UNIVERSITÉ DE STRASBOURG

École doctorale Droit, Science Politique et Histoire

L'imputabilité dans le droit de la responsabilité internationale

Essai sur la commission d'un fait illicite par un Etat ou une organisation internationale

François FINCK

Thèse pour l'obtention du doctorat en droit de l'Université de Strasbourg

Droit international public

Soutenance publique 1er juin 2011

Jury :

M. Hervé ASCENSIO, Professeur à l'Université Paris-I Panthéon-Sorbonne (rapporteur)

M. Syméon KARAGIANNIS, Professeur à l'Université de Strasbourg

M. Christian MESTRE, Professeur à l'Université de Strasbourg, ancien Président de l'Université Robert Schuman (directeur de thèse)

M. Yves PETIT, Professeur à l'Université de Nancy (rapporteur)

Je remercie Kasia pour son soutien et ses encouragements

Principaux sigles utilisés

Périodiques :

ACDI : Annuaire de la Commission du droit international

AFDI : Annuaire français de droit international

AIDI : Annuaire de l'Institut du droit international

AJIL: American Journal of International Law

BYBIL: British Yearbook of International Law

EJIL: European Journal of International Law

HRLR: Human Rights Law Review

ICLQ: International and Comparative Law Quarterly

ILM: International Legal Materials

ILR: International Law Reports

Melbourne JIL: Melbourne Journal of International Law

NJW : Neue Juristische Wochenschrift

NYIL: Netherlands Yearbook of International Law

NYUJILP: New York University Journal of International Law and Politics

RBDI : Revue belge de droit international

RCADI : Recueil des cours de l'Académie de droit international

RDILC : Revue de droit international et de législation comparée

RGDIP : Revue générale de droit international public

RSA : Recueil des sentences arbitrales

RTDE : Revue trimestrielle de droit européen

RTDH : Revue trimestrielle des droits de l'homme

Organisations internationales, Etats, juridictions, et autres :

ACP (Etats) : Afrique, Caraïbes, Pacifique

ALENA : Accord de libre-échange Nord-américain

AOI : Arab Organization for Industrialization

ARDE : Alliance révolutionnaire démocratique (mouvement rebelle nicaraguayen)

ASE : Agence spatiale européenne

CAEM : Conseil d'assistance économique mutuelle

CDH : Comité des droits de l'homme

CDI : Commission du droit international

CE : Conseil d'Etat

CECA : Communauté européenne du charbon et de l'acier

CFDT : Confédération française démocratique du Travail

CIE : Conseil international de l'Etain

CIJ : Cour internationale de Justice

CIRDI : Centre international de règlement des différends relatifs à l'investissement

CJCE : Cour de justice des Communautés européennes

CJUE : Cour de justice de l'Union européenne

CMP : Conseil de mise en œuvre de la paix

ComEDH : Commission européenne des droits de l'homme

CourEDH : Cour européenne des droits de l'homme

CPJI : Cour permanente de justice internationale

CSCE : Conférence pour la sécurité et la coopération en Europe

FDN : Force démocratique nicaraguayenne (mouvement rebelle nicaraguayen)

FINUL : Force intérimaire des Nations Unies au Liban

FNUOD : Force des Nations Unies chargée d'observer le désengagement

FORPRONU : Force de protection des Nations Unies

FUNU : Force d'urgence des Nations Unies

HV : Forces armées de la République de Croatie

HVO : Forces armées croates de Bosnie

IDI : Institut du Droit international

ILA : International Law Association

JNA : Forces armées de la RSFY

KFOR : Kosovo Force

MINUK : Mission d'administration intérimaire des Nations Unies au Kosovo

MLC : Mouvement de Libération du Congo

OAS : Organisation de l'Armée secrète

OMC : Organisation mondiale du Commerce

ONU : Organisation des Nations Unies

ONUC : Opération des Nations Unies au Congo

ONUSOM : Opération des Nations Unies en Somalie

OTAN : Organisation du Traité de l'Atlantique Nord

RDC : République démocratique du Congo

RFA : République fédérale d'Allemagne

RFY : République fédérale de Yougoslavie

RMT : République moldave de Transniestrie

RS : « Republika Srpska », République serbe de Bosnie

RSFY : République socialiste fédérative de Yougoslavie

RTCN : République turque de Chypre du Nord

TPIY : Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie

TUE : Traité sur l'Union européenne

UE : Union européenne

URSS : Union des Républiques socialistes soviétiques

VJ : Forces armées de la RFY

VRS : Forces armées de la République serbe de Bosnie

Sommaire

Sommaire

Introduction générale

1ère Partie L'imputabilité d'un fait illicite à l'Etat

Titre 1. L'imputabilité du comportement de personnes en fonction de leur possession du statut d'organe de *jure* de l'Etat.

Chapitre 1. L'imputabilité du comportement de personnes possédant le statut d'organe de l'Etat adopté en cette qualité

Chapitre 2. L'imputabilité du comportement de personnes étrangères à l'appareil d'Etat

Titre 2 : L'imputabilité du comportement de personnes ne faisant pas formellement partie de l'appareil d'Etat : De l'imputabilité de faits de particuliers à l'autonomisation de la base d'imputabilité « organe *de facto*

Chapitre 1. Du fait de particuliers agissant « pour le compte » de l'Etat à l'organe *de facto*

Chapitre 2 L'organe *de facto*

2ème partie. La problématique de l'imputabilité d'un comportement contraire au droit international à une organisation internationale ou à ses Etats membres

Titre 1. La responsabilité de l'Etat à raison du comportement d'une organisation dont il est membre

Chapitre 1. La responsabilité internationale de l'organisation, raison de l'exclusion de principe de celle de ses membres.

Chapitre 2. Les cas de responsabilité de l'Etat à raison d'un fait de l'organisation dont il est membre

Titre 2. La détermination de la responsabilité de l'organisation internationale à raison d'un fait illicite

Chapitre 1. L'imputabilité du comportement des agents et organes de l'organisation, ainsi que des organes mis à sa disposition

Chapitre 2. L'attribution de la responsabilité à raison du fait d'Etats membres agissant en application d'une autorisation ou d'une décision de l'organisation

Conclusion générale

Bibliographie

Table de la jurisprudence citée

Table des matières

Introduction générale

La responsabilité est la colonne vertébrale de tout ordre juridique. Elle est une condition de la juridicité d'un système donné. Cependant, si la responsabilité est « l'épicentre d'un système juridique »[1], sa magnitude découle des principes gouvernant l'imputabilité et notamment de leur adéquation à la réalité de la pratique des sujets de droit. L'effectivité du droit de la responsabilité internationale dépend de sa capacité à appréhender la réalité de l'activité des sujets du droit international au travers de l'imputabilité.

L'imputabilité, élément fondamental de la théorie de la responsabilité internationale, est un sujet d'étude classique du droit international.[2] C'est également un sujet toujours en mouvement, qui fait l'objet de développements permanents, parallèles et soumis à des influences réciproques, entre la pratique, la jurisprudence, l'œuvre de codification et la doctrine. Ces développements sont dus aux besoins nouveaux que révèle la pratique

[1] Pierre-Marie DUPUY, *Le fait générateur de la responsabilité internationale des Etats*, RCADI 1984-V, p. 21

[2] De nombreuses recherches ont été menées sur la responsabilité internationale. Parmi les plus notables, on retrouve les œuvres classiques de Dionisio ANZILOTTI, *La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangers*, RGDIP 1906, pp. 5 et 285 ; d'André DECENCIERE-FERRANDIERE, *La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages subis par des étrangers*, Paris, Rousseau, 1925 ; de Leo STRISOWER, *Rapport sur la responsabilité internationale des Etats à raison des dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers*, AIDI, 1927 ; de Clyde EAGLETON, *The Responsibility of States in international law*, New York University Press, 1928 ; de Roberto Ago, qui a exposé ses vues dans son cours à l'Académie de droit international avant d'avoir la possibilité de les mettre en pratique à la Commission du droit international, Roberto AGO, *le délit international*, RCADI 1939 II, p. 419. La responsabilité internationale a également été le thème de cours à l'Académie de la Haye, notamment de Constantin Th. EUSTATHIADES, *Les sujets du droit international et la responsabilité internationale – Nouvelles tendances*, RCADI 1953 III, p. 397, de Francisco V. GARCIA-AMADOR, *State responsibility: some new problems*, RCADI 1958 II, de Hildebrando ACCIOLY, *Principes généraux de la responsabilité internationale d'après la doctrine et la jurisprudence*, RCADI 1959 I, p. 353, de Bernhard GRAEFRATH, *Responsibility and damages caused : relationship between responsibility and damages*, RCADI 1984 II, p. 9 et de Pierre-Marie DUPUY, *op. cit.* Parmi les ouvrages spécifiquement consacrés à la problématique de l'imputabilité, Luigi CONDORELLI, *L'imputation à l'Etat d'un fait internationalement illicite : solutions classiques et nouvelles tendances*, RCADI 1984 VI, p. 9, ainsi que Patrick JACOB, *L'imputation d'un fait à l'Etat en droit international de la responsabilité*, Thèse, 2010, Rennes I.

internationale, notamment dans le cadre des relations entre un Etat et des personnes susceptibles d'être qualifiées d'agents ou d'organes de fait, ainsi qu'à travers la question de la responsabilité des organisations internationales.

L'imputabilité dans le contexte de la responsabilité des Etats a également été traitée par la Commission du droit international (CDI) dans le cadre de son travail de codification. La question de l'imputabilité, notamment du comportement de personnes ne faisant pas formellement partie de l'appareil d'Etat, a fait l'objet de développements essentiels dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice et a donné lieu à des divergences avec le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, exemple fameux de « fragmentation » du droit international.[3] Cette problématique est également apparue dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et dans la pratique internationale. Ces divergences, engendrées par une pratique internationale récente et complexe, mettent en évidence la difficulté de prendre en compte la diversité des modes d'action des Etats.

Comme l'a observé le professeur Paul Reuter, « la responsabilité est au cœur du droit international, (…) elle constitue une partie essentielle de ce que l'on pourrait considérer comme la constitution de la Communauté internationale ».[4] La responsabilité a, en effet, un rôle central dans tout système juridique ; elle permet de marquer la différence entre le comportement conforme au droit et celui qui ne l'est pas en définissant les effets juridiques qui vont s'attacher au second comportement. En l'absence de responsabilité, « il faudrait sans doute s'interroger sur la nature du système que l'on étudie »[5] ; son caractère juridique serait remis en cause. En d'autres termes, comme l'a énoncé la Cour internationale de Justice, « [l]a responsabilité est le corollaire nécessaire du droit. »[6] Tout ordre juridique prévoit que des

[3] A ce sujet, v. Benedetto CONFORTI, « Unité et fragmentation du droit international : « Glissez, mortels, n'appuyez pas ! », *Revue générale de droit international public*, 2007, pp. 5-18, estime que des divergences d'interprétation entre juridictions internationales sont rares et ne sont pas forcément des catastrophes. La fragmentation serait davantage « un signe évident de la vitalité du droit international ».

[4] Paul REUTER, « Trois observations sur la codification de la responsabilité internationale des Etats pour fait illicite », in *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement, Mélanges Michel Virally*, Paris, Pédone, 1991, p. 390

[5] Gilles COTTEREAU, « Système juridique et notion de responsabilité », in *La responsabilité dans le système international*, colloque du Mans de la SFDI, Paris, Pedone, 1991, p. 3

[6] CIJ, *Affaire de la Barcelona Traction, Light and Power Company, limited (Belgique c. Espagne), deuxième phase*, arrêt du 5 février 1970, Rec. 1970, p. 34

conséquences légales sont attachées au manquement à la règle de droit[7], à plus forte raison l'ordre juridique international caractérisé par l'égale souveraineté des Etats[8], dans lequel « la responsabilité internationale (…) apparaît comme le mécanisme régulateur essentiel et nécessaire des rapports mutuels » des sujets de droit. Le principe selon lequel tout comportement d'un Etat contraire au droit international entraîne la responsabilité de cet Etat n'a pas besoin d'être justifié ou déduit d'autres principes, car « il est expressément reconnu, ou du moins clairement présupposé, par une pratique unanime ».[9] Il est une conséquence de l'existence d'un droit international. Comme l'exprime l'article premier des articles de la CDI sur la responsabilité des Etats, « [t]out fait internationalement illicite d'un Etat engage sa responsabilité internationale. » Le principe selon lequel « [t]out fait internationalement illicite d'une organisation internationale engage sa responsabilité internationale » est fondé sur les mêmes bases. Son acceptation a toutefois été plus tardive ; la possibilité d'une responsabilité des organisations internationales passe en effet nécessairement par la reconnaissance de leur personnalité juridique internationale. Si celle-ci est acquise, sa portée et ses conséquences font toujours l'objet de débats qui ont une influence certaine sur la question de leur responsabilité ainsi que celle de leurs Etats membres.[10]

La responsabilité internationale est un des thèmes les plus importants à avoir occupé la Commission du droit international. Ses travaux, et en particulier ceux ayant abouti aux articles sur la responsabilité de l'Etat, sont indispensable à une bonne compréhension du sujet. Les travaux de la CDI constituent une base importante à l'étude de questions liées à la responsabilité internationale, qu'il faut néanmoins confronter aux développements récents dans la pratique et la jurisprudence internationales.

