (voy. commentaire de l'article 8, point 1, note 160, in Rapport de la C.D.I. à l'Assemblée générale sur les travaux de sa 53^e session [A/56/10], p. 109), lequel explique que « l'expression 'donne des directives' n'englobe pas une simple incitation ou suggestion [mais] sous-entend une direction effective opérationnelle » (commentaire de l'article 17, point 7, *ibid.*, p. 174).

loppement progressif du droit international davantage que sa mission de codification (72). Il n'y a pas à s'en offusquer, les deux tâches relevant indiscutablement de ses attributions (73); il eût cependant été hautement souhaitable, pour des raisons élémentaires de sécurité juridique, qu'elle fasse alors plus nettement le départ entre ce qui était codifié et ce qui était simplement « développé »! La tâche peut certes n'être pas toujours aisée. Il n'est pourtant pas douteux qu'en l'occurrence, le critère des instructions spécifiques fait à ce jour partie du droit général et que la Commission, sur ce point, fait partant œuvre de codification. Pour le reste, on ne peut avec certitude qu'identifier une tendance, dans la pratique récente, à refuser que ce critère soit le seul qui puisse caractériser le fonctionnaire de fait. Le contrôle semble jouir d'une singulière faveur, mais jurisprudence(s) et doctrine(s) ne s'accordent guère sur les modalités de son application. Faut-il, en particulier, faire le départ entre le contrôle « effectif » auquel la C.I.J. faisait allusion dans l'affaire des *Activités militaires* et le contrôle « global » dont on trouve mention dans l'arrêt *Tadic*? Suffit-il que le contrôle porte sur l'opération dans laquelle s'intègrent les comportements spécifiques contraires au droit international, ceux-ci étant alors automatiquement attribués à l'État, ou faut-il au contraire que le contrôle porte sur chaque comportement particulier (74)? Enfin, doit-on, ou non, appliquer des critères différents selon que sont en cause des individus isolés ou des « groupes organisés » — pour autant que l'on puisse fournir de cette dernière catégorie une compréhension utile?

(72) L'article 15 du statut de la C.D.I., annexé à la résolution 174 (II) adoptée par l'Assemblée générale le 21 novembre 1947, définit le « développement progressif » comme couvrant les « cas où il s'agit de rédiger des conventions sur des sujets qui ne sont pas encore réglés par le droit international ou relativement auxquels le droit n'est pas encore suffisamment développé dans la pratique des États », l'expression « codification » désignant en revanche les « cas où il s'agit de formuler avec plus de précision et de systématiser les règles du droit international dans des domaines dans lesquels il existe déjà une pratique étatique considérable, des précédents et des opinions doctrinales ».

(73) Voy. l'article 13, § 1^{er}, a, de la Charte des Nations unies et l'article 1^{er}, § 1^{er}, du statut de la C.D.I. Il est d'ailleurs généralement bienvenu que l'entreprise de codification du droit international s'accompagne de la recherche de son développement progressif (voy. Y. DAUDET, *Les conférences des Nations Unies pour la codification du droit international*, Paris, L.G.D.J., 1968, p. 21. La nécessité de coupler codification et développement progressif est cependant fondée par l'auteur sur le souci de ne pas se borner à incorporer dans un texte conventionnel des règles majoritairement élaborées en dehors des États nouvellement indépendants *[ibid.]*; on comprend qu'ainsi justifiée, cette nécessité paraisse aujourd'hui quelque peu moins pressante).

(74) La première solution était celle défendue par le rapporteur spécial (voy. son premier rapport, A/CN.4/490/Add.5, § 216). Elle se retrouve dans le point 3 du commentaire de l'article 8 (*in* Rapport de la C.D.I. à l'Assemblée générale sur les travaux de sa 53^e session [A/56/10], p. 110). Ce n'est pourtant pas ce que dit le libellé de l'article 8, qui procède à l'imputation si et seulement si, « en adoptant ce comportement », la personne ou le groupe de personnes agit en fait sous le contrôle de l'État (nous soulignons)! Le point 7 *in fine* du commentaire de l'article 8 plaide d'ailleurs en faveur de la deuxième branche de l'alternative (*ibid.*, p. 114; voy. également, en ce sens, B. SIMMA, « The Work of the International Law Commission at Its Fiftieth Session (1998) », *Nordic J.I.L.*, 1998, pp. 452-453).

Les réponses à ces questions varient, on l'a dit, selon les « clochers ». Les articles auraient dû créer l'unisson ; ils ne sont même pas arrivés à l'harmonie. Partant de l'intention — la nécessité — d'enregistrer l'incontestable évolution vers une multiplication des critères de l'organe de fait, la C.D.I. n'a que partiellement relevé le défi dans la mesure où les règles du droit des gens ne sont pas aujourd'hui beaucoup plus certaines, dans cette matière, qu'elles ne l'étaient auparavant. Sans doute est-ce d'ailleurs là le seul enseignement que l'on puisse tirer, en l'état actuel, des considérations qui précèdent : loin d'avoir atteint l'état de *lex lata*, les critères exacts qui permettent d'affirmer qu'un particulier a agi en fait pour le compte d'un État sont encore, sous réserve du critère de l'instruction, au stade de la formation du droit (75).

II. — LA PORTÉE DE LA « RATIFICATION » D'UN COMPORTEMENT (ARTICLE 11)

Indépendamment des difficultés d'application qu'elle suscite, la théorie de l'organe de fait est, en soi, assez classique. Nul ne conteste que le comportement d'un particulier qui a en fait agi pour le compte d'un État est imputable à celui-ci ; il reste à s'entendre sur les conditions qui permettent de déterminer si l'acte a bel et bien été accompli « pour le compte » de l'État. Il n'est d'ordinaire pas davantage contesté que le comportement d'un particulier qui ne se voit pas exceptionnellement transformé en organe de fait n'est en principe pas attribuable à l'État : si le particulier n'a pas agi en fait pour le compte d'un État, son comportement n'est attribuable qu'à lui seul.

Les États-Unis ne semblent pourtant pas s'être satisfaits de ce simple schéma au lendemain des attaques terroristes du 11 septembre 2001. Apparemment convaincus du fait que les auteurs des attentats ne pouvaient être qualifiés d'agents de fait d'un État, ils n'en ont pas moins fait mine d'imputer ces attentats à l'Afghanistan, au prétexte du soutien territorial apporté par celui-ci. Le (groupe de) particulier(s) qui n'a pas agi en fait pour le compte d'un État peut-il donc voir son comportement néanmoins attribué à un État ?

(75) Voy. à cet égard les observations du Royaume des Pays-Bas, en 2001, qui, pour succinctes qu'elles soient, n'en sont pas moins éloquentes (A/CN.4/515, p. 24) : « Les Pays-Bas notent avec satisfaction que les termes 'direction ou contrôle' permettent d'appliquer à la fois une norme stricte de 'contrôle effectif', comme l'a fait la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Nicaragua*, et une norme plus souple comme l'a fait la Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dans l'affaire *Tadic*. Cette ambiguïté inhérente est un élément positif qui ouvre le champ à un développement progressif des règles régissant la responsabilité des États ».

Les travaux récents de la C.D.I. témoignent, eux aussi, de cette nouvelle difficulté. En deuxième lecture, la Commission a en effet ajouté à son projet une nouvelle cause d'imputation. L'article 11 des articles se lit comme suit :

« Un comportement qui n'est pas attribuable à l'État selon les articles précédents est néanmoins considéré comme un fait de cet État d'après le droit international si, et dans la mesure où, cet État reconnaît et adopte ledit comportement comme sien ».