Les articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat ont servi de source d'inspiration précieuse, notamment pour les juridictions internationales, bien avant leur adoption finale. De nombreuses références avaient déjà été faites à la première partie, adoptée au courant des années 1970 suite aux rapports de Roberto Ago. Les dispositions relatives à l'imputabilité ont également été citées à de nombreuses occasions depuis l'adoption de la version finale des articles. L'interprétation qui leur a été donnée a cependant varié selon les juridictions

[7] Pierre-Marie DUPUY, *Droit international public*, Paris, Dalloz, 9ème éd., 2008, p. 489

[8] Alain PELLET, Patrick DAILLIER, Mathias FORTEAU, *Droit international public*, 8ème éd., L.G.D.J., Paris, 2009, n° 468

[9] Roberto AGO, *Troisième rapport sur la responsabilité des Etats*, ACDI 1971, vol. II, 1ère partie, p. 216

[10] V. 2ème partie, Titre 1, 1er chapitre

concernées ; il semble qu'elles ont plus été considérées comme des bases de réflexion, que l'expression stricte du droit coutumier. En ce sens, les articles ont une influence très importante sur le développement du droit international tout en conservant une certaine souplesse. En effet, le thème de la responsabilité des Etats n'a pas fait l'objet d'une convention de codification. L'approche « souple » retenue par l'Assemblée générale des Nations Unies[11] avait pour objet d'éviter les risques et écueils d'une conférence visant à préparer une convention internationale sur le sujet. En particulier, la crainte qu'un faible nombre de ratifications risque d'avoir un effet déstabilisant, voire « dé-codifiant » sur le thème de la responsabilité des Etats a contribué au choix de cette solution.[12] En outre, les articles sur la responsabilité des Etats peuvent avoir plus d'efficacité concrète en conservant leur forme actuelle. Ils sont souvent cités par les juridictions internationales, les tribunaux arbitraux, les gouvernements, ce qui traduit leur influence importante sur le développement du droit international.[13] Cette valeur des articles en tant que source d'inspiration « informelle » n'est généralement pas mise en doute, même si leur adoption par des organismes internationaux sans le recul nécessaire a été redoutée.[14] Ils ne doivent pas être considérés comme un traité de codification, même s'ils en ont l'apparence.[15]

Pour le professeur Luigi Condorelli, l'ensemble des principes relatifs à l'imputation « constitue un portrait fidèle du droit international en vigueur ».[16] Il est utile de se pencher sur la question de savoir si c'est toujours le cas. Un point particulièrement intéressant à cet égard est l'évolution respective tant des articles que de la jurisprudence internationale ou de la pratique des Etats, qui ont été marqués par des influences réciproques. En ce sens, l'imputabilité fournit une bonne illustration du processus complexe de la formation du droit international, marqué par des influences croisées entre la pratique des Etats, le droit coutumier, notamment tel qu'il est énoncé par la jurisprudence internationale, et tel qu'il est

[11] L'Assemblée générale a pris note des articles par la résolution 56/83 du 12 décembre 2001.

[12] James CRAWFORD, *Les articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat*, Paris, Pedone, 2003, p. 69 ; *Quatrième Rapport sur la responsabilité des Etats*, A/CN.4/517, §22

[13] V. les commentaires du Royaume-Uni, cités par Alain PELLET, « The ILC's Articles on state responsibility for internationally wrongful acts and related texts », in. James CRAWFORD, Alain PELLET, Simon OLLESON (eds), *The law of international responsibility*, Oxford University Press, 2010, p. 87.

[14] Ainsi par David D. CARON, "The ILC Articles on State Responsibility : The Paradoxical Relationship Between Form and Authority", *American Journal of International Law* 2002, p. 858

[15] *Ibid.*, p. 867

[16] Luigi CONDORELLI, *op. cit.*, p. 20

codifié par la Commission du droit international. Le droit international est créé par un processus complexe ; sa formation n'est pas due à un facteur explicatif unique. Ainsi, comme la codification par la CDI a pris la forme d'articles, une forme quasi-conventionnelle, qui formule des règles claires, et donc prêtes à être appliquée, elle a une grande influence sur les juges ou arbitres. Le travail de codification de ce qui est censé être en grande partie le droit existant a une influence directe sur l'application, l'interprétation, la formulation et donc également la création de ce même droit par les organes juridictionnels, voire par les Etats eux-mêmes qui s'appuient sur les principes énoncés par la CDI. La réponse à la question de l'adéquation des articles au droit coutumier tient dans une certaine mesure de la prophétie auto-réalisatrice, puisque les acteurs du droit international (ministères des affaires étrangères, arbitres, juges, etc.) vont les invoquer afin de justifier leurs décisions ou leur argumentation, permettant par là leur mise en œuvre concrète.

Celle-ci n'est cependant pas homogène, ni toujours fidèle au texte du projet. L'adéquation entre les articles de la CDI et la réalité de la pratique et de la jurisprudence internationales est constamment remise en cause par l'apparition de situations inédites et de besoins nouveaux qui nécessitent l'adaptation des principes adoptés en 2001. Il est cependant indéniable que les articles de la CDI sur la responsabilité des Etats ont acquis une valeur importante en droit international positif. Les dispositions relatives à l'imputabilité sont presque systématiquement citées par les décisions de juridictions internationales, même si leur interprétation s'éloigne parfois considérablement du texte. Les articles relatifs à la responsabilité des organisations internationales n'ont pas encore acquis une telle portée. Ils sont en effet plus récents, adoptés en première lecture en 2009. Certaines dispositions relatives à l'imputabilité ont toutefois déjà été citées par des juridictions internationales, par exemple la Cour européenne des droits de l'homme dans des affaires relatives à diverses opérations internationales en ex-Yougoslavie, avant même leur adoption en première lecture. Cela traduit un besoin de règles reconnues, dans une matière caractérisées par l'incertitude et la complexité. Cependant, là encore, référence ne signifie pas nécessairement respect de la substance du projet de la CDI. La conformité de la jurisprudence internationale au projet semble en général moins importante dans le cas du projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales que dans le cas de la responsabilité des Etats. Dans ce dernier cas, les principes sont bien établis et reconnus par tous les acteurs, même si des divergences d'interprétation existent, alors que le cas de la responsabilité des organisations internationales se traduit par une plus grande incertitude due à une pratique plus clairsemée et plus récente.

Par ailleurs, un certain nombre d'articles du projet sur la responsabilité des organisations internationales n'est justifié que par une pratique et une jurisprudence éparse, ou concernant des situations spécifiques à certaines organisations. Ces dispositions ne sont pas nécessairement transposables à toutes les organisations internationales, ou semblent difficiles à mettre en œuvre de façon concrète. Ces observations n'empêchent paradoxalement pas de relever que l'autorité reconnue en théorie aux projets de la CDI en matière tant de responsabilité des Etats que des organisations internationales est grande. En effet, même si l'interprète s'en libère dans le cas concret, il tient à s'y référer, dans l'intention de renforcer l'acceptabilité de sa décision.

La codification du droit de la responsabilité internationale est le fruit d'un travail de longue haleine, qui a trouvé sa forme contemporaine sous l'impulsion de Roberto Ago, rapporteur spécial du projet sur la responsabilité des Etats entre 1963 et 1980. La CDI s'est alors lancé dans la codification des seules règles relatives au droit de la responsabilité internationale, et non des normes dont la violation est susceptible d'engager la responsabilité de l'Etat. La nécessité de concentrer son étude sur « la détermination des principes qui régissent la responsabilité des Etats pour faits illicites internationaux, en maintenant une distinction rigoureuse entre cette tâche et celle qui consiste à définir les règles mettant à la charge des Etats les obligations dont la violation peut être cause de responsabilité » a été reconnue par la Commission.[17] Cette distinction entre règles primaires et règles secondaires que caractérise la « révolution Ago »[18] était nécessaire pour arriver à un projet réalisable[19], même si cette approche a été critiquée pour son caractère prétendument trop général ou abstrait.[20] Cependant, adopter une position contraire, prenant en compte les règles « primaires » serait revenu à codifier l'ensemble du droit international.[21] Cette approche a permis à la Commission du droit international de mener à bien son projet après l'impulsion définitive donnée par son dernier rapporteur spécial sur le sujet, James Crawford. La

[17] *Rapport de la Commission à l'Assemblée Générale sur les travaux de sa 22ème session*, ACDI 1970, vol. II, p. 327, §66c

[18] Expression d'Alain PELLET, *op. cit.*, in. James CRAWFORD, Alain PELLET, Simon OLLESON, *op. cit.*, p. 76

[19] *Rapport de la Commission à l'Assemblée Générale sur les travaux de sa 22ème session*, ACDI 1970, vol. II, p. 327, §66c. v. également James CRAWFORD, *op. cit.*, pp. 16s

[20] V. les critiques énumérées par Luigi CONDORELLI, *op. cit.*, pp. 21-22

[21] *Ibid.*, p. 21

distinction entre règles primaires et secondaires est essentiellement de nature technique, et à ce titre peut paraître artificielle[22] ; elle n'a pas toujours été strictement respectée.[23]

La même approche a été suivie par la Commission dans son projet sur la responsabilité des organisations internationales, qui s'est largement inspirée du projet sur la responsabilité des Etats. Une distinction stricte entre règles « primaires » et « secondaires » n'a pas toujours été réalisée; ainsi une disposition[24] du projet sur la responsabilité des organisations internationales, qui s'inspire de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, met à la charge des Etats une obligation de *due diligence* en regard des activités des organisations internationales auxquelles ils ont transféré des compétences.[25] Les Etats doivent garantir que leurs obligations ne seront pas violées par l'organisation dans le cadre de ses activités. La portée de cette obligation en droit international général est toutefois sujette à caution.[26]

Les éléments constitutifs de la responsabilité internationale ont été énoncés par l'article 2 du projet d'articles sur la responsabilité des Etats, qui dispose :

« Il y a fait internationalement illicite de l'Etat lorsqu'un comportement consistant en une action ou une omission :

a) Est attribuable à l'Etat en vertu du droit international ;
   et
b) Constitue une violation d'une obligation internationale de l'Etat. »

Les deux éléments retenus par la Commission du droit international sur la proposition de Roberto Ago traduisent l'objectivation de la responsabilité internationale ; la responsabilité naît uniquement de la violation d'une de ses obligations internationales par l'Etat. Le projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales reprend cette disposition

[22] Eric DAVID, "Primary and Secondary Rules", in. James CRAWFORD, Alain PELLET, Simon OLLESON, *op. cit.*, pp. 27s

[23] *Ibid.*, p. 32

[24] Article 60 du projet sur la responsabilité des organisations internationales adopté en première lecture.

[25] V. Pierre KLEIN, "Attribution of Conduct to International Organizations", in. James CRAWFORD, Alain PELLET, Simon OLLESON, *op. cit.*, pp. 310-313

[26] Cf. 2ème partie, Titre 1, chapitre 2, s.2, §2

mutatis mutandis dans son article 4 relatif aux éléments du fait internationalement illicite d'une organisation internationale.

Le fait internationalement illicite n'a que deux éléments constitutifs, même si l'existence d'un préjudice ou d'un dommage peut être importante en ce qui concerne l'invocation de la responsabilité par un autre Etat, ou la forme et l'étendue de la réparation.[27] Ces deux éléments constitutifs du fait internationalement illicite font l'objet d'une jurisprudence constante de la Cour internationale de Justice, et sont bien ancrés dans le droit international général. L'imputabilité du fait précède logiquement l'examen de sa licéité.[28] En effet, le second élément cité par la CDI, la violation d'une obligation internationale de l'Etat, est dépendant du premier. Les normes du droit international ne s'adressant par définition qu'aux sujets de ce droit, un comportement donné ne peut être considéré comme une violation du droit international que s'il est imputable à un de ses sujets. Comme l'a écrit le professeur Pierre-Marie Dupuy, « la violation du droit international ne sera établie que si elle peut être considérée comme ayant été commise par un sujet relevant de cet ordre et agissant en tant que tel. »[29] En ce qu'elle permet de définir les faits qui peuvent être considérés comme ayant été commis par un sujet de droit international, l'imputabilité occupe une place centrale dans la théorie de la responsabilité internationale.

L'imputabilité est définie comme la « caractéristique de comportements d'individus ou de groupes qui peuvent ou doivent être rattachés à un Etat ou à une organisation internationale », tandis que l'imputation désigne l'action de rattacher le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes à un sujet du droit international.[30] Le terme « attribution » a une signification similaire à « imputation » ; son usage a été préféré par la CDI afin d'éviter les « interprétations erronées » auxquelles le terme « imputation » aurait pu donner lieu du fait de son usage dans certains droits internes.[31] Le rapporteur spécial Roberto Ago s'est rallié à l'avis d'utiliser le terme plus neutre d'attribution plutôt qu'imputation, tout

[27] James CRAWFORD, *op. cit.*, p. 14. Pour une critique de l'abandon du dommage comme élément constitutif de la responsabilité internationale, v. Gilbert GUILLAUME, « Overview of Part One of the Articles on State Responsibility », in. James CRAWFORD, Alain PELLET, Simon OLLESON, *op. cit.*, p. 191

[28] V. James CRAWFORD, *op. cit.*, p. 98

[29] Pierre-Marie DUPUY, *op. cit.*, p. 509

[30] Jean SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, Bruxelles, 2001

[31] ACDI 1973, vol. II, p. 187, §14

en relevant que « les mots n'ont de sens que celui qu'on leur donne. »[32] Il est utile de souligner que ces deux termes ont une signification équivalente en droit international, et sont souvent utilisés alternativement. Ainsi, pour Anzilotti, imputer « signifie l'attribution d'un acte à un sujet donné »[33] ; d'après le dictionnaire de Jules Basdevant, imputer signifie « attribuer un fait à un sujet de droit, le rattacher à celui-ci en vue de lui en faire supporter les conséquences juridiques. »[34]

L'imputabilité peut être entendue comme la détermination des conditions dans lesquelles un comportement donné, adopté par une personne ou un groupe de personnes, est susceptible d'être considéré comme un fait d'un sujet de droit international (Etat ou organisation internationale) d'après le droit international. Dans les termes de Roberto Ago, les règles relatives à l'imputabilité permettent de préciser « quels sont les « comportements » que le droit international considère comme « faits de l'Etat » aux fins d'établir l'existence éventuelle d'un fait internationalement illicite », en d'autres termes d'indiquer « quand, d'après le droit international, c'est l'Etat qui doit être considéré comme agissant. »[35] L'attribution signifie l'« opération du rattachement à l'Etat d'une action ou omission donnée»[36] ; elle consiste à attribuer des actes nécessairement commis par une personne physique à une personne morale[37] ; il s'agit de l'« opération qui permet de reconnaître les auteurs » des faits juridiques.[38]

L'imputabilité est un des deux éléments constitutifs d'un fait illicite d'après le droit international. La violation d'une règle primaire du droit international, pour être constituée, doit être imputable à un Etat ou à une organisation internationale. Le comportement illicite « doit être susceptible d'être rattaché non pas à l'individu ou au groupe d'individus qui l'a matériellement eu, mais à l'Etat en sa qualité de sujet du droit international. »[39] A travers les définitions de l'imputabilité se définissent ses problématiques, au cœur du système de la

[32] ACDI 1973, vol. I, p. 53, §8

[33] Dionisio ANZILOTTI, *op. cit.*, p. 286

[34] Jules BASDEVANT, *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Sirey, 1960

[35] ACDI 1973, vol. II, p. 192, §§1 et 3

[36] James CRAWFORD, *op. cit.*, p. 103

[37] Brigitte STERN, "The Elements of an Internationally Wrongful Act*"*, in. James CRAWFORD, Alain PELLET, Simon OLLESON, *op. cit.*, p. 202

[38] Luigi CONDORELLI, *op. cit.*, p. 168

[39] ACDI 1971 vol. II, 1ère partie, p. 224

responsabilité internationale : déterminer l'auteur du fait illicite, le titulaire de l'obligation secondaire de réparation (au sens large) née de la violation du droit international. En effet, les Etats et les organisations internationales sont des personnes morales, des entités abstraites qui n'agissent que par l'intermédiaire de personnes physiques.

Comme le souligne le commentaire de la Commission du droit international, il s'agit d'une « vérité élémentaire » que l'Etat comme tel n'est pas capable d'agir.[40] L'Etat ne peut avoir physiquement un comportement, il agit forcément par le biais de personnes physiques. Celles-ci ne peuvent engager la responsabilité de l'Etat que dans l'hypothèse où elles agissent en tant qu'organe; l'Etat n'est en principe pas responsable de l'action de particuliers. La problématique de l'attribution d'un comportement déterminé à un Etat a été clairement expliquée par Roberto Ago: « ce que l'on veut mettre en évidence c'est tout simplement que l'action ou l'omission dont il s'agit doit pouvoir être considérée comme un « fait de l'Etat ». Et puisque l'Etat, en tant que personne morale, n'est pas physiquement capable d'avoir un comportement, il est évident que l'on ne peut attribuer à l'Etat que l'action ou l'omission d'un individu ou d'un groupe d'individus, quelle qu'en soit la composition. »[41] En d'autres termes, comme la Cour permanente de Justice internationale l'a exposé dans son avis portant sur les *Colons allemands en Pologne*, « les Etats ne peuvent agir qu'au moyen et par l'entremise de la personne de leurs agents et représentants »[42]. La fonction de l'imputabilité est précisément de définir quelles personnes ou groupes de personnes peuvent être considérées comme les « agents et représentants » de l'Etat. Les règles relatives à l'imputabilité permettent de définir le « fait de l'Etat », de déterminer si c'est l'Etat, ou un autre sujet du droit international, qui a agi dans le cas particulier.[43]

L'auteur concret d'un comportement donné est toujours une personne physique ; juridiquement, l'auteur de ce comportement peut être un Etat ou une organisation internationale. En-dehors des hypothèses d'attribution expressément prévus par le droit

[40] James CRAWFORD, *op. cit.*, p. 100, v. rapport Ago, ACDI 1973, vol. II, p. 183, §5

[41] 3ème rapport, ACDI 1971 II, 1ère partie, p. 228, §57. Le rapporteur spécial précise plus loin que l'expression « personne morale » n'est employée ici qu'« uniquement par opposition à celle de « personne physique », pour indiquer une entité collective ne pouvant agir qu'en se servant de l'action d'individus humains. » *Ibid.*, p. 228, note 75

[42] CPJI, *Affaire des Colons allemands en Pologne*, avis consultatif n°6 du 3 février 1923, série B, Rec. p. 22

[43] Luigi CONDORELLI, Claus KRESS, "The Rules of Attribution : General Considerations", in. James CRAWFORD, Alain PELLET, Simon OLLESON, *op. cit.*, p. 221

international, l'Etat n'est pas responsable du comportement de personnes privées. Un comportement de personnes privés portant atteinte aux droits d'un sujet de droit international tiers peut être la conséquence du manquement par l'Etat à ses obligations, de l'omission de sa part de prendre les mesures requises par une obligation internationale. Dans ce cas, l'Etat est responsable du fait de ses propres organes, à savoir l'omission, et non directement du fait des personnes privées.

Les règles d'imputabilité issues de la responsabilité des Etats inspirent en principe largement les règles applicables aux organisations internationales.[44] L'attribution du comportement d'une personne à l'organisation dépend également de l'existence d'un lien formel, ou d'un lien factuel fondé sur le contrôle, entre l'individu auteur du comportement et l'organisation.

La responsabilité des organisations internationales apporte des problématiques spécifiques à la question de l'imputabilité dans le droit de la responsabilité internationale. La CDI a dû faire face à des questions complexes, auxquelles le droit international n'apporte pas de réponse univoque, et fonder ses conclusions sur une pratique émiettée et marquée par un grand pragmatisme ainsi que sur une jurisprudence à la portée limitée et peu concluante. La complexité de la question est liée à la particularité des modes d'activité des organisations internationales. En effet, elles agissent souvent par l'intermédiaire des Etats membres, ou en utilisant des organes de ces derniers. Parallèlement, les Etats membres exercent souvent une forte influence sur le fonctionnement et la prise de décision au sein de l'organisation. L'étude de l'imputabilité de comportements liés à l'activité des organisations internationales doit prendre en compte les relations mutuelles de contrôle et de pouvoir entre l'organisation et ses membres. Celles-ci ont un impact tant sur la responsabilité de l'organisation internationale elle-même que sur la responsabilité des Etats membres à raison de faits de l'organisation.

Le sujet aborde les questions de l'imputabilité d'un comportement illicite aux Etats ou aux organisations internationales, ainsi que la question, liée bien que distincte, de l'attribution de la responsabilité. Le sujet implique de rechercher qui, concrètement, répond d'un comportement illicite, qui en subit les conséquences. Il est nécessaire d'aller au-delà de la simple imputation du fait, qui ne constitue qu'une partie du sujet. L'attribution de la responsabilité prend en compte les rapports qui s'établissent réellement entre deux sujets de

[44] V. sur ce point Pierre KLEIN, *La responsabilité des organisations internationales dans les ordres juridiques internes et en droit des gens*, Bruylant, Bruxelles,1998, pp. 303-306

droit international. C'est notamment le cas des organisations internationales, où il faut s'attacher à l'ensemble des relations entre l'organisation et ses Etats membres afin de déterminer qui, en dernier lieu, supporte les conséquences du fait illicite, qui, véritablement, en répond. Cette démarche implique la nécessité d'étudier les rapports réciproques de dépendance, de contrôle, d'autorité, entre l'organisation et un ou plusieurs Etats membres. Ces rapports ont pour conséquence des hypothèses de responsabilité de l'organisation à raison d'un fait imputable à un organe d'un Etat membre, ainsi que des cas de responsabilité des Etats membres à raison d'un fait imputable à l'organisation.

Des questions relatives à l'imputabilité sont susceptibles d'apparaître au niveau du comportement illicite comme à celui de la responsabilité proprement dite. La violation d'une obligation internationale donne naissance à une obligation de réparer, de répondre de la violation. Cependant, l'auteur du comportement illicite d'après le droit international, c'est-à-dire le sujet auquel il est imputable, n'est pas nécessairement le même que celui sur lequel pèse l'obligation de réparer. Une distinction entre l'imputation du fait illicite et l'attribution de la responsabilité internationale peut apparaître. Si cette hypothèse reste exceptionnelle dans les relations interétatiques, elle est plus fréquente dans le cadre de la responsabilité des organisations internationales. En effet la responsabilité des organisations internationales naît souvent de l'interaction de l'organisation et de ses Etats membre, de l'action conjointe de plusieurs sujets du droit international. L'organisation doit en effet souvent avoir recours aux moyens de ses Etats membres pour être en mesure d'accomplir ses fonctions. L'imputabilité – vue comme naissance de la responsabilité pour fait illicite, de l'obligation de répondre – signifie pouvoir déterminer qui – quel sujet du droit international – doit ultimement répondre d'un comportement spécifique, contraire au droit international. L'imputabilité signifie répondre à la question « [d]e quels actes un Etat ou une organisation sont-ils responsables ? »[45] L'imputabilité d'un comportement donné n'a de sens que pour autant qu'elle permette de déterminer le sujet qui doit effectivement répondre de la violation du droit international. Pour être en mesure d'apprécier sa signification globale, l'imputabilité doit donc être comprise dans son sens large, qui englobe l'attribution du fait illicite et l'attribution de la responsabilité. Se limiter à la première hypothèse s'avère la plupart du temps suffisant, dans les cas – de loin les plus fréquents dans le cas de la responsabilité étatique – de coïncidence entre l'auteur du comportement d'après le droit international et celui auquel le droit international met à charge l'obligation de réparer. Cependant, prendre en compte la seconde

[45] Paul REUTER, *Principes de droit international public*, RCADI, vol. 103, 1961 II, p. 602

hypothèse permet véritablement de constater les conséquences juridiques des relations d'interdépendance particulièrement présentes dans la vie des organisations internationales.

Ces conséquences sont susceptibles de se faire sentir tant au niveau de la responsabilité de l'organisation elle-même qu'à celui de la responsabilité des Etats qui agissent en application d'une mesure prise par l'organisation dont ils sont membres. Ainsi, les articles sur la responsabilité de l'Etat précisent qu'ils « sont sans préjudice de toute question relative à la responsabilité d'après le droit international d'une organisation internationale ou d'un État pour le comportement d'une organisation internationale. »[46] Le projet sur la responsabilité des organisations internationales est, en effet, relatif à « la responsabilité internationale d'une organisation internationale pour un fait qui est illicite en vertu du droit international », mais également « à la responsabilité internationale de l'État pour le fait internationalement illicite d'une organisation internationale. »[47] Aux fins de la responsabilité internationale, l'Etat agissant en tant que membre d'une organisation internationale doit être distingué de l'Etat agissant de façon autonome. La définition du fait de l'Etat ne change toutefois pas ; les règles du projet sur la responsabilité des organisations internationales concernant les Etats sont relatives à l'attribution de la responsabilité, ou à la définition d'obligations primaires de l'Etat dans le cadre de leurs relations avec une organisation internationale ; elles se situent sur un autre plan que la détermination du comportement imputable à l'Etat.