Le comportement d'une personne, selon cette disposition, peut donc être imputé à l'État, alors même que cette personne ne peut être qualifiée ni d'organe *de jure* ni d'organe *de facto*, dès l'instant où l'État reconnaît et adopte *a posteriori* comme sien le comportement en question. À première vue, il n'y a là rien que de très classique : la « ratification » d'un acte, après tout, est un mécanisme juridique dont de nombreux droits internes sont familiers. Il est pourtant surprenant au plus haut point que cette technique soit transposée dans le domaine du « fait de l'État », tant elle paraît (pouvoir) y impliquer quelque curieux retour à de vieilles doctrines que l'on croyait abandonnées de longue date (A). Les explications fournies sur ce point par la C.D.I. sont du reste loin d'être convaincantes (B), et le discours américain récent sur le soutien des États au terrorisme international ne semble pas être de nature à remettre en cause notre critique (C).

A. — *La résurgence de l'ancien droit*

Il peut advenir qu'à l'occasion des agissements d'un particulier — agissements dont la matérialité pourrait être constitutive d'un fait internationalement illicite s'ils étaient le fait d'un État —, un État se rende coupable, par le truchement de ses organes *de jure*, d'une infraction à ses obligations internationales. Cette infraction peut résulter, par exemple, d'un défaut de prévention ou du manquement à une obligation de répression du comportement en question (76). L'État peut-il, dans ces conditions, se voir imputer le comportement *du particulier*, au motif qu'il se serait en quelque sorte rendu « complice » de ce comportement en ne faisant pas le nécessaire pour en prévenir la survenance ou en réprimer l'accomplissement ?

1. *Le rejet de la théorie de la complicité*

Le professeur Ago a consacré de longs développements au problème dans son quatrième rapport sur la responsabilité des États (77). Au terme d'une analyse magistrale de la jurisprudence internationale et de la pratique des

(76) Respectivement, voy. p. ex. l'obligation spéciale de protection que l'article 22, § 2, de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques fait peser sur l'État accréditaire et l'obligation de poursuite découlant de l'article 8 de la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif du 15 décembre 1997.

(77) A/CN.4/264 et Add.1, *Ann. C.D.I.*, 1972, vol. II, pp. 103 et s., §§ 61 et s.

États, ses conclusions sont sans appel : la conduite du particulier agissant à titre privé n'est *pas* attribuable à l'État, nonobstant la complaisance dont celui-là a pu bénéficier de la part de celui-ci, mais cela « ne signifie point que l'État ne puisse pas encourir *autrement* une responsabilité internationale à l'occasion de [cette conduite] » (78). Cette responsabilité ne peut cependant découler que du seul fait, distinct, *des organes étatiques* qui, par leur action ou leur omission en rapport avec la conduite du particulier, ont méconnu les obligations propres de l'État (79). Ce qui est systématiquement attribué à l'État, dans les décisions et la pratique contemporaines, c'est donc le fait des organes de l'État en relation avec le comportement du particulier, et ce fait seulement. Le comportement du particulier, en revanche, n'est nullement imputé à l'État. Il joue simplement, en pareille perspective, le rôle de révélateur ou d'« élément catalyseur » (80) de l'illécéité de la conduite des organes étatiques (81). La manière de « participation » étatique qui entache le comportement du particulier n'implique, à cet égard, aucune espèce d'endossement de ce comportement par l'État (82).

Un des principaux mérites de ces travaux du professeur Ago est d'établir que le droit contemporain de la responsabilité internationale semble donc bien avoir refoulé dans l'oubli l'ancienne théorie dite de la complicité. Selon cette doctrine, essentiellement défendue à l'origine par Emer de Vattel (83), le fait du particulier est susceptible d'être attribué à l'État si celui-ci « participe » au délit, soit — pour emprunter cette fois au langage de Grotius (84) — en ne le prévenant pas (*patientia*), soit en ne punissant pas son auteur (*receptus*) (85). La doctrine de la complicité, ainsi entendue, ne sou-

(78) *Ibid.*, § 145 (nous soulignons).

(79) Il s'ensuit que l'État responsable n'est en principe tenu de réparer, dans ce genre de circonstances, que « la partie du dommage qui résulte des carences coupables de ses organes, à supposer qu'une telle détermination soit possible » (J. VERHOEVEN, *Droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 623); l'appréciation de la causalité peut en effet n'être pas simple, mais ce problème dépasse l'objet de notre étude.

(80) Quatrième rapport (A/CN.4/264 et Add.1), § 65.

(81) Sur le caractère plus ou moins « serré » du lien unissant le fait du particulier à celui de l'État, selon la teneur de l'obligation primaire pesant sur ce dernier, voy. L. CONDORELLI, *op. cit.*, p. 99.

(82) Voy., pour des applications dans le domaine des droits de l'homme, H. DIPLA, *La responsabilité de l'État pour violation des droits de l'homme. Problèmes d'imputation*, Paris, Pédone, 1994, pp. 55-67.

(83) *Le Droit des Gens, ou Principes de la Loi Naturelle, Appliqués à la Conduite et aux Affaires des Nations et des Souverains*, Washington, Carnegie Institution of Washington, 1916, livre II de la 1^{re} édition (1758), chap. VI, pp. 309 et s.

(84) *De Jure Belli ac Pacis*, livre II, chap. XXI, Publications of the Carnegie Endowment for International Peace, Oxford, Clarendon Press, 1925, pp. 522 et s.

(85) « Si un Souverain, qui pourrait retenir ses sujets dans les règles de la justice et de la paix, souffre qu'ils maltraitent une Nation étrangère, dans son corps ou dans ses membres, il ne fait pas moins de tort à cette Nation que s'il la maltraitait lui-même. (...) [s]i la Nation, ou son conducteur, approuve et ratifie le fait du citoyen, elle en fait sa propre affaire : l'offensé doit alors regarder la Nation comme le véritable auteur de l'injure, dont peut-être le citoyen n'a été que l'instrument (...). 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 » (E. de VATTEL, *op. cit.*, pp. 310-312, §§ 72, 74 et 77). Voy. aussi,

lève pas d'objections théoriques à une époque où l'État s'identifie peu ou prou à ses organes suprêmes; les actes illicites des fonctionnaires ou des sujets en général engageaient la responsabilité de la collectivité pour autant que le prince ait commis quelque « faute » en rapport avec ces actes (86). Mais l'État, depuis, s'est « organisé » : il a désigné, dans son ordre juridique, ses « organes ». La conduite de ces organes sera réputée un « fait de l'État »; à l'opposé, celle des particuliers ne le sera pas en principe (87). Voilà sans doute la raison profonde qui explique qu'à l'articulation des XIX^e et XX^e siècles, la théorie de la complicité ait été majoritairement abandonnée par la jurisprudence arbitrale (88), la pratique des chancelleries (89) et la doctrine dominante (90), et que l'on ait eu depuis lors le souci de faire le départ entre l'acte du particulier et le fait de l'État concernant cet acte. Quels qu'en soient cependant les facteurs, la réalité de la transformation est avérée : Ago a démontré, précisément, que l'ancienne conception ne trouvait plus guère d'écho dans la pratique contemporaine.