L'imputabilité est un sujet transversal, qui permet de se pencher sur des aspects du droit international à la fois fondamentaux et très divers. L'imputabilité a un « rôle charnière dans l'agencement du système » juridique international[48], en ce qu'elle permet de faire le lien entre les normes primaires, prescrivant ou prohibant un certain comportement, et les sujets auxquels elles s'adressent. Du fait de sa place centrale, ce sujet jette un éclairage essentiel sur des questions comme la définition de l'Etat en droit international, la personnalité juridique des organisations internationales, les rôles respectifs du droit interne et du droit international, ou les rapports réciproques entre les organisations internationales et leurs membres.

[46] Art. 57 des articles de la CDI sur la responsabilité des Etats

[47] Art. 1er du projet d'articles de la CDI sur la responsabilité des organisations internationales

[48] Luigi CONDORELLI, *op. cit.*, p. 168

« L'Etat se voit attribuer, sur le plan international, les faits des membres de son organisation »[49], c'est-à-dire de son organisation concrète, réelle, telle que définie par le droit international, et non seulement telle que reconnue ou prétendue par l'Etat. Les règles de l'imputabilité permettent d' « identifier concrètement » l'Etat, c'est-à-dire « les individus par le biais desquels l'Etat « agissant » va manifester son existence. »[50] Est attribuable à l'Etat le comportement des « personnes » faisant partie de son appareil au sens large, c'est-à-dire par l'intermédiaire desquelles l'Etat agit, ou qui agissent pour son compte. L'Etat s'incarne dans la personne de ses agents. Aux yeux du droit de la responsabilité internationale, l'Etat est très largement défini, et comprend autant le chef de l'Etat que la personne que l'on peut temporairement qualifier de « fonctionnaire de fait ». D'autres branches du droit international peuvent connaître des conceptions différentes du « fait de l'Etat »[51] ou de ses organes. L'Etat selon le droit international public peut être considéré une « figure à géométrie variable »[52]. Le droit de la responsabilité, au travers des règles d'imputabilité, est peu formaliste, la condition de son effectivité est sa capacité à appréhender l'Etat dans la réalité de la variété de ses moyens d'action.

L'Etat s'organise librement et le droit international en tire les conséquences au niveau de l'attribution.[53] Le droit international appréhende l'organisation réelle de l'Etat, et non pas purement formelle. Est attribuable en vertu du droit international le comportement de toutes les personnes ou groupes de personnes par l'intermédiaire desquelles l'Etat agit, qui relèvent de son appareil organique au sens large.[54] Ce principe implique de définir les conditions dans lesquelles une personne ou un groupe de personnes est considéré par le droit international comme agissant pour le compte de l'Etat, c'est-à-dire quand l'Etat est considéré comme agissant par le biais de ces personnes. Ainsi, le comportement des organes *de facto*, ainsi que de certaines personnes qui ne peuvent être considérées comme des organes, est attribuable à l'Etat d'après le droit international. L'Etat est ainsi responsable du comportement adopté par des personnes dans le cadre de l'exercice de fonctions publiques. Il est également responsable

[49] ACDI 1973, vol. II, p. 192

[50] Mathias FORTEAU, « L'Etat selon le droit international : une figure à géométrie variable ? », *RGDIP* 2007, p. 737

[51] ACDI 1973, vol. II, p. 192 §5

[52] Mathias FORTEAU, *op. cit.*

[53] ACDI 1973, vol. II, p. 193, §7 ; v. sur ce point Luigi CONDORELLI, *op. cit.*, pp. 26-41

[54] Luigi CONDORELLI, *op. cit.*, pp. 26-27

du comportement commis par des personnes privées qu'il utilise pour parvenir à ses fins, et qui obéissent à ses instructions ou agissent sous son contrôle.

Cela comprend celles que l'Etat utilise volontairement, mais il doit aussi répondre de certains comportements qu' « il » (i.e. son gouvernement, les autorités supérieures) n'a pas voulus, mais qui ont été accomplis spontanément par des personnes privées dans le cadre de l'exercice de prérogatives de puissance publique en cas de carence ou d'absence des autorités officielles. L'Etat d'après le droit de la responsabilité internationale ne peut donc être réduit à l'organisation qu'il s'est donnée, c'est-à-dire que ses autorités dirigeantes lui ont donné. Le droit international connaît des critères d'imputabilité qui sont indépendants de la volonté étatique ; la conception de l'Etat selon le droit international est définie par le droit international lui-même.[55] Par ailleurs, la définition des critères d'imputabilité dépend du droit international ; que l'Etat considère un comportement donné comme son propre fait ou non ne dépend pas de lui. Les règles relatives à l'imputabilité se réfèrent certes largement au droit interne, à l'organisation propre de l'Etat; cependant certaines bases d'imputation traduisent l'autonomie des règles d'imputabilité envers l'Etat. L'imputabilité en droit international ne dépend pas de la qualification de ce même fait comme un fait de l'Etat ou non d'après le droit interne. L'effectivité du droit international dépend de la capacité du droit de la responsabilité internationale à prendre en compte, par l'intermédiaire des règles relatives à l'imputabilité, l'organisation effective de l'Etat, ce qui peut réellement être qualifié de « fait de l'Etat », même dans les cas où l'Etat essaie d'échapper à sa responsabilité en ayant recours à des personnes n'ayant pas le statut d'organe ou d'agent. Les relations entre fait et droit sont souvent vues en opposition ; ici le droit appréhende le fait afin d'assurer sa propre effectivité.

L'attribution d'un comportement à l'Etat ou à l'organisation internationale est nécessairement une opération normative[56], fondée sur le droit international. Le droit interne a une place importante dans l'identification des comportements attribuables à l'Etat en déterminant quelles personnes possèdent le statut d'organe de l'Etat. Cependant, le droit international joue un rôle fondamental « quand il s'agit d'actes matériels et non plus juridiques, ou au moins lorsqu'il s'agit d'actes juridiques qui au regard du droit national ne sont plus des actes juridiques réguliers ». Dans ce cas,

[55] Pierre-Marie DUPUY, "Relations Between the International Law of Responsibility and Responsibility in Municipal Law", in. James CRAWFORD, Alain PELLET, Simon OLLESON, *op. cit.*, p. 180 ; Brigitte STERN, *op. cit.*, p. 210

[56] James CRAWFORD, *op. cit.*, p. 100

« il est normal que le droit international puisse intervenir avec plus de force et d'autorité, car son intervention, même si elle a pour effet de porter atteinte au droit de l'Etat d'aménager son ordre juridique, poursuit en réalité un autre but : limiter les effets à l'égard des tiers d'activités imputables à un milieu dont les Etats sont responsables. »[57]

La responsabilité est le « test ultime » de la personnalité internationale.[58] La personnalité juridique se traduit par la capacité d'être titulaire de droits et d'obligations, et donc d'être responsable en cas de violation d'une obligation. L'imputabilité identifie le sujet du droit international qui est amené à répondre d'un fait commis par une personne qui ne possède pas la qualité de sujet. Ce comportement ne peut être qualifié de violation du droit international que s'il peut être considéré comme ayant été commis par un sujet de l'ordre juridique international. En effet, la capacité de commettre un fait internationalement illicite n'appartient par définition qu'aux sujets du droit international. Seule une entité à laquelle un comportement contraire au droit international est susceptible d'être imputé peut être considérée comme un sujet du droit international. Réciproquement, la personnalité internationale a pour conséquence de rendre le sujet susceptible d'être considéré comme responsable de tout fait internationalement illicite qui lui est attribuable. Ainsi, l'imputabilité du fait illicite à l'organisation internationale est à la fois la conséquence et un indice de sa personnalité internationale.

L'absence de personnalité juridique internationale de certaines entités, comme des régions sécessionnistes ou des Etats non-reconnus les rend incapable de répondre directement de leurs comportements qui pourraient être qualifiés d'internationalement illicites s'ils étaient attribuables à un sujet de droit international. Ces entités sécessionnistes sont souvent étroitement associées à des Etats qui ont activement favorisé leur création et les soutiennent de manière continue. Une puissance voisine de l'Etat victime de la tentative de sécession d'une de ses composantes apporte un soutien très important à celle-ci, garantissant ainsi sa survie. Le soutien apporté par cet Etat tiers peut s'avérer si important, voire décisif, que l'entité sécessionniste ne dispose pas de véritable autonomie envers lui. Les règles d'imputabilité ne permettent en principe pas de considérer que le comportement de l'entité sécessionniste puisse être attribuable à l'Etat intervenant, sauf si elle peut être considérée

[57] Paul REUTER, *Principes…, op. cit.*, p. 603

[58] Expression utilisée au sujet des organisations internationales par Pierre KLEIN, *La responsabilité des organisations internationales…*, *op. cit.*, p. 429

comme un organe de fait de cet Etat. Cette problématique complexe a donné lieu à des divergences entre les juridictions internationales qui ont eu à en connaître.[59] Des approches variées, et parfois contradictoires, ont été suivies, en l'absence de critères de définition de l'organe de fait clairement acceptés. L'élargissement éventuel de l'hypothèse de l'organe *de facto* à des situations de ce type est un développement complexe. La pratique internationale est récente, et les règles d'imputabilité classiques n'ont pas été prévues pour des situations de ce type. La jurisprudence doit en outre faire face à la difficulté de définir des critères adéquats au vu de la grande complexité de ces hypothèses. La prise en compte de ces situations est cependant nécessaire, les règles d'imputabilité ayant pour fonction d'appréhender les « conséquences effectives de l'activité étatique »[60] en attribuant les faits qui en sont à l'origine à l'Etat.

Les principes relatifs à l'imputabilité accordent une importance particulière à la prise en compte des relations de fait, de l'effectivité des relations entre l'Etat et les personnes physiques, ou l'Etat et l'organisation. L'imputabilité est fondée sur le statut juridique interne de la personne, mais également sur des critères propres au droit international. Le droit international se réfère essentiellement au droit interne, et ratifie la définition de ses organes *de jure* par l'Etat. Le droit international possède par ailleurs un rôle autonome dans l'imputabilité du comportement de personnes n'appartenant pas formellement à l'appareil de l'Etat. Les règles relatives à l'imputabilité sont fondées sur l'effectivité, elles appréhendent la réalité des liens de fait entre la personne et le sujet de droit.

L'imputabilité se situe sur deux plans distincts. En premier lieu, elle joue un rôle essentiel dans la définition de l'Etat ou de l'organisation internationale d'après le droit international. Elle permet de présenter une définition du sujet de droit international en établissant les comportements qui sont susceptibles de lui être rattachés, en identifiant les personnes par l'intermédiaire desquelles le sujet agit. En second lieu, l'imputabilité énonce les conséquences sur la responsabilité internationale des relations entre sujets de droit,

[59] Cette hypothèse est notamment illustrée par les relations entre la République fédérale de Yougoslavie et la république serbe de Bosnie entre 1992 et 1995 ; entre la Russie d'une part, la Transniestrie (Moldavie), les régions sécessionnistes d'Abkhazie et d'Ossétie du Sud (Géorgie) de l'autre ; et les relations entre la Turquie et la « République turque du Nord de Chypre ». Ces cas ont donné lieu à une jurisprudence abondante de différentes juridictions internationales (Cour internationale de Justice, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Cour européenne des droits de l'homme) ou à des rapports d'une commission d'enquête.

[60] Paul REUTER, *Principes…, op. cit.*, p. 603

notamment entre une organisation internationale et ses membres. Ce second aspect de l'imputabilité participe également de la définition de l'organisation internationale, qui est indissociable de l'étude des relations mutuelles et des influences réciproques entre les sujets de droit international qui la composent.

La question de l'imputabilité d'un comportement illicite à l'Etat est centrée sur les relations entre le sujet de droit international et les personnes qui lui permettent d'adopter un comportement matériel, et par là d'exister concrètement sur la scène internationale (1ère partie). La question de la responsabilité des organisations internationales est fortement marquée par leur nature de sujets dérivés du droit international, créés et composés d'Etats. Cette caractéristique a pour conséquence d'accorder un rôle capital à la problématique de l'attribution de la responsabilité, nettement moins présente dans le cadre de l'imputabilité de la responsabilité à l'Etat (2ème partie).