La démonstration du rapporteur spécial a manifestement convaincu la C.D.I., qui en a reproduit les étapes essentielles dans le commentaire (91) de la disposition appelée à devenir l'article 11 du projet 1996. Cette disposition (voy. déjà *supra*) codifie avec une limpidité appréciable les principes dont il vient d'être question. Rejetant catégoriquement la doctrine de la complicité, elle se lit comme suit :

« 1. N'est pas considéré comme un fait de l'État d'après le droit international le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes n'agissant pas pour le compte de l'État.

p. ex., J.L. BRIERLY, « The Theory of Implied State Complicity in International Claims », *B.Y.I.L.*, 1928, pp. 42-49.

(86) R. AGO, « Le délit international », *R.C.A.D.I.*, t. 68 (1939-II), p. 477.

(87) Voy. les intéressantes explications à ce sujet de L. CONDORELLI, *op. cit.*, pp. 53-54.

(88) Voy. p. ex. la sentence rendue le 16 novembre 1925 par la Commission générale des réclamations États-Unis d'Amérique/Mexique dans l'affaire *Janes* (*R.S.A.*, IV, spéc. p. 87, § 20). En sens contraire toutefois, op. ind. Nielsen, *ibid.*, pp. 90 et s., ainsi que la sentence rendue le 5 novembre 1875 par la Commission mixte Grande-Bretagne/Colombie dans l'affaire *Cotesworth and Powell*, H. LA FONTAINE, *Pasicrisie internationale 1794-1900*, La Haye-Boston-Londres, Nijhoff, 1997 (1^e éd., Berne, Stämpfli, 1902), p. 173.

(89) Voy., dans la pratique tout à fait récente, la note du 18 novembre 1998 de la Direction du droit international public du Département fédéral des affaires étrangères de la Suisse, reproduite par extraits in L. CAFLISCH, « La pratique suisse en matière de droit international public 1998 », *R.S.D.I.E.*, 1999, pp. 706-707.

(90) Voy. spéc., outre Triepel et l'étude classique d'Anzilotti (« La responsabilité internationale des États à raison des dommages soufferts par des étrangers », *R.G.D.I.P.*, 1906, pp. 5 et s. et 285 et s.), les nombreux auteurs cités par Ago dans son quatrième rapport, A/CN.4/264 et Add.1, § 142. Dans les ouvrages généraux récents, R. JENNINGS et A. WATTS, *Oppenheim's International Law*, vol. I, 9^e éd., Longman, 1992, p. 549, note 2; J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public*, 5^e éd., Paris, Montchrestien, 2001, p. 540. *Contra*, semble-t-il, P.-M. DUPUY, *Droit international public*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 1998, p. 426 (la formulation est en tout cas ambiguë).

(91) In Rapport de la C.D.I. à l'Assemblée générale sur les travaux de sa 27^e session (A/10010/Rev.1), *Ann. C.D.I.*, 1975, vol. II, pp. 75 et s. Voy. toutefois pp. 88-89, §§ 36-37, pour l'explication des (légers) écarts de formulation par rapport à la recommandation faite par Ago dans son quatrième rapport (A/CN.4/264 et Add.1, § 146).

2. Le paragraphe 1 est sans préjudice de l'attribution à l'État de tout autre comportement qui est en rapport avec celui des personnes ou groupes de personnes visés audit paragraphe et qui doit être considéré comme un fait de l'État en vertu des articles 5 à 10 ».

Enfin, deux affaires retentissantes ont donné à la Cour internationale de Justice l'occasion de mettre ses pas dans ceux de la Commission du droit international, au moins implicitement. Il est vrai que la première de ces affaires, l'affaire du *Personnel diplomatique*, se prêtait particulièrement bien à une application des règles exprimées à l'article 11 du projet 1996, puisqu'était notamment en cause, dans la première phase des événements, l'obligation spéciale de protection que l'article 22, § 2, de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques fait peser sur l'État accréditaire. La Cour (voy. *supra*) a refusé d'attribuer à l'Iran les actes faisant partie de cette première phase des événements, parce que les « militants » n'avaient pas en l'espèce agi pour le compte de celui-ci (article 11, § 1^{er}, du projet 1996). La Cour a en revanche déterminé que l'Iran était responsable des carences de ses propres organes, mises en évidence par le comportement des particuliers (*ibid.*, art. 11, § 2). En raisonnant ainsi, la C.I.J. rejette donc à son tour la théorie de la complicité. La deuxième phase des événements comprenait l'occupation continue de l'ambassade et la détention persistante des otages : la Cour a imputé ces actes à l'État, après avoir constaté la transformation des « militants » en organes (de fait) suite à l'approbation officielle des infractions par les autorités iraniennes. En apportant sa caution aux faits illicites des particuliers, en encourageant même leur perpétuation, l'Iran avait conféré à ces actes le caractère d'actes de l'État (92). Il s'entend toutefois que cette transformation radicale de la nature juridique de la situation créée par l'occupation et la détention n'opère qu'*ex nunc* et n'est aucunement rétroactive. Il n'en résulte pas le moins du monde que l'attaque primitive de l'ambassade devient un fait de l'État iranien. Cette attaque reste imputable aux seuls militants, l'Iran n'étant responsable, à cet égard, que de l'omission coupable de ses organes. La Cour l'a affirmé très clairement :

« (...) des félicitations venues après coup, comme celles que l'ayatollah Khomeini semble avoir faites par téléphone le soir même de l'attaque, et d'autres déclarations ultérieures d'approbation officielle, si elles revêtent une grande importance dans un autre contexte qui sera examiné ci-après [n.d.l.r. : la deuxième phase des événements, §§ 69 et s. de l'arrêt], ne modifient pas le caractère initialement indépendant et non officiel de l'attaque de l'ambassade par les militants » (93).

Ce n'est que suite à l'endossement par l'Iran de l'occupation et de la détention continues, et seulement à partir de cet instant, que les géoliers

(92) 24 avril 1980, *Rec.*, 1980, pp. 33-35, §§ 69-75.

(93) *Ibid.*, p. 30, § 59 *in fine* (nous soulignons).

des otages « sont alors devenus des agents de l'État iranien dont les actes engagent sa responsabilité internationale » (94).

Le cheminement emprunté par la Cour dans l'affaire des *Activités militaires* est à peu de choses près identique : le comportement des *contras* ne fut pas tenu pour un fait des États-Unis (voy. *supra*) mais ceux-ci furent jugés responsables du soutien accordé *par leurs propres organes* au mouvement rebelle (95). Il y a de nouveau là, à n'en pas douter, une application tacite mais rigoureuse de principes codifiés par l'article 11 du projet 1996, comme le Juge Ago n'a pas manqué de le faire remarquer dans l'opinion individuelle qu'il a jointe à l'arrêt (96), et un rejet très ferme de la doctrine de la complicité. Les seules différences par rapport à l'affaire du *Personnel diplomatique* sont qu'en l'occurrence, l'État défendeur ne fut pas tenu responsable d'une omission de ses organes mais d'une *action* de la part de ceux-ci — hypothèse considérée naguère comme « rare » par la C.D.I (97). —, et que la Cour n'a pas considéré que les *contras* seraient à un moment donné devenus des organes des États-Unis.

La jurisprudence internationale, en tout cas, ne s'est pas fondamentalement départie de ces solutions depuis les prononcés que l'on vient de rappeler. Quelques singulières survivances de la thèse de Vattel peuvent, certes, être ci et là découvertes (98); il s'en faut de beaucoup cependant qu'elles aboutissent à ressusciter intégralement l'ancienne doctrine. On peut, de même, douter que telle ait été l'intention des auteurs de textes qui, plus ou moins nonchalamment, affirment la responsabilité de l'État pour certains faits de particuliers (99) : loin d'avoir entendu adopter une règle spéciale d'imputation, leur volonté était, plus probablement, de créer une règle primaire, véhiculant de nouvelles obligations substantielles (100). Enfin, cer-

(94) *Ibid.*, p. 35, § 74 (nous soulignons).

(95) 27 juin 1986, *Rec.*, 1986, pp. 146-147, § 292, points 3 et 4 du dispositif (violation du principe de non-intervention et de l'interdiction de l'emploi de la force).

(96) *Ibid.*, p. 188, § 16 et note 1.

(97) Voy. le commentaire de l'article 11 du projet 1996, § 37, in Rapport de la C.D.I. à l'Assemblée générale sur les travaux de sa 27^e session (A/10010/Rev.1), *Ann. C.D.I.*, 1975, vol. II, p. 89.

(98) Voy. p. ex. l'opinion dissidente du Juge Brower sous la sentence rendue le 14 juillet 1987 par le Tribunal des différends irano-américains en l'affaire *Alfred L.W. Short v. The Islamic Republic of Iran (Iran-U.S. C.T. Rep.*, vol. 16 [1987-III], p. 76), dans laquelle il est dit : « The fire brigade commander who studiously looks the other way while the arsonist is at work in his midst is no less guilty of the wrong » (p. 95, § 16; voy. sur cette affaire *A.J.I.L.*, 1988, pp. 140-143).

(99) Voy. p. ex. la recommandation générale n° 19 du 29 janvier 1992 du Comité sur l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes (*Doc. Off. Ass. Gén.*, 47^e session, Supp. n° 38 [A/47/38]), § 9 : « (...) En vertu du droit international en général et des pactes relatifs aux droits de l'homme, les États peuvent être également responsables d'actes privés s'ils n'agissent pas avec la diligence voulue pour prévenir la violation de droits ou pour enquêter sur des actes de violence, les punir et les réparer ». Voy. à cet égard Chr. CHINKIN, « A Critique of the Public/Private Dimension », *E.J.I.L.*, 1999, p. 394.

(100) C. KRESS, *op. cit.*, p. 124, pour qui le Comité a vraisemblablement eu l'intention de formuler des règles primaires concernant des actes privés violant les droits des femmes.

taines prises de position officielles, à première vue troublantes, semblent bien isolées (101). En définitive, on peut avancer sans trop d'hésitations que l'article 11 du projet 1996 était l'expression du droit coutumier.

2. La réapparition de la théorie de la complicité ?

Cette disposition a néanmoins été supprimée lors de la deuxième lecture (102). On l'a déjà dit, il n'y a pas vraiment à en être scandalisé : force est de reconnaître que l'article 11 n'ajoutait rien, en substance, aux dispositions précédentes du projet. Que le comportement d'un particulier ne soit exceptionnellement attribuable à l'État que si le premier a agi effectivement pour le compte du second (art. 11, § 1^{er}), on le savait en effet déjà après avoir lu l'article 8, *a*. Que l'État se voie en toute hypothèse imputer des comportements qui lui sont imputables en vertu des autres dispositions du projet (art. 11, § 2), on aurait pu le deviner également, sans qu'il soit besoin d'une clause supplémentaire à cet effet ! L'article 11 avait certes pour intérêt de confirmer clairement, à la suite des travaux d'Ago, que la doctrine de la complicité n'avait plus cours dans la pratique contemporaine ; il n'était pas pour autant d'une absolue nécessité.

Plus troublante est assurément l'introduction, à la faveur de la deuxième lecture, de l'article 11 des articles, dont le texte a été reproduit ci-avant. La coïncidence de numérotation est purement fortuite : le rapporteur spécial avait initialement proposé cette nouvelle disposition sous la forme d'un article 15*bis* (103), et le hasard seul fit qu'elle devint ensuite, au gré de la réorganisation du chapitre II de la première partie, le nouvel article 11 (104). Aussi ne faut-il voir dans celui-ci aucune espèce de successeur à l'article 11 du projet 1996 : l'un n'est pas destiné à remplacer l'autre. Ils n'ont au demeurant pas du tout la même fonction : si l'article 11 ancien était une simple clause « d'attribution négative », l'article 11 des articles est en revanche un véritable nouveau titre d'imputation, qui s'ajoute aux titres précédents.

Le hasard, cependant, fait parfois mal les choses : il pourrait en effet advenir que l'application de l'article 11 des articles conduise à quelque

(101) Voy. p. ex. les observations de la Roumanie, État intervenant devant la Cour européenne des droits de l'homme, dans l'affaire *Ilie Ilascu, Alexandru Lesco, Andrei Ivantoc et Tudor Petrov-Popa c. Moldova et la Fédération de Russie*, requête n° 48787/99, décision sur la recevabilité du 4 juillet 2001, p. 18 : « [U]n État devrait (...) être tenu responsable du fait illicite des particuliers, lorsque lesdits faits résultent d'un défaut de diligence de la part des organes de l'État, que ce soit sous la forme d'une carence de prévention, d'une insuffisance du contrôle ou d'une négligence ».

(102) Voy. *supra*, note 10, les références notamment au premier rapport de M. Crawford.

(103) Premier rapport, A/CN.4/490/Add.6, § 287.

(104) Voy. l'utile tableau de concordance fourni par J. CRAWFORD, P. BODEAU et J. PEEL, « La seconde lecture du projet d'articles sur la responsabilité des États de la Commission du droit international », *R.G.D.I.P.*, 2000, pp. 936 et s. (aussi dans *A.J.I.L.*, 2000, pp. 662-664, et dans *E.J.I.L.*, 2001, pp. 989-991).

réapparition de la théorie de la complicité,... que l'article 11 du projet 1996 avait justement pour objet de combattre! L'article 11 des articles prévoit que le comportement d'une personne qui n'est en principe pas attribuable à l'État — c'est-à-dire le comportement d'une personne qui, notamment, n'est ni un organe *de jure* (art. 4 des articles) ni un organe *de facto* (*ibid.*, art. 8) — sera néanmoins considéré comme un fait de l'État si celui-ci « reconnaît » ledit comportement et « l'adopte comme étant sien ». Or il ressort du commentaire que le fait pour l'État de reconnaître et d'adopter comme sien « peut être formulé expressément (...), ou inféré du comportement de l'État en question » (105). La carence coupable des organes de l'État, en amont ou en aval de l'acte du particulier, ne sera-t-elle pas considérée comme une « reconnaissance » tacite, ainsi comprise? Le risque n'est pas seulement théorique. On peut ainsi imaginer le cas d'un mouvement terroriste dont les membres auraient commis leur forfait au départ du territoire d'un État qui leur avait offert une base arrière; ces mêmes terroristes peuvent ensuite avoir trouvé un refuge bienveillant dans un État qui refuse de les livrer, contrairement, par exemple, à l'injonction du Conseil de sécurité (106). Les terroristes sont assurément responsables de leur crime. L'État, de son côté, est indiscutablement responsable, selon les cas, d'avoir toléré que son territoire soit utilisé en vue de la perpétration d'actes de terrorisme (107) ou d'avoir refusé d'obtempérer à la décision du Conseil de sécurité (108) : il s'agit en effet là d'omissions coupables *de ses organes*. L'État peut-il également se voir imputer l'acte terroriste lui-même? Il n'est pas impossible que l'article 11 des articles puisse autoriser cette conclusion : dès l'instant en effet où l'« appropriation » du comportement du particulier peut n'être qu'implicite, on ne peut exclure que le soutien procuré à ce dernier avant l'accomplissement de son acte, ou plus encore le refus de le punir ou de le livrer, soient interprétés comme un endossement de l'acte en question, lequel deviendrait alors un « fait de l'État »... Curieux retour de la doctrine du XVIII^e siècle (109)! Certes, « le fait de reconnaître et de faire sien,

(105) Commentaire de l'article 11 des articles, point 9, *in* Rapport de la C.D.I. à l'Assemblée générale sur les travaux de sa 53^e session, A/56/10, p. 129 (nous soulignons). *Contra*, semble-t-il, I. BROWNIE, *System of the Law of Nations. State Responsibility (Part I)*, Oxford, Clarendon Press, 1983, p. 161.