1ère Partie L'imputabilité d'un fait illicite à l'Etat

Le thème de la responsabilité étatique occupe historiquement et conceptuellement une place prééminente dans la théorie de la responsabilité internationale. Les principes fondamentaux de l'imputabilité ont été définis en relation avec le fait illicite des Etats ; les règles appliquées à la responsabilité des organisations internationales en ont été largement inspirées. L'imputabilité, entendue comme la détermination des personnes réputées engager l'Etat par leurs actions ou omissions, joue un rôle essentiel dans la définition du sujet de droit. Ainsi, les règles gouvernant la responsabilité internationale peuvent exercer une influence certaine sur le droit de l'Etat à l'auto-organisation. En effet, ces normes ont pour fonction d'assurer l'effectivité du droit international dans la mesure où elles appréhendent les actes de l'Etat dans leur réalité. Le droit international ne se limite pas à une définition formaliste de l'appareil d'Etat, à la définition que donne l'Etat de ses organes, de lui-même; il prend en compte le lien réel existant entre une activité exercée par des personnes physiques et l'Etat. Cette appréciation concrète, aussi proche de la réalité, de la complexité des faits donnant lieu à des litiges, que possible, est nécessaire à l'effectivité du droit international. Une approche réaliste, ici, ne s'oppose pas à l'effectivité du droit international, elle est au contraire une condition indispensable à son influence et à son rôle dans les relations internationales. L'action des sujets du droit international se traduit par des moyens variés. La réalité risquerait de n'être que très imparfaitement prise en compte par des catégories juridiques trop étroites, par une définition trop formaliste des organes de l'Etat et des personnes dont l'action serait imputable à l'Etat. Une appréciation concrète de l'action de l'Etat est indispensable au respect et au rôle effectif du droit international.

Le rapporteur spécial de la CDI sur la responsabilité des Etats Roberto Ago a précisé que « l'organisation de l'Etat (...) est l'appareil par lequel l'Etat révèle concrètement son existence et travaille à la poursuite de ses fins »[61], il appartient à l'Etat lui-même de s'organiser, « il n'est nullement dans les tâches du droit international d' « organiser » l'Etat, fût-ce seulement à des fins internationales »[62]. L'Etat est libre de s'organiser comme il l'entend, il s'agit d'une illustration de sa souveraineté.[63] Le droit international ne s'intéresse pas à l'organisation interne de l'Etat; ce qui signifie que parallèlement, dans l'ordre juridique international, « l'Etat apparaît comme une unité, c'est-à-dire comme une personne unique

61 ACDI 1971 II, 1ère partie, §110s

62 *Ibid*.

63 Luigi CONDORELLI, *op. cit.*, RCADI 1984-VI, pp. 28-29

capable d'agir par le biais d'innombrables « bras » obéissant tous à un seul centre de décision »[64].

Selon la conception de l'Etat comme un fait préexistant, et donc qui s'impose au droit international, la fonction des règles relatives à l'attribution d'un fait illicite à l'Etat n'est pas de conférer, du fait de l'attribution, la qualité d'organe de l'Etat aux auteurs matériels du fait; elles établissent « une conséquence du fait que ces personnes sont des organes, qu'elles ont juridiquement qualité pour agir au nom de l'Etat. »[65] Le droit international ne fait ici que tirer la conséquence de l'appartenance d'une personne déterminée à l'appareil de l'Etat, il n'attribue pas la qualité juridique d'organe. Si le droit international renvoie certes en grande partie aux déterminations opérées par l'Etat, il s'attache en outre à son organisation de fait, ce qui lui permet de prendre en compte les organes et agents *de facto*, c'est-à dire qui ne sont pas définis comme des organes par le droit interne de l'Etat[66]. Le professeur Ago précise que le droit international tient compte de l'organisation de l'appareil d'Etat comme d'une donnée de fait à laquelle il conditionne certaines de ses déterminations[67]. Il ajoute plus loin que « sur le plan du droit international, on considère en principe comme fait de l'Etat le comportement des personnes ou des groupes de personnes auxquels dans l'ordre interne, et uniquement dans cet ordre, on attribue la qualité juridique d'organe de l'Etat. »[68]

Le professeur Jean-Pierre Quéneudec va plus loin lorsqu'il écrit qu' « il est permis d'affirmer que les législations internes qui définissent quelles personnes entrent dans la catégorie des agents de l'Etat, sont de simples indications pour le juge international ».[69] En réalité le droit international de l'imputabilité tient largement compte de la détermination

64 *Ibid.*, pp. 58-59

65 ACDI 1971 II, 1ème partie §116

66 Les organes *de jure* ne sont pas les seuls susceptibles d'engendrer la responsabilité de l'Etat: « il n'est pas dit, surtout, qu'en reconnaissant qu'on attribue à l'Etat sujet de droit international les comportements émanant de ses propres « organes » d'après l'ordre juridique interne on ait *achevé l'inventaire* [italiques dans l'original] des comportements qui peuvent entrer en considération aux fins du rattachement à ces faits d'une responsabilité internationale. » ACDI 1973, II, p. 194

67 *Cf. ibid.* §117, note 207

68 *Ibid.*, §119

69 Jean-Pierre QUENEUDEC, *la responsabilité internationale de l'Etat pour les fautes personnelles de ses agents*, LGDJ, Paris, 1966, p. 30

opérée par l'Etat. Pour les professeurs Alain Pellet et Patrick Daillier, « l'attribution à l'Etat est très largement admise dès lors que le comportement dénoncé émane de personnes ou d'organes sous son autorité effective. Le droit international confirme, par ce biais, que les habilitations juridiques internes ne sont que des faits pour les autres sujets de droit international »[70]. Toujours est-il que les organes de l'Etat ne sont pas toujours clairement définis par son droit interne. C'est une raison de la prise en considération de l'organisation *de facto* de l'Etat.

Si la détermination du statut d'organe de l'Etat à des personnes physiques appartient à l'Etat, il existe néanmoins une relation réciproque entre l'organisation de l'Etat et le droit international. Le droit international valide en quelque sorte l'organisation que s'est librement donnée l'Etat, il la prend en compte. Selon le professeur Luigi Condorelli[71], il s'agit de l'illustration de la liberté d'auto-organisation de l'Etat, expression de la souveraineté de l'Etat. Ainsi, le droit international ne requiert pas l'adoption d'un système constitutionnel particulier[72], quoique l'Etat doive être en mesure de respecter ses obligations internationales. Par ce biais, le droit international, et particulièrement les règles gouvernant l'imputabilité, a une influence non négligeable sur l'organisation de l'Etat.[73] Ce dernier doit pouvoir faire respecter ses engagements internationaux, notamment par ses collectivités territoriales. Le caractère réaliste de la définition des organes de l'Etat laisse ici la place, dans une certaine mesure, à une appréciation plus formelle: l'Etat est responsable du fait de ses organes, par exemple un Etat fédéral sera responsable des actes d'un Etat fédéré, même s'il n'a pas, d'après son droit interne ou la situation factuelle, la possibilité concrète de contraindre l'entité fédérée au respect du droit international.[74]

---

[70] Alain PELLET, Patrick DAILLIER, Mathias FORTEAU, *Droit international public*, 8ème éd., L.G.D.J., Paris, 2009

[71] Luigi CONDORELLI, *op. cit.*, p. 26

[72] Luigi CONDORELLI, *op. cit.*, p. 60 ; selon Alain PELLET, Patrick DAILLIER et Mathias FORTEAU, *op. cit.*, L.G.D.J., p. 432: il existe une « indifférence du droit international à l'égard des formes politiques internes, dès lors que les institutions nationales disposent de la capacité d'engager l'Etat dans les relations internationales », ce qui implique sa capacité à répondre d'éventuelles violations du droit international.

73 Roberto Ago, ACDI 71 II, 1è partie, p. 250, §120; Luigi CONDORELLI, *op. cit.*, p.30-36

74 *cf. infra*, §1, A), 3

Le droit international prévoit l'imputabilité à l'Etat du comportement de personnes ayant le statut d'organe d'après le droit interne, ou exerçant des prérogatives de puissance publique. Ce principe fondamental trouve son parallèle dans l'impossibilité d'imputer à l'Etat le fait de personnes étrangères à son organisation, même si des exceptions sont apparues de manière empirique (Titre 1). L'Etat est constitué, outre ses organes *de jure,* de toutes les personnes par l'intermédiaire desquelles il agit. Le principe de l'imputabilité du comportement de personnes agissant pour le compte de l'Etat tout en n'ayant pas formellement le statut d'organe est bien établi, même si ses conditions font l'objet de controverses (Titre 2).

Titre 1. L'imputabilité du comportement de personnes en fonction de leur possession du statut d'organe de *jure* de l'Etat.

Le principe de l'imputabilité à l'Etat du comportement des personnes qui possèdent le statut d'organe selon son droit interne est fondamental à toute théorie de l'imputabilité. Outre celui des organes *de jure*, est attribuable à l'Etat le comportement des personnes habilitées à exercer des prérogatives de puissance publique. L'Etat doit répondre du comportement de toutes les personnes qu'il a habilitées à agir en son nom. Cette règle englobe le comportement allant au-delà de l'habilitation reçue par l'Etat, mais non les faits accomplis à titre privé. Le principe de l'imputabilité à l'Etat du comportement de ses organes (chapitre 1) a pour corollaire la non-imputabilité du comportement de personnes étrangères à son organisation, sauf dans les hypothèses particulières des mouvements insurrectionnels victorieux et de la ratification du comportement de personnes privées (chapitre 2).

Chapitre 1. L'imputabilité du comportement de personnes possédant le statut d'organe de l'Etat adopté en cette qualité

Le comportement des personnes ou entités ayant le statut d'organe d'après le droit interne de l'Etat lui est imputable pourvu qu'elles aient agi en cette qualité (s. 1), même en dépassement de leurs compétences ou au-delà des instructions reçues (s. 2).

s. 1 La portée du principe de l'imputabilité à l'Etat du comportement de ses organes *de jure*.

D'après le droit international général sont imputables à l'Etat les actes de ses organes. Ceci est bien établi en ce qui concerne les organes *de jure*. Ce principe est réaffirmé par la CDI à l'article 4 de son projet, qui dispose que « le comportement de tout organe de l'Etat est considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international », quelles que soient sa nature ou les fonctions qu'il exerce. Cette règle vaut quelle que soit la forme de l'Etat, unitaire ou fédérale.[75] En effet, un Etat ne saurait invoquer son organisation interne pour éviter de respecter ses obligations internationales. L'Etat agit par le biais de ses organes, l'action de ces derniers doit donc être considérée comme un « fait de l'Etat » dont celui-ci doit répondre le cas échéant.

Le deuxième paragraphe de l'article 4 du projet de la CDI précise qu' « un organe comprend toute personne ou entité qui a ce statut d'après le droit interne de l'Etat ». Il appartient donc fondamentalement à l'Etat de définir ses organes. L'article 4 a pour but d'englober tous les organes, quelle que soit l'organisation interne de l'Etat; en effet, un État

75 l'article 4 dispose que « le comportement de tout organe de l'Etat est considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international, que cet organe exerce des fonctions législative, exécutive, judiciaire ou autres, quelle que soit la position qu'il occupe dans l'organisation de l'Etat, et quelle que soit sa nature en tant qu'organe du gouvernement central ou d'une collectivité territoriale de l'Etat »

ne peut invoquer son organisation interne pour éviter de respecter ses obligations internationales; il s'agit là une règle bien établie, un principe fondamental du droit international.[76]

Les actes des organes ne lui sont toutefois pas imputables dans tous les cas. Avant de déterminer les conditions d'attribution des actes des organes *de jure* à l'Etat (§2), il est utile de relever les circonstances n'ayant aucune influence sur l'imputabilité (§1). Un troisième paragraphe portera sur l'imputabilité du comportement de personnes habilitées à exercer des prérogatives de puissance publique (§3).

§1. Les différentes possibilités d'organisation interne d'un Etat sont sans pertinence sur la portée de cette règle.

C'est un principe bien établi, garant de l'effectivité du droit international que les Etats ne peuvent se prévaloir de leur droit interne pour échapper à leurs obligations internationales. La grande diversité des formes et de l'organisation interne des Etats n'a pas d'influence sur la règle fondamentale pour l'ordre juridique international de la responsabilité des Etats du fait de leurs organes. Cela vaut aussi bien pour la fonction de l'organe et son rang hiérarchique (A) que sa place dans l'organisation territoriale de l'Etat (B).