(106) Voy. les cas recensés dans l'étude volumineuse mais ancienne de R.B. LILLICH et J.M. PAXMAN, « State Responsibility For Injuries to Aliens Occasioned by Terrorist Activities », *Amer. Univ. L. Rev.*, 1977, pp. 251 et s.

(107) Principalement, rés. 2625 (XXV) de l'Assemblée générale, 1^{er} principe, al. 9. Voy. G. GUILLAUME, « Terrorisme et droit international », *R.C.A.D.I.*, t. 215 (1989-III), p. 396.

(108) Art. 25 de la Charte, à tout le moins.

(109) L'exemple n'est ni fictif ni innocent, on l'aura compris. Sans qu'aucun lien soit toutefois opéré, beaucoup s'en faut, avec l'article 11 des articles, les États-Unis n'ont en effet pas hésité, apparemment, à attribuer à l'Afghanistan la responsabilité des attentats lancés contre le territoire américain le 11 septembre 2001, alors que les auteurs matériels de ces attentats étaient des particuliers agissant à titre privé : argument fut pris à cet égard du soutien territorial accordé par ce pays aux terroristes en question. Sur le discours des autorités américaines, et ce qu'il faut en penser en termes d'imputation, voy. *infra*, C.

qu'il se manifeste oralement ou sous forme d'un comportement, doit être clair et sans équivoque » (110); l'intention de l'État est en pareille perspective déterminante, et elle doit être certaine. On ne peut cependant nier, nous semble-t-il, que le pas à franchir n'est pas énorme entre l'article 11 des articles et une certaine résurrection de la « complicité ».

Cela laisse songeur, tant on croyait que celle-ci ne constituait plus, depuis longtemps, une cause d'attribution à l'État du comportement de particuliers. Il est quelque peu surprenant d'observer, à cet égard, que l'introduction du nouvel article 11 a été saluée comme comblant « a significant *lacuna* in the draft articles » (111), au premier chef par la Commission du droit international elle-même (112). Référence fut ainsi faite par celle-ci à quelques précédents, censés démontrer que l'article 11 des articles correspondait bel et bien au droit contemporain de la responsabilité. À l'analyse, toutefois, ces précédents emportent difficilement la conviction.

B. — *Les arguments de la C.D.I.*

Si l'on recoupe les travaux du rapporteur spécial et le commentaire fourni en 2001 par la Commission du droit international, il appert que trois précédents sont invoqués à l'appui de la nouvelle cause d'attribution : l'affaire franco-hellénique des *Phares*, l'affaire du *Personnel diplomatique* et le cas de la capture d'Adolf Eichmann.

Commençons par l'affaire du *Personnel diplomatique* : elle est la plus connue et l'argument qu'elle est censée représenter est le plus facile à réfuter. On peut en effet être étonné du fait que cette affaire soit décrite comme un précédent à l'article 11 des articles. Cette disposition procède à l'imputation *rétroactive* à l'État du comportement d'un particulier, non imputable en soi, dans l'hypothèse où l'État s'est « approprié » ce comportement *ex post facto*. Or on a eu l'occasion de souligner ci-avant que l'approbation de l'attaque de l'ambassade par les autorités iraniennes n'avait nullement eu

(110) Commentaire de l'article 11 des articles, point 8, *in* Rapport de la C.D.I. à l'Assemblée générale sur les travaux de sa 53^e session, A/56/10, p. 129. La version adoptée finalement par la C.D.I. en 2001 est d'ailleurs quelque peu plus rigoureuse que les textes arrêtés provisoirement par le Comité de rédaction en 1998 et en 2000, lesquels organisaient l'imputation en cas de simple *entièrement* du comportement ou dans l'hypothèse où l'État le ferait sien (A/CN.4/L.569 et A/CN.4/L.600, respectivement). La Commission a voulu par là signifier qu'il ne suffisait pas, aux fins de l'application de l'article 11, que l'État « se contente de reconnaître l'existence factuelle du comportement » : ce qui est exigé, c'est que celui-ci soit « reconnu par l'État comme étant, en fait, son propre comportement » (commentaire, précité, de l'article 11, point 6). Voy. déjà les « garde-fous » souhaités par M. Crawford dans son premier rapport, A/CN.4/490/Add.5, § 284.

(111) B. SIMMA, « The Work of... », *op. cit.*, p. 456. En ce sens également, Y. DAUDET, « Travaux de la Commission du droit international », *A.F.D.I.*, 1998, p. 507. Il s'agit, selon le rapporteur spécial, d'un cas « special, though not uncommon » (*contra* C. EAGLETON, *The Responsibility of States in International Law*, New York University Press, 1928, p. 79), d'un « refinement, not a major change in substance » (J. CRAWFORD, « Revising the Draft Articles... », *op. cit.*, p. 439).

(112) Rapport de la C.D.I. à l'Assemblée générale sur les travaux de sa 50^e session (A/53/10), § 442.

un effet rétroactif : elle n'avait pas eu pour conséquence de conférer à cette attaque le caractère de « fait de l'État » et de rendre l'Iran responsable de tout le processus de capture *ab initio*. Elle avait simplement rendu l'Iran responsable, *pour l'avenir*, de l'occupation continue des locaux diplomatiques et de la détention persistante des otages. En dépit des termes très clairs de l'arrêt sur ce point (113), le rapporteur spécial et la C.D.I. ne semblent pas en avoir été convaincus ; la question, à leur estime, importerait peu, la C.I.J. ayant pu en toute hypothèse se reposer sur la responsabilité de l'Iran du fait des carences propres de ses organes (114). C'est cependant refuser de lire ce que dit la Cour. Dans la vision de celle-ci, l'endossement de l'acte privé n'opère qu'*ex nunc* ; l'affaire du *Personnel diplomatique* ne peut donc assurément être regardée comme renfermant la situation que l'article 11 nouveau entend codifier.

Les faits qui nous intéressent dans l'affaire relative à la *Concession des phares de l'Empire ottoman* peuvent être résumés comme suit. En 1908, alors que la Crète était un État autonome de l'Empire ottoman, une loi crétoise ratifia une convention par laquelle le Gouvernement crétois conférait à une compagnie de navigation fondée en Grèce le monopole du cabotage autour de l'île, avec exemption des droits de phare normalement dus à une société française en vertu d'une vieille concession. En 1913, la Grèce acquit la souveraineté sur la Crète et maintint la loi litigieuse en vigueur jusqu'en 1914. La société française réclama une indemnité pour l'infraction à ses droits concessionnels. Le Tribunal jugea qu'en maintenant la loi crétoise en vigueur, la Grèce avait « sanctionné la pratique illégale sous sa propre responsabilité directe » et, par suite, « encouru une responsabilité de son propre chef » pour la période allant de 1913 à 1914 (115). Cela n'est pas douteux. La Grèce était-elle également responsable de la violation de la concession commise entre 1908 et 1913 ? Eu égard au fait qu'elle avait endossé et maintenu l'infraction, même après l'acquisition de la souveraineté territoriale, le Tribunal considéra que la Grèce avait « fait sienne la conduite illégale de la Crète dans son passé récent d'État autonome » et était, partant, tenue de réparer le préjudice souffert par la société française (116). La Grèce devient-elle donc rétroactivement l'auteur de la rupture de la concession ? On ne sait trop, à dire vrai, si c'est effectivement la lecture que font de cette sentence le rapporteur spécial et la Commission (117). Si c'était le cas, on ne pourrait qu'hésiter à les suivre. Tout indique en effet que la responsabilité de la Grèce ne découle pas en l'occurrence de l'imputation à

(113) C.I.J., 24 avril 1980, *Rec.*, 1980, p. 30, § 59. Voy. L. CONDORELLI, *op. cit.*, p. 102.

(114) Premier rapport, A/CN.4/490/Add.5, § 283, et commentaire de l'article 11, point 4, in Rapport de la C.D.I. à l'Assemblée générale sur les travaux de sa 53^e session, A/56/10, p. 127.

(115) 24 juillet 1956, *R.S.A.*, XII, p. 197.

(116) *Ibid.*, p. 198.

(117) Premier rapport, A/CN.4/490/Add.5, § 282, et commentaire de l'article 11, point 3, in Rapport de la C.D.I. à l'Assemblée générale sur les travaux de sa 53^e session, A/56/10, pp. 125-126.

celle-ci, *ex post facto*, d'un fait qu'elle aurait « reconnu et adopté comme étant sien », mais plutôt des mécanismes de la *succession d'États* en matière de responsabilité internationale (118). Le Tribunal arbitral l'a clairement affirmé, même si les motifs de sa décision ne sont pas toujours aisés à comprendre : la responsabilité de la Grèce à raison des agissements antérieurs à 1913 « ne pourrait résulter que d'une transmission de responsabilité en vertu des règles de droit coutumier ou des principes généraux de droit régissant la succession des États en général » (119). Or ce n'est assurément pas la même chose de parler d'imputation d'un comportement à l'État et de succession d'États en matière de responsabilité internationale. Le jeu des règles sur la succession d'États suppose, en ce domaine, qu'une responsabilité soit au préalable établie, c'est-à-dire que la violation d'une obligation internationale ait été attribuée à un État ; ces règles déterminent *alors* à quel(s) autre(s) État(s) cette responsabilité peut, le cas échéant, être transmise. L'imputation et la succession sont donc des questions qui se posent évidemment à des moments différents. En l'espèce, la violation du droit international entre 1908 et 1913 est — et reste — *imputable* à l'État autonome de Crète. La responsabilité qui en résulte pour ce dernier est certes transmise ensuite à la Grèce, État *successeur* ; celle-ci n'en devient pas pour autant l'auteur, *ab initio*, de la violation. En d'autres termes, ce que la Grèce « endosse » en 1913, en n'abrogeant pas la loi crétoise, ce n'est point un comportement illicite, qui ferait naître à sa charge une responsabilité « propre », mais bien une responsabilité déjà établie, héritée d'autrui. La responsabilité assumée par la Grèce, en pareille perspective, remonte forcément à 1908, mais c'est parce que l'« endossement » déclenche ici, on le répète, la succession d'un État à la responsabilité internationale d'un autre, non l'imputation à celui-ci d'un acte dont il n'aurait pas autrement été responsable (120). Aussi comprend-on sans peine que cette affaire ne puisse pas être utilement invoquée au secours de l'article 11 des articles.

(118) *Contra*, semble-t-il, I. BROWNLIE, *Principles of Public International Law*, 5^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1998, p. 662, note 53.

(119) *Op. cit.*, p. 197. Aussi fut-ce « en qualité d'État successeur » (*ibid.*, p. 198) que la Grèce fut tenue pour responsable de la violation de la concession entre 1908 et 1913.

(120) Le fait qu'il y ait eu effectivement succession, en l'espèce, ne doit pas surprendre outre mesure, même si la doctrine majoritaire, en s'appuyant sur des précédents bien connus (voy., classiquement, l'affaire *Robert E. Brown*, tranchée par un tribunal Grande-Bretagne/États-Unis le 23 novembre 1923 [*R.S.A.*, VI, p. 120]), considère, dans le silence des Conventions de Vienne (voy. l'art. 39 de la Convention du 23 août 1978 sur la succession d'États en matière de traités et l'art. 5 de la Convention du 8 avril 1983 sur la succession d'États en matière de biens, archives et dettes d'États), que la responsabilité internationale de l'État prédécesseur ne se transmet pas en règle générale (voy. à ce sujet D.P. O'CONNELL, *State Succession in Municipal Law and International Law*, vol. I, Cambridge UP, 1967, pp. 482 et s.) : l'argument traditionnellement avancé à cet égard, selon lequel la responsabilité de l'État prédécesseur lui serait « personnelle », l'État successeur ne pouvant quant à lui se voir « imputer » aucune faute, n'est pas vraiment décisif. Il ne s'agit pas en effet d'imputer un acte, il s'agit de transmettre le cas échéant une responsabilité déjà établie, ce qui est une toute autre chose (J. VERHOEVEN, *Droit international public*, *op. cit.*, pp. 189-190 ; voy. également B. STERN, pour qui la règle de non-succession, trop vite qualifiée de coutumière à ses yeux, « ne tient pas nécessairement compte des évolutions contemporaines

La C.D.I. se repose, enfin, sur la capture d'Adolf Eichmann en Argentine (121). Le fait était assurément illicite, et imputable à l'État d'Israël : en témoigne la demande de réparation adéquate que le Conseil de sécurité adressa à ce dernier (122). Sur quelle base était-il cependant attribuable ? En organisant le procès du criminel, Israël aurait-il apposé le sceau de son approbation sur l'enlèvement ? S'étant de la sorte « solidarisé » avec cette action, s'en serait-il finalement rendu responsable en propre ? Telle fut certes la thèse de l'Argentine (123), mais le Gouvernement israélien en contesta le bien-fondé (124). L'incident ayant été subitement clos par la voie diplomatique, on peut difficilement en tirer des conclusions quant au point de savoir si quelque « ratification » forma, en l'espèce, le titre d'imputation. Toute conclusion hâtive à cet égard serait d'autant plus périlleuse qu'il est permis de penser que les ravisseurs d'Eichmann étaient en réalité des *agents de fait* d'Israël (125). En pareil cas, il ne fait pas de doutes que leur comportement était attribuable à cet État, et la question d'une éventuelle « complicité » de celui-ci ne se pose même plus. La Commission du droit international n'a pas été des plus claires à ce sujet. Tout en admettant que les ravisseurs d'Eichmann avaient peut-être agi en fait « sur les instructions ou les directives ou sous le contrôle » d'Israël, auquel cas « il serait approprié » d'attribuer leur comportement à l'État selon l'article 8, elle poursuit ainsi : « Mais si l'on a des doutes sur le fait qu'un certain comportement relève de l'article 8, ces doutes sont susceptibles d'être levés par l'appropriation ultérieure du comportement en question par l'État » (126). La précision est assez incompréhensible. Elle semble indiquer que l'« appropriation » du comportement par l'État est en définitive un simple *moyen de preuve de la qualité d'organe de fait*, l'imputation se faisant alors sur la base de l'article 8 ; on croyait pourtant qu'elle était conçue, dans les articles de

concernant le concept de responsabilité internationale », in « Aspects récents de la succession d'États », *R.C.A.D.I.*, t. 262 [1996], p. 174).