A) La forme interne de séparation des pouvoirs et le rang hiérarchique de l'organe

L'Etat doit répondre non seulement des actes du pouvoir exécutif, mais aussi législatif et judiciaire; la solution retenue est liée à la nature et aux fondements mêmes du droit international. L'article 4 du projet de la CDI dispose expressément que le comportement de tout organe de l'Etat est considéré comme un fait de l'Etat « que cet organe exerce des fonctions législative, exécutive, judiciaire ou autre... » C'est un principe bien établi; comme l'a affirmé le Rapporteur spécial, « depuis près d'un siècle, on ne connaît pas de décisions

76 Roberto AGO, ACDI 1971 II, 1ère partie, p. 238s

judiciaires ou arbitrales internationales qui aient énoncé (ou même implicitement admis) le principe de l'irresponsabilité de l'Etat pour faits de ses organes législatifs ou judiciaires »[77]. En effet, un courant doctrinal s'était, par le passé, prononcé en faveur d'un principe d'imputabilité des seuls faits commis par les organes exécutifs de l'Etat, dans une réduction de l' « Etat » à la notion de « gouvernement ». Cette thèse était fondée sur l'argument que le gouvernement ne disposait en principe que du contrôle sur les organes de la branche exécutive, les pouvoirs législatif et judiciaire étant en principe autonomes.[78] La Commission du droit international avait consacré une disposition spécifique à la non-pertinence de la position et du rang de l'organe dans l'appareil de l'Etat.[79] L'énoncé de ce principe a été intégré à l'article 4 dans la version finale du projet.

Aux yeux du droit international, l'Etat n'apparaît que dans son unité. La jurisprudence internationale ainsi que la doctrine ont affirmé ce principe de façon constante, et le considèrent comme un acquis. Il reflète par ailleurs la pratique des Etats. Dans l'affaire de la *Salvador Commercial Company,* le tribunal arbitral a jugé qu' « un Etat est responsable des actes de ses dirigeants, qu'ils appartiennent à la branche législative, ou exécutive, ou judiciaire de l'Etat, pour autant que ces actes sont commis en leur qualité officielle »[80]

Les actes des autorités judiciaires sont susceptibles d'engager la responsabilité de l'Etat, malgré l'indépendance dont elles jouissent en principe sur le plan interne. Ainsi, une décision de la Commission de conciliation franco-italienne du 7 décembre 1955 rappelle que l'ancienne thèse selon laquelle les actes des autorités judiciaires, du fait du principe de la séparation des pouvoirs, excluent la responsabilité de l'Etat, « semble aujourd'hui universellement et justement répudiée par la doctrine et la jurisprudence internationales. La

---

77 ACDI 1973, II, p. 197

78 *Ibid.,* p. 199: « (p)ersonne ne se fait aujourd'hui l'avocat des vieilles thèses qui voulaient établir une exception pour les organes législatifs , sur la base du caractère "souverain" du parlement, ou pour les organes juridictionnels, en vertu du principe de l'indépendance des juges ou de celui de l'autorité de la chose jugée. » sur la thèse de l'exclusion des actes du pouvoir judiciaire, cf. Syméon KARAGIANNIS, « Du non-étatique à l'étatique : la cruciale question de l'imputabilité d'actes de particuliers en droit international », in Rafâa BEN ACHOUR et Slim LAGHMANI (dir.), *Acteurs non-étatiques et droit international*, Actes du colloque de Tunis des 6, 7 et 8 avril 2006, Pedone, 2007, pp. 165-166

79 Article 6 du projet adopté en première lecture en 1996

80 *Salvador Commercial Company*, tribunal arbitral Etats-Unis d'Amérique/El Salvador, 8 mai 1902, RSA XV. La détermination de l'action en qualité officielle est abordée *infra*, section 1, §1, B.

sentence rendue par l'autorité judiciaire est une émanation d'un organe de l'Etat, tout comme la loi promulguée par l'autorité législative ou la décision prise par l'autorité exécutive. »[81]

Le projet de l'Institut du droit international de 1927 affirme la responsabilité de l'Etat pour toute action ou omission contraire à ses obligations internationales, quelle que soit l'autorité de l'Etat dont elle procède, législative, gouvernementale ou judiciaire.[82] A la même époque, la Cour permanente de justice internationale a également jugé un Etat responsable du fait de l'adoption et de l'application d'une loi, et a déclaré qu'une loi est une manifestation de la volonté de l'Etat, « au même titre que les décisions judiciaires ou les mesures administratives. »[83] La non-pertinence de cette distinction aux fins de l'attribution d'un comportement illicite ne fait plus débat. La doctrine internationaliste, aussi bien que les Etats et la jurisprudence, sont unanimes à ce sujet. Ce principe a été réaffirmé au sujet de la jurisprudence du Tribunal irano-américain des réclamations.[84]

Le rang hiérarchique de l'organe dont l'action serait contraire au droit international n'a également aucune influence sur l'imputation. L'Etat est responsable des actes de l'ensemble de ses organes agissant dans leur fonction officielle, indépendamment de leur place dans l'appareil d'Etat. La doctrine ancienne affirmait l'irresponsabilité de l'Etat pour les actes des organes placés au plus bas niveau de la hiérarchie étatique.[85]

L'indifférence du rang hiérarchique de l'organe dans l'organisation étatique a été rappelée de façon constante et régulière tant lors des tentatives de codification du droit de la responsabilité étatique que par la jurisprudence internationale. Ainsi, la Conférence de codification de 1930 ne prend pas en compte de différence de traitement fondée sur le rang

---

81 Commission de conciliation franco-italienne, *Différend concernant l'interprétation de l'article 79 du Traité de Paix*, RSA XIII, p. 438

82 v. Rapport Ago, ACDI 1971II 1ère partie, p. 262

83 CPJI, *Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise (fond)*, 25 mai 1926

84 David D. CARON, "The Basis of Responsibility: Attribution and other Trans-substantive Rules", *in* Richard B. LILLICH, Daniel B. MARGRAW (eds.), *The Iran-United States claims tribunal: its contribution to the law of State responsibility*, Transnational Publishers, 1998, p. 130: "*acts of the various branches of the government as well as governmental ministries and agencies which carry out governmental functions are presumptively attributable to the State. No distinction is made between legislative, executive, or judicial organs, or between superior or subordinate ones.*"

85 Au sujet de cette thèse, depuis longtemps abandonnée, v. ACDI 1973 vol. II, pp. 199-200

hiérarchique de l'organe auteur du comportement illicite. Cette solution a été retenue par la Commission du droit international.

La règle de la responsabilité de l'Etat pour les actes de ses agents agissant en tant que tels, quel que soit leur rang, a été notamment affirmée par la jurisprudence arbitrale. Ainsi, la Commission mixte des réclamations Pays-Bas-Venezuela a défendu cette position dans une décision rendue en 1903.[86] Cette absence de distinction est fondée, outre la logique du droit international, sur la nécessité de clarté et de sécurité des rapports internationaux. Le rapporteur spécial James Crawford prend également soin de préciser que l'expression « un organe de l'Etat » utilisé à l'article 4 doit s'entendre dans son acception la plus large, sans distinction de rang hiérarchique. Elle ne se limite pas aux organes du gouvernement central, aux hauts responsables ou aux personnes chargées des relations extérieures de l'Etat, mais s'étend à l'ensemble des personnes qui ont ce statut.[87]

La Cour européenne des droits de l'homme a également eu l'occasion de rappeler que « les autorités supérieures d'un Etat (...) assument au regard de la Convention la responsabilité objective de la conduite de leurs subordonnés; elles ont le devoir de leur imposer leur volonté et ne sauraient se retrancher derrière leur impuissance à la faire respecter. »[88] Les Etats peuvent s'organiser comme ils l'entendent, mais ont l'obligation corrélative de respecter et de faire respecter le droit international par leurs agents. Ils sont responsables de leurs actes accomplis en cette qualité, même allant au-delà des instructions ou au mépris des règles de compétence.[89]

B) la forme d'organisation territoriale de l'Etat.

86 Commission mixte de réclamations Pays-Bas/Venezuela, *Arnold Jacob Maal*, 1903. in: Vincent COUSSIRAT-COUSTERE, Pierre Michel EISEMANN, *Répertoire de la jurisprudence arbitrale internationale*, Martinus Nijhoff Publishers, 1989, vol. 1, p. 301, n°1304.

87 James CRAWFORD, *op. cit.*, pp. 113 et 115, not. §7

88 CourEDH, *Irlande c. Royaume-Uni*, arrêt du18 janvier 1978, §159

89 Pour la question de la responsabilité pour les actes *ultra vires*, cf. infra s.2

L'adoption par l'Etat d'une organisation centralisée, décentralisée, ou fédérale, ainsi que l'existence de personnes publiques distinctes de l'Etat (établissements publics et autres institutions publiques dotées d'une personnalité propre et d'une autonomie de gestion et de direction propre, chargées de l'exécution d'un service public ou de fonctions étatiques déterminées), qui ne sont, d'après l'ordre juridique interne, pas à proprement parler des organes de l'Etat, n'a pas d'influence sur l'imputabilité des actes de ces organes. Les actes de ces collectivités et institutions ont d'abord été prises en compte par un article distinct (article 5, ex. article 7, au même titre que les entités habilitées à exercer des prérogatives de puissance publique).[90]

L'Etat fédéral est responsable des violations de ses obligations internationales par les organes des Etats fédérés, même s'il n'a pas la possibilité de les contraindre à leur respect. Le droit international retient ici un critère formaliste, qui ne tient pas compte des rapports juridiques et factuels concrets susceptibles d'apparaître, mais qui est justifié par l'appréhension de l'Etat comme d'une entité unique. Les Etats lésés doivent avoir la possibilité de se tourner vers l'Etat fédéral pour obtenir réparation du préjudice subi; ce dernier ne saurait invoquer son organisation interne pour échapper à ses obligations. Cette conception impose à l'Etat de s'organiser de façon à pouvoir assurer le respect de ses obligations internationales. A ce sujet, le rapporteur spécial James Crawford précise que « peu importe, en l'occurrence, que l'unité territoriale en cause fasse partie d'un Etat fédéral ou soit une région autonome spécifique, et peu importe également que le droit interne de l'Etat en question habilite ou non le parlement fédéral à contraindre l'unité territoriale à respecter les obligations internationales de l'Etat. »[91]

Ce principe a été affirmé de façon constante dans la jurisprudence et la pratique internationales. Le tribunal arbitral Etats-Unis/Colombie a jugé que la règle selon laquelle l'Etat doit répondre du comportement illicite commis par un Etat fédéré ne faisait pas l'objet de contestation. Ce principe a été déduit de l'impossibilité pour un Etat tiers d'engager

90 v. ACDI 74, II, 1ère partie, p. 288

91 James CRAWFORD, *op. cit.*, p. 116

directement la responsabilité de l'Etat fédéré, celui-ci ne disposant pas de la personnalité juridique internationale.[92]

Dans une affaire concernant le Venezuela, des opinions divergentes sont apparues au sein de la Commission mixte. Le membre vénézuélien de la Commission prétendait que les actes de l'Etat fédéré d'Apure n'étaient pas imputables au Venezuela, du fait de la large autonomie dont jouissaient les Etats membres de l'Union du Venezuela sous l'empire de la Constitution de 1864. Cette opinion est cependant contestée, le membre étatsunien de la Commission faisant observer que l'Etat d'Apure n'est pas un Etat souverain, qu'il n'a pas la capacité d'entretenir des relations internationales.[93]

La décision *Davy*, rendue en 1903 par la Commission mixte des réclamations Royaume-Uni/Venezuela[94], va dans le même sens. La Commission souligne que le Royaume-Uni ne peut avoir des relations directes avec un Etat fédéré du Venezuela, du fait de l'obligation de respecter l'intégrité territoriale et la souveraineté de cet Etat. L'obligation de l'Etat de faire respecter ses obligations internationales par des collectivités territoriales est le pendant de son droit au respect de sa souveraineté et de son intégrité. Une mise en cause directe de la responsabilité d'une entité fédérée sur le plan international constituerait une ingérence dans les affaires internes et une violation de la souveraineté de l'Etat. L'Etat fédéral est responsable du fait de ses agents, que ceux-ci aient agi par le biais de l'Etat fédéral ou de ses subdivisions; la Commission ajoute que le « *creator of these methods and means of internal administration, viz, the nation, must always be responsible to the other government for the creature of its creation.* »

Le principe de la responsabilité de l'Etat à raison du comportement d'un Etat fédéré a également été appliqué par la Commission des réclamations Etats-Unis/Mexique. Dans une affaire concernant le manquement par les autorités du Texas à poursuivre une personne accusée du meurtre d'un ressortissant mexicain, la Commission n'a pas eu de difficulté à

92 Tribunal arbitral Etats-Unis/ Colombie, sentence *Montijo*, 26 juillet 1875, Vincent COUSSIRAT-COUSTERE, Pierre-Michel EISEMANN, *op. cit.*, t.1, vol.1, n°1116

93 Commission mixte, *De Brissot*, Etats-Unis d'Amérique c. Venezuela, *ibid.*, n°1117

94 Commission mixte des réclamations Royaume-Uni/Venezuela, *ibid.* n°1118

conclure à la responsabilité des Etats-Unis. L'existence et la portée de cette règle n'ont pas fait l'objet de débats.[95]

Ce principe a été affirmé avec plus de détail par la Commission des réclamations France-Mexique, qui a souligné que la responsabilité internationale d'un Etat fédéral pour tous les actes des Etats fédérés qui donnent lieu à des réclamations d'Etats étrangers ne saurait être niée, « pas même dans les cas où la Constitution fédérale dénierait au Gouvernement central le droit de contrôle sur les Etats particuliers, ou le droit d'exiger d'eux qu'ils conforment leur conduite aux prescriptions du droit international. »[96] Si la conclusion adoptée par la Commission est dans la droite ligne de la jurisprudence et de la pratique internationales, l'expression est inexacte; il ne s'agit pas ici de responsabilité du fait d'autrui, ce que laissent sous-entendre le terme de « responsabilité indirecte » utilisé par la Commission, mais du fait d'entités considérées comme les propres organes de l'Etat. L'organisation de type fédéral est considérée comme une forme d'organisation interne, dont le droit international n'a pas à tenir compte. Aux yeux du droit international, l'Etat garde sa structure unitaire.