(121) Commentaire de l'article 11, point 5, in Rapport de la C.D.I. à l'Assemblée générale sur les travaux de sa 53^e session, A/56/10, pp. 127-128.

(122) Rés. 138 du 23 juin 1960, § 2.

(123) Voy. not. la note remise le 8 juin 1960 par le ministre argentin des affaires étrangères à l'ambassadeur d'Israël à Buenos Aires, ainsi que l'intervention du représentant de l'Argentine auprès des Nations unies devant le Conseil de sécurité, les 22 et 23 juin 1960, citées par Ch. ROUSSEAU, « Chronique des faits internationaux », *R.G.D.I.P.*, 1960, pp. 774 et 778.

(124) Voy. not. l'intervention de Mme Golda Meir, ministre des affaires étrangères d'Israël, devant le Conseil de sécurité, *ibid.*, p. 779.

(125) On a parlé, à cet égard, de « fortes présomptions » que les ravisseurs agissaient pour le compte d'Israël (E. 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, Pédone, 1995, pp. 97-98). Il est vrai que M. Ben Gourion avait informé la Knesset, le 23 mai 1960, du fait qu'Eichmann avait été trouvé « par les services de sécurité israéliens » (voy. J.E.S. FAWCETT, « The Eichmann Case », *B.Y.I.L.*, 1962, p. 197), ce qui revient même à tenir les ravisseurs pour de véritables organes de *jure*.

(126) Commentaire de l'article 11, point 5, in Rapport de la C.D.I. à l'Assemblée générale sur les travaux de sa 53^e session, A/56/10, pp. 127-128.

2001, comme une cause distincte d'attribution (127). La confusion, qui n'est pas totalement neuve (128), a au moins le mérite de mettre en lumière le fait que l'attitude d'un État suite au comportement d'un particulier peut revêtir de l'importance sans pour autant s'apparenter nécessairement à une « ratification » véritable : la conduite de l'État peut être simplement l'*indice* du fait que le particulier avait agi pour le compte de cet État. Il n'est pas impossible, par exemple, qu'une rémunération versée après coup au particulier permette d'établir la preuve, en concours avec d'autres éléments, que celui-ci avait reçu des instructions de l'État. La conduite de l'État « révèle » alors l'organe de fait ; elle n'opère pas en elle-même imputation. Nul ne doute de la nuance. Mais il y a quelque maladresse, on en conviendra, à traiter de la valeur probatoire qui peut s'attacher au comportement de l'État dans le cadre d'une disposition qui envisage plutôt ce comportement comme un titre autonome d'imputation.

Aucun des trois précédents rapportés ne paraît en fin de compte décisif, beaucoup s'en faut : les prémisses de l'article 11 des articles semblent bien fragiles... On peut donc émettre quelques doutes, semble-t-il, quant au fait qu'il y ait là une disposition codificatrice du droit existant. Cela étant dit, une toute autre question peut être soulevée : dans une optique, cette fois, de développement progressif du droit, est-il *souhaitable* que semblable cause d'attribution ait une place dans le droit contemporain de la responsabilité internationale ? C'est loin d'être sûr. Dès l'instant où la « ratification » peut n'être qu'implicite (voy. *supra*), comme dans le cas de l'article 11 des articles, le risque est en effet d'attribuer hâtivement à l'État le comportement de particuliers qui serait affecté d'une « participation » quelconque, même lointaine, de celui-ci. Une telle résurgence de la doctrine de Vattel et de son mécanisme de *receptus* pourrait vite conduire à un affaiblissement considérable du principe selon lequel le fait des particuliers n'engage *pas* la responsabilité de l'État : cela heurterait assurément la logique de l'imputation que dicte l'« organisation » de l'État moderne.

C. — *Une lex specialis en matière de terrorisme ?*

Que penser, dans ces conditions, du discours d'autorités américaines sur l'attribution à des États d'actes terroristes matériellement exécutés par des

(127) L'article 11 des articles traite en effet du comportement *qui n'est pas attribuable à l'État selon les articles précédents* (voy. aussi le point 1 du commentaire, *ibid.*, p. 125).

(128) Voy. la première déclaration faite par le Président du Comité, M. Tomka, lors des séances 2681 à 2683 de la Commission, tenues du 29 au 31 mai 2001, p. 15 (« [o]ne of the functions of article 11 is to remove doubt where States decide to adopt the conduct as their own »), et le Rapport de la C.D.I. à l'Assemblée générale sur les travaux de sa 50^e session (A/53/10), § 442 (« [article 11] should be concerned with cases where the acknowledgement of the earlier conduct amounted to a form of recognition of an existing situation, i.e. where it had a *probative value* (...) ») (nous soulignons).

organisations privées agissant pour leur propre compte (129) ? Le Président des États-Unis n'a en effet pas hésité, semble-t-il, à tenir le régime taliban d'Afghanistan pour responsable des attentats du 11 septembre 2001, (vraisemblablement) commis par des membres du réseau terroriste Al-Qaida, au motif que celui-là avait apporté un soutien, notamment territorial, à celui-ci (130). Mais la plus grande prudence s'impose dans l'interprétation de ses déclarations : il n'est pas certain, loin s'en faut, que l'intention ait été de réanimer véritablement la théorie de la complicité. Si telle fut cependant l'*opinio juris* des États-Unis, ce qui n'est pas établi, il y aurait en tout cas là un précédent digne d'intérêt, qui tendrait à première vue à démentir notre conclusion (voy. ci-avant) selon laquelle la pratique contemporaine ne connaît pas une cause d'imputation comme celle de l'article 11 des articles (131).

Il convient toutefois de faire la part des choses. Une cause d'imputation de ce genre n'a pas sa place dans le système contemporain de la responsabilité, on l'a dit, en tant que règle *générale* d'imputation. Il n'est pas interdit, en revanche, que des règles *spéciales* d'imputation, conventionnelles ou coutumières, se développent dans des domaines déterminés. L. Condorelli a montré dans son cours à l'Académie que la matière de l'imputation, sous la pression de besoins divers dans le milieu social international, se caractérisait par son « hétérodoxie » (132) ; depuis la deuxième lecture des articles, la

(129) Voy. gén., sur ce problème, L. CONDORELLI, « The Imputability to States of Acts of International Terrorism », *Israeli Yearb. Hum. Rights*, 1989, pp. 233 et s.

(130) Voy. son discours devant le Congrès réuni, le 20 septembre 2001, dans lequel il est affirmé que « [b]y aiding and abetting murder, the Taliban regime is committing murder », son discours à la Nation du 7 octobre 2001 (« If any government sponsors the outlaws and killers of innocents, they have become outlaws and murderers, themselves ») et sa déclaration devant l'Assemblée générale des Nations unies, le 10 novembre 2001 (« The allies of terror are equally guilty of murder, and equally accountable to justice. The Taliban are now learning this lesson. That regime, and the terrorists who support it, are now virtually indistinguishable »), tous accessibles à partir du site www.whitehouse.gov. Dans la littérature, le départ n'a pas toujours été clairement fait entre la responsabilité que l'État afghan encourt du fait du soutien procuré aux terroristes, et celle qu'il pourrait assumer du fait des attaques terroristes elles-mêmes (voy. p. ex. Th. M. FRANCK, « Terrorism and the Right of Self-Defense », *A.J.I.L.*, 2001, pp. 840-841, et la note 6 dans laquelle l'auteur fait notamment référence à l'article 11 des articles).