La sentence du 15 septembre 1951, *Héritiers de S.A.R. Mgr le duc de Guise*, de la Commission de conciliation franco-italienne concerne une mesure de réquisition prise par le président de la région sicilienne le 29 août 1947. La Commission indique qu' « il importe peu (...) que le décret du 29 août 1947 émane non pas de l'Etat italien mais de la région sicilienne. L'Etat italien est responsable, en effet, de l'exécution du Traité de Paix même pour la Sicile, nonobstant l'autonomie accordée à celle-ci dans les rapports internes, par le droit public de la République italienne. »[97]

Dans l'affaire *LaGrand*, la Cour internationale de Justice fait une application claire de ce principe en indiquant que « la responsabilité internationale d'un Etat est engagée par l'action des organes et autorités compétents agissant dans cet Etat, quels qu'ils soient; (...) et

[95] Commission générale des réclamations (Etats-Unis/Mexique), *de Galvan*, 21 juillet 1927, RSA vol. IV, p. 273-275

96 Commission de réclamation France/Mexique, *Succession de Hyacinthe Pellat c. Mexique*, 7 juin 1929, R.S.A. vol. V, p. 536

97 Commission de conciliation franco-italienne, *Héritiers de S.A.R. Mgr le duc de Guise*, décision n°107 du 15 septembre 1951, R.S.A., vol. 13, p. 161.

que le Gouverneur de l'Arizona est dans l'obligation d'agir conformément aux engagements internationaux des Etats-Unis. »[98]

La responsabilité de l'Etat pour ses collectivités et Etats fédérés n'est généralement pas contestée. Devant un tribunal arbitral mis en place en vertu du des accords de l'ALENA et CIRDI, le Mexique a reconnu sa responsabilité découlant des actes de l'Etat fédéré de San Luis Potosi ainsi que d'une commune. Le Mexique a déclaré qu'il « était, et demeure, disposé à ce que soit retenue l'hypothèse selon laquelle la règle traditionnelle de responsabilité de l'Etat est applicable; à savoir, le Défendeur peut avoir une responsabilité internationale pour les actes accomplis par les organes de l'Etat situés aux trois niveaux de son administration. »[99] Le Tribunal arbitral ajoute par la suite que « (c)ette approche est parfaitement conforme au droit international coutumier bien établi. »[100]

L'Argentine a, pour sa part, argué que la forme fédérale de l'Etat avait pour conséquence que les actes de la province (Etat fédéré) du Tucuman ne pouvaient lui être imputés, et que le tribunal arbitral fondé sur la Convention CIRDI n'était donc pas compétent.[101] La position du tribunal arbitral est claire: « (*u)nder international law, (...) it is well established that actions of a political subdivision of federal state such as the Province of Tucuman in the federal state of the Argentine Republic, are attributable to the central government. It is equally clear that the internal constitutional structure of a country can not alter these obligations.* »[102]

98 CIJ, *LaGrand (Allemagne/Etats-Unis d'Amérique)*, ordonnance du 3 mars 1999, CIJ Recueil 1999, p. 16

99 Tribunal arbitral, *Metalclad c. Mexique*, sentence du 30 août 2000, §73, in Emmanuel Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, Editions A. Pedone, Paris, 2004, p. 672

100 *Ibid.*

101 Tribunal arbitral, *Compania de Aguas de Aconquija et Compagnie Générale des Eaux c. République Argentine*, sentence du 21 novembre 2000, ILM 2001, vol. 40, p. 426, en particulier §48

102 *Ibid.*, §49

L'autonomie d'une entité de l'Etat peut mener à des cas complexes, où l'Etat en cause, du fait du respect de son droit constitutionnel, ne peut éviter de commettre une violation du droit international.[103]

Dans l'affaire jugée par la Cour européenne des droits de l'homme, *Tyrer c. Royaume-Uni*[104], le Royaume-Uni a été jugé responsable d'une violation de l'article 3 du fait de l'exécution de châtiments corporels par les autorités de l'île de Man. L'île de Man bénéficie d'une large autonomie, elle ne fait d'ailleurs même pas formellement partie du Royaume-Uni. Ce territoire est en effet une dépendance directe de la Couronne. Le Royaume-Uni ne pouvait pas contraindre et n'a pas pu convaincre les autorités de l'île de Man de ne pas exercer de châtiments corporels. Ces formes d'organisation territoriale complexe, fondée dans le cas du Royaume-Uni sur des règles issues du droit féodal, sont susceptibles de mener à des situations de ce type, où une entité n'est pas indépendante, et ne peut donc voir sa responsabilité mise en cause par un Etat tiers, mais où l'Etat n'a pas la possibilité de faire respecter ses obligations internationales par l'entité en question.

Il en est de même si l'Etat est dans l'incapacité de faire respecter ses obligations internationales par une de ses composantes territoriales pour des raisons de fait, et non de droit. Dans l'affaire *Assanidzé c. Géorgie*[105], des violations de la Convention européenne des droits de l'homme ont été commises par les autorités de la République autonome d'Adjarie, une région bénéficiant d'un certain degré d'autonomie au sein de la Géorgie, mais ne constituant pas un Etat fédéré. Le requérant était toujours détenu par les autorités locales malgré son acquittement par la Cour suprême de Géorgie et les demandes de libération formulées par les autorités centrales. La Cour affirme la responsabilité de la Géorgie du fait des autorités locales d'Adjarie, même si les autorités centrales étaient dans l'incapacité d'obtenir la libération du requérant. Selon la Cour, « les autorités supérieures d'un Etat ont le devoir d'imposer à leurs subordonnés le respect de la Convention et ne sauraient se retrancher derrière leur impuissance à la faire respecter. »[106] En droit international, l'Etat recouvre

---

103 V. à ce sujet Rosalyn HIGGINS, « The Concept of "the State": Variable Geometry and Dualist Perceptions », in *L'ordre juridique international, un système en quête d'équité et d'universalité, Liber Amicorum Georges Abi-Saab*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/London/Boston, 2001, p. 547

104 CourEDH, *Tyrer c. Royaume-Uni*, req. no 5856/72, arrêt du 25 avril 1978

105 CourEDH, *Assanidzé c.Géorgie*, arrêt du 8 avril 2004, req. n°71503/01

106 *Ibid.*, §146

« toute autorité nationale qui exerce des fonctions publiques »[107], et non uniquement le gouvernement central. Même si les faits sont imputables aux autorités locales selon le droit interne géorgien, seule la responsabilité de l'Etat géorgien peut être engagée à raison des faits d'une de ses collectivités territoriales.

Il faut souligner que l'Adjarie n'est pas une région sécessionniste, que la Géorgie affirme y exercer pleinement sa juridiction et n'avoir généralement pas de difficultés de coopération avec les autorités locales adjares.[108] *A contrario*, Un Etat n'est en principe pas responsable d'un comportement attribuable à un mouvement rebelle ou sécessionniste sur lequel il n'a aucun contrôle.[109]

L'Etat fédéral est également responsable d'une violation de ses obligations commises par les autorités d'un Etat fédéré, même s'il désapprouve ce comportement.[110] Ainsi, l'Australie a été jugée responsable à raison d'une violation du Pacte international sur les droits civils et politiques par l'Etat fédéré de Tasmanie par le Comité des droits de l'homme, dans un cas où elle s'était contentée de servir d'intermédiaire afin de transmettre la position de la Tasmanie, tout en critiquant la position de cet Etat fédéré devant le Comité.[111]

Un cas particulier est celui des Etats où règne un régime de parti unique. Le parti, formation extérieure à l'Etat, mais qui lui est étroitement lié, se voit attribuer des fonctions étatiques. Selon le Rapporteur spécial Roberto Ago, « la formation politique en question est certainement une institution publique, et elle l'est au plus haut niveau ».[112] Dans les régimes totalitaires, Etat et parti sont souvent confondus, ou du moins l'appareil d'Etat est entièrement subordonné au parti. Aux fins de l'imputabilité, le parti peut être assimilé à l'appareil d'Etat ; son comportement lui est donc attribuable.[113]

---

[107] *Ibid.*, §148

[108] *Ibid.*, §134

[109] Cf. infra, ch. 2

[110] Rosalyn HIGGINS, *ibid.*, pp. 548-550

[111] CDH, *Toonen c. Australie*, n°488/1992

[112] ACDI 1971 II, 1è, p. 268, § 165

[113] Cf. Charles de VISSCHER, *Théories et réalités en droit international public*, 3ème éd., 1960, Paris, Pedone, p. 356.

La Commission de conciliation franco-italienne a eu à connaître d'une affaire mettant en cause des organes du parti unique.[114] Dans cette affaire, la Commission estime que les forces armées du parti fasciste reconstitué étaient des organes de la République sociale italienne, dite « République de Salo », « en raison de la situation qui était réservée à celui-ci en fait et en droit par ladite République. »[115]

Aux yeux du droit international, les Etats n'apparaissent que dans leur unité, sans prise en compte de la diversité de leurs modes d'organisation. Le surarbitre Lieber, dans la décision rendue dans l'affaire *Moses*, portée devant la Commission des réclamations États-Unis/Mexique, définit le « gouvernement » comme « l'ensemble de tous les fonctionnaires et de toutes les personnes investies d'une autorité. »[116]

Dans son avis consultatif concernant l'affaire *Cumaraswamy*[117], qui concernait notamment la compatibilité de décisions des juridictions de la Malaisie avec le droit international, la Cour a rappelé que doit être considéré comme un fait de l'Etat le comportement de tout organe cet Etat, et donc quels que soient son rang hiérarchique, sa nature, etc.[118]

Les règles gouvernant l'imputabilité dans le droit de la responsabilité internationale poussent les Etats à s'organiser de manière à respecter leurs engagements internationaux, et donc de les faire respecter par toutes leurs composantes. Comme le souligne la Cour européenne des droits de l'homme, « le devoir général incombant à l'Etat en vertu de l'article 1 de la Convention implique et exige la mise en œuvre d'un système étatique de nature à garantir le respect de la Convention sur tout son territoire et à l'égard de chaque individu. »[119] De manière générale, l'Etat doit être en mesure de faire respecter ses obligations

---

114 Commission de conciliation franco-italienne, *Dame Mossé*, 17 janvier 1953, R.S.A. vol. 13, p. 492

115 *Ibid.*

116 Commission mixte des réclamations Etats-Unis d'Amérique/Mexique (Convention du 4 juillet 1868), *Moses*, 14 avril 1871

117 CIJ, *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. 62

118 Rec. 1999, p. 87, §62. Le caractère exhaustif de l'expression employée par la Cour ressort également de la version anglaise : «*According to a well-established rule of international law, the conduct of any organ of a state must be regarded as an act of that state*.»

119 CourEDH, *Assanidzé c.Géorgie*, arrêt du 8 avril 2004, req. n°71503/01, §147

internationales par l'ensemble de ses démembrements, qu'ils soient géographiques ou fonctionnels. En ce sens, le droit international favorise le centralisme au sein des Etats, voire « travaille décidément pour l'Etat central ».[120] Ainsi, dans le cas d'une fédération, l'Etat fédéral doit disposer des moyens de faire respecter ses obligations internationales par les Etats fédérés. Le droit international peut de cette manière influencer directement l'organisation de l'Etat, et limiter son droit à l'auto-organisation.

§2. Le principe de l'imputabilité à l'Etat du comportement de ses organes *de jure*

La responsabilité de l'Etat ne peut être mise en œuvre que dans le cas où ses organes de droit ont agi en cette qualité (A), à l'exception notable du droit des conflits armés (B).

A) Le principe: l'Etat n'est responsable des actes de ses organes que s'ils ont agi en cette qualité.

La définition de la notion d'action en qualité d'organe (1) précède l'étude de la portée du principe codifié à l'article 4 du projet de la Commission du droit international (2).