(131) Sans faire toutefois expressément référence à l'article 11 des articles, A. Cassese, commentant la riposte américaine aux attentats, abonde en tout cas dans le sens de la Commission du droit international, en s'appuyant à son tour — à tort, nous semble-t-il — sur la jurisprudence *Personnel diplomatique* (« [i]f the Afghan central authorities show by words or deeds that they approve and endorse the action of terrorist organizations (...) one would be confronted with a condition similar to that described by the International Court of Justice in *US Diplomatic and Consular Staff* : the terrorists would have to be treated as state agents and the Afghan state itself would bear international responsibility for their actions », in A. CASSESE, « Terrorism is Also Disrupting Some Crucial Legal Categories of International Law », *E.J.I.L.*, 2001, p. 999, ainsi que la note 12 dans laquelle l'auteur cite en les approuvant les travaux de M. Crawford selon lesquels la « ratification » peut avoir un effet rétroactif). Voy. également, de manière plus prudente, M. BYERS, « Terrorism, the Use of Force and International Law After 11 September », *I.C.L.Q.*, 2002, p. 409 et note 42.

(132) « L'imputation à l'État... », *op. cit.*, not. p. 166, en conclusion du chapitre III dédié aux « tendances récentes en matière d'imputation ».

possibilité de régimes particuliers à cet égard est, du reste, explicitement réservée (133). Une telle règle spéciale pourrait donc naître dans le domaine du terrorisme international (134). Eu égard au danger particulier que fait peser ce fléau sur l'ensemble des États, on peut concevoir en effet que ceux-ci entendent renforcer la sauvegarde de leurs intérêts. Dans un domaine où, nonobstant d'incontestables (mais occultes) soutiens étatiques, les auteurs matériels du fait préjudiciable sont le plus souvent des (groupes de) particuliers, dont la responsabilité est malaisée à mettre en œuvre, une façon de parvenir à cette fin peut être de rendre le processus d'imputation plus lâche et d'accepter, par exemple, que le comportement des (mouvements) terroristes soit attribué à l'État dès que celui-ci s'en serait, d'une manière ou d'une autre, « solidarisé » ou rendu « complice », indépendamment du fait que ces terroristes n'aient pas agi pour le compte de l'État. Faut-il le répéter, pareil régime ne saurait toutefois devenir le droit commun, sous peine de diluer toute la théorie de l'organe.

Voilà les réflexions que suggèrent les déclarations du Président américain. À nouveau, soulignons que ces déclarations ne sont toutefois pas exemptes d'ambiguïtés et qu'à ce titre, elles doivent être lues avec précaution. Signifieraient-elles effectivement l'amorce de l'émergence d'une *lex specialis* telle qu'on vient de la décrire, celle-ci n'en demeurerait pas moins, à ce jour, en-deçà du seuil de normativité : personne, jusqu'à présent, n'avait sérieusement songé à prétendre que ceux qui hébergent des terroristes deviennent eux-mêmes des terroristes (135). La « pratique » américaine paraît, dans ces conditions, bien éloignée des exigences de généralité et de constance que requiert la formation d'une règle coutumière.

CONCLUSION

La pratique la plus récente ne paraît plus se satisfaire du seul critère des instructions spécifiques pour caractériser l'organe de fait. Même s'il n'est pas forcément adapté à la théorie du fonctionnaire de fait, le « contrôle » pourrait s'imposer comme un critère alternatif, mais, à ce jour, aucune *lex*

(133) Voy. l'article 55 des articles, qui étend à l'ensemble des articles la portée de la réserve « *lex specialis* », dont le bénéfice était limité à la deuxième partie du projet sous l'empire de la première lecture (art. 37 du projet 1996).

(134) La C.D.I. avait toutefois naguère insisté sur le fait que la règle qui ressortait de l'application de l'article 11 du projet 1996 répondait parfaitement aux besoins de la vie internationale actuelle : notamment, « il ne serait nullement opportun d'introduire une exception à cette règle pour les agissements affectant certains intérêts déterminés (la sécurité des États étrangers, par exemple) » (commentaire de l'article 11 du projet 1996, point 35, in Rapport de la C.D.I. à l'Assemblée générale sur les travaux de sa 27^e session, *Ann. C.D.I.*, 1975, vol. II, p. 88; voy. aussi le point 32 relatif aux actions de groupes ou de bandes opérant depuis le territoire d'autres États, *ibid.*, pp. 85-86).

(135) Voy. la pratique relative à l'invocation de la légitime défense recensée par O. CORTEN et F. DUBUISSON, « Opération 'Liberté immuable' : une extension abusive du concept de légitime défense », *R.G.D.I.P.*, 2002, pp. 59-61.

lata ne semble encore être apparue en ce sens. La référence qui y est faite dans l'article 8 des articles relève donc du développement progressif du droit.

S'il appert que le particulier n'a *pas* agi en fait pour le compte de l'État, quels que soient au demeurant les critères qui permettent d'aboutir à cette conclusion, le fait que son comportement ait bénéficié, de près ou de loin, de la bienveillance ou de la connivence de l'État n'est généralement pas, à ce jour — et ne doit pas à nos yeux (re)devenir —, de nature à rendre cet État auteur du comportement en question. L'article 11 des articles ne correspond donc pas, sur ce point, au droit en vigueur. Il n'est pas établi, pour le surplus, que les prises de position des États-Unis sur le terrorisme soient l'amorce de l'apparition d'un régime particulier à cet égard.

Qu'il s'agisse de préciser les critères de l'organe de fait ou de ressusciter peu ou prou la doctrine de la complicité, il nous a été donné d'observer un même phénomène : ce sont certes les règles sur l'imputation qui sont modelées, mais c'est bel et bien un but substantiel qui est poursuivi. C'est parce qu'elle « permet une meilleure protection des victimes civiles des conflits armés, (...) [ce qui] est totalement en harmonie avec le but fondamental de la IV^e Convention de Genève, consistant à assurer la protection maximale possible aux civils » (136), que la norme moins stricte du « contrôle global » fut retenue par la jurisprudence du Tribunal de La Haye. De même, en autorisant l'attribution de l'acte d'un particulier sur la seule base de quelque « ratification », celle-ci fût-elle tacite, on affecte à terme les obligations matérielles de l'État, contraint d'exercer avec davantage de diligence ses devoirs de prévention et de répression (137). Le phénomène n'est pas inédit. Il confirme, si besoin en était, que la frontière entre obligations primaires et obligations secondaires est loin d'être nette (138).

(136) T.P.I.Y., Ch. app., *Le Procureur c. Zlatko Aleksovski*, 24 mars 2000, n° IT-95-14/1-A, § 146.

(137) Voy. G.A. CHRISTENSON, « The Doctrine of Attribution in State Responsibility », in R.B. LILICH (éd.), *International Law of State Responsibility for Injuries to Aliens*, Charlottesville, University Press of Virginia, 1983, p. 337.

(138) L. CONDORELLI, *op. cit.*, p. 167.