1. Le comportement de l'organe adopté « en cette qualité »

Le comportement d'un organe *de jure* n'est attribuable à l'Etat que s'il a agi en cette qualité, et non à titre privé. Comme l'a souligné le rapporteur spécial Roberto Ago, les organes de l'Etat sont composés d'êtres humains, qui gardent toujours la possibilité d'agir pour leur propre compte.[121] Or, les actes ou omissions commis par un agent de l'Etat ne sont attribuables à ce dernier que si l'agent a agi en cette qualité, et non à titre privé. Dans ce dernier cas, le comportement en cause doit être considéré comme le comportement d'un

[120] Syméon KARAGIANNIS, *op. cit.*, p. 169

[121] ACDI, vol. II, p. 195

simple particulier. Cette condition était mentionnée expressément par le projet d'articles adopté en première lecture.[122] La mention expresse de cet élément a été abandonnée dans la version finale, ce qui n'enlève rien à sa pertinence et à son importance. Le dernier rapporteur spécial sur la responsabilité de l'Etat a souligné qu'une personne qui est un organe de l'Etat doit avoir agi en cette qualité, c'est-à-dire « à titre apparemment officiel, ou en se prévalant d'une compétence » qu'elle a reçue de l'Etat.[123]

La règle selon laquelle un Etat ne peut pas répondre d'un acte commis par un de ses agents à titre purement privé, sans rapport avec ses fonctions officielles, a été exprimée par une jurisprudence constante.

Dans sa sentence rendue le 7 juin 1929 en l'affaire *Caire*, la Commission des réclamations France/Mexique a jugé que « pour pouvoir admettre cette responsabilité (...) de l'Etat pour les actes commis par ses fonctionnaires ou organes en dehors des limites de leur compétence, il faut qu'ils aient agi au moins apparemment comme des fonctionnaires ou organes compétents, ou que, en agissant, ils aient usé de pouvoirs ou de moyens propres à leur qualité officielle »[124] et a rappelé que l'Etat n'est pas responsable « dans le seul cas où l'acte n'a eu aucun rapport avec la fonction officielle et n'a été, en réalité, qu'un acte d'un particulier. »

Il faut faire la différence entre des actes commis par des agents à titre privé et des actes commis dans l'exercice de leurs fonctions, mais en violation des règles gouvernant leurs compétences (*ultra vires*)[125]. Cette distinction peut être difficile à dresser, en effet, « *an exceedingly thin line separates acts performed within the scope of functions and acts performed outside this scope.* »[126]

---

[122] L'article 5 disposait qu' « est considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international le comportement de tout organe de l'Etat ayant ce statut d'après le droit interne de cet Etat, pour autant que, en l'occurrence, il ait agi en cette qualité. »

[123] James CRAWFORD, *op. cit.*, p. 118

[124] V. à ce sujet infra, s2

[125] Sur ce point, voir notamment l'affaire *Mallén*, Commission des réclamations Etats-Unis d'Amérique/ Mexique, 27 avril 1927, *infra*, s. 2

[126] A.H. FELLER, *The Mexican Claims Commissions 1923-1934. A study in the law and procedure of international tribunals*, Macmillan, New York, 1935, p. 137

L'affaire *Gordon*[127] concernait la blessure involontairement infligée à un ressortissant étatsunien par un officier mexicain qui essayait un nouveau revolver acheté à titre privé. La Commission a déclaré que le Mexique n'est pas responsable de l'acte de l'officier, en se fondant sur le fait que l'acte avait été commis à titre privé, en dehors de l'exercice de ses fonctions officielles.[128]

2. La règle de l'article 4 en droit international

L'attribution à l'Etat du comportement de ses organes est un principe bien établi du droit international, qui a été affirmé expressément, mais qui est le plus souvent, « simplement présupposé et donné pour admis. »[129] Le rapporteur spécial Roberto Ago a précisé qu'il ne s'agit que d'un « point de départ (...) qu'il s'agira de compléter... » ainsi que d'une « simple description de la réalité » et non d'une « sorte de principe logique absolu ».[130] L'article 4 codifie une « règle de base, (...) un point de départ, qui n'a rien d'absolu, ni surtout, rien d'exclusif. »[131] La méthode employée pour déterminer les règles en vigueur est clairement résumée: il ne s'agit pas de réaliser une construction idéale, mais d'observer la réalité, de prendre en compte la pratique des Etats pour que le projet d'articles reflète le droit international en vigueur, pour lui donner toute sa clarté et sa force. Le professeur Ago indique plus loin que les organes *de jure* constituent la « catégorie fondamentale » des règles gouvernant l'imputabilité; les autres hypothèses sont des « catégories supplémentaires ».[132]

---

127 Commission générale des réclamations (Etats-Unis/Mexique), 8 octobre 1930

128 La Commission indique que: "(*e)verything (...) leads to the belief that the act in question was outside the line of service and the performance of the duty of a military officer, and was a private act and under those conditions the Mexican Government is not directly responsible for the injury suffered by Gordon*", avant de préciser que "*the principle is that the personal acts of officials not within the scope of their authority do not entail responsibility upon a State. It has already been said that the Mexican officials in question acted outside the line of their duty. Therefore no responsibility attaches to the Mexican government on this count.*"

129 ACDI 1973, vol. II, p. 194

130 Roberto AGO, ACDI 1971, II, 1ère partie, p. 251, §122s

131 ACDI 1973 II, p. 194

132 Roberto AGO, ACDI 1972 II, p.78

Le caractère coutumier de ce principe a été affirmé par la Cour internationale de Justice dans l'avis consultatif rendu le 29 avril 1999[133]: « selon une règle bien établie du droit international, le comportement de tout organe d'un Etat doit être regardé comme un fait de cet Etat. Cette règle (...) revêt un caractère coutumier »[134]; la Cour a fait expressément référence à l'article 4 (article 6 dans la version originelle) du projet d'articles de la Commission du droit international. Ce principe est appliqué uniformément dans la jurisprudence internationale.

La définition des organes *de jure* ne pose généralement pas de difficultés ; ils sont en principe définis par le droit interne de l'Etat. Ce n'est cependant pas toujours le cas, et leur détermination peut donner lieu à discussion. Dans l'affaire relative à l'*Application de la Convention contre le génocide*, la Bosnie-Herzégovine prétendait que tous les officiers de l'armée serbe de Bosnie, dont le général Mladic, étaient des organes *de jure* de la République fédérale de Yougoslavie (RFY).[135] En effet, ces officiers relevaient de l'administration militaire de la RFY et recevaient leur solde de cet Etat jusqu'en 2002. La Cour rejette cet argument en relevant que ces officiers n'avaient pas le statut d'organes de la RFY d'après son droit interne. Selon la Cour, le versement de soldes et d'autres prestations à certains officiers de l'armée serbe de Bosnie par la RFY n'en faisait pas automatiquement des organes *de jure* de cet Etat. La Cour se fonde sur le fait que ces officiers agissaient au nom de la République serbe de Bosnie (RS) et exerçaient certaines prérogatives de puissance publique de cette entité, et non de la RFY.[136] Il en est de même du groupe paramilitaire « Scorpions », qui agissait pour le compte de la RS. Cette conclusion a été critiquée par le vice-président Al-Khasawneh, selon lequel les « Scorpions » auraient dû être considérés comme des organes *de jure* de la RFY.[137] Le vice-président de la Cour se fondait sur des documents attribués à des dirigeants serbes de Bosnie qui décrivaient cette milice comme une unité rattachée au

133 CIJ, *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

134 *Ibid.*, p. 87, §62

135 CIJ, *Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-Monténégro)*, Arrêt du 26 février 2007, §387

136 *Ibid.*, §388.

137 Opinion dissidente du Vice-président sous l'arrêt du 26 février 2007, §§52-54

ministère de l'intérieur de la Serbie (Etat fédéré de la RFY). Ces documents n'avaient cependant pas été utilisés par la Cour car leur authenticité a été mise en doute.[138]

Cette règle a également été appliquée dans l'affaire opposant la République Démocratique du Congo à l'Ouganda, où la Cour a jugé que « le comportement des UPDF [les forces armées ougandaises] est dans son ensemble clairement attribuable à l'Ouganda, puisqu'il s'agit du comportement d'un organe de l'Etat (...) Le comportement individuel des soldats et officiers des UPDF doit être considéré comme un comportement d'un organe d'Etat. »[139]

La jurisprudence internationale a systématiquement appliqué le principe fondamental de l'attribution à l'Etat du comportement de ses organes *de jure*, c'est-à-dire « toute personne ou entité qui a ce statut d'après le droit interne de l'Etat »[140]. Ce principe a parfois été rappelé expressément, mais il va généralement de soi, au point que son énoncé relève quasiment de la tautologie. En effet, l'Etat, personne morale, se définit par ses organes, donc par définition le fait d'un organe est un fait de l'Etat.

S'il appartient fondamentalement à l'Etat de définir ses organes, le droit international joue un rôle important dans cette définition. Une entité qui n'est pas considérée comme un organe de l'Etat par le droit interne peut être considérée comme tel par le droit international: un État ne peut se retrancher derrière son droit interne pour se soustraire à sa responsabilité. L'exigence d'effectivité du droit international le pousse à reconnaître ce statut, dans des cas où l'Etat peut vouloir éviter cette reconnaissance.[141]

B) La *lex specialis* du droit des conflits armés

[138] A ce sujet, v. Marko MILANOVIC, "State Responsibility for Genocide : a Follow-up", *EJIL* 2007, pp. 673-677

[139] CIJ, *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, 19 décembre 2005, §213

[140] Article 4, al. 2 du projet d'articles sur la responsabilité des Etats

[141] Ce point est plus particulièrement développé dans le titre 2 de cette partie.

Le droit international exclut en principe la responsabilité de l'Etat pour les actes de ses organes n'ayant pas agi en cette qualité, à l'exception notable du droit des conflits armés. Il s'agit là d'une « ancienne hétérodoxie en fait d'imputation »[142]. Le projet de la CDI sur la responsabilité des Etats prévoit la possibilité de *lex specialis* dans son article 55.

La règle posée par l'article 3 de la IVème Convention de La Haye de 1907, et considérée comme faisant partie du droit international coutumier, dispose que :

« la Partie belligérante qui violerait les dispositions dudit Règlement sera tenue à indemnité, s'il y a lieu. Elle sera responsable de tous actes commis par les personnes faisant partie de sa force armée. »

Ces personnes sont, en effet, des organes de l'Etat; leur comportement lui est, de ce fait, imputable en vertu de la règle générale rappelée plus haut. Cependant, les conditions de l'attribution d'un fait illicite à l'Etat sont plus larges en droit des conflits armés: la règle mentionnée plus haut dispose que l'Etat doit répondre de tous les actes commis par les personnes faisant partie de sa force armée, ce qui inclut les actes commis à titre privé. La distinction entre actes privés et officiels est exceptionnellement effacée.[143] Le droit international influe, là aussi, sur l'organisation de l'Etat, qui doit être en mesure de faire respecter le droit international humanitaire par les membres de ses forces armées. Ainsi, le 1er Protocole aux Conventions de Genève de 1977 dispose en son article 43 §1: « ces forces armées doivent être soumises à un régime de discipline interne qui assure, notamment, le respect des règles du droit international applicables dans les conflits armés. »

L'attribution de tous les actes commis par les membres de ses forces armées à l'Etat n'a pas été systématiquement reconnue par la jurisprudence arbitrale ancienne, qui considérait que des actes de pillage commis par des soldats en maraude faisait partie des infortunes et des risques de la guerre, et que l'Etat ne pouvait en être tenu pour responsable. Cette solution a notamment été retenue dans une sentence Aniceto Buentello c. Etats-Unis[144]: « *when during*

142 Luigi CONDORELLI, *op. cit.*, p. 145

143 v. p. ex A. FREEMAN, *Responsibility of States for unlawful acts of their armed forces*, RCADI, t. 88, 1955-II, p. 289

144 Commission mixte Etats-Unis/Mexique (Convention du 4 juillet 1868), *Aniceto Buentello c. Etats-Unis*, sentence du 21 février 1876. Vincent COUSSIRAT-COUSTERE, Pierre Michel EISEMANN, *op. cit.*, t. 1, p. 302 (n°1305)

time of war in the enemy's country straggling soldiers and marauders go about robbing and destroying property it can not be considered that it is an injury done by the authorities of the country whose troops are invading an enemy's country. »[145] Le tribunal ajoute que dans ce cas, aucun officier n'était présent, que ces soldats n'étaient soumis à aucun contrôle[146], et qu'il est impossible de maintenir une parfaite discipline dans l'armée en temps de guerre. Cette sentence correspond à l'ancienne conception, dominante avant l'époque des Conventions de la Haye, selon laquelle le pillage est un des risques inhérents à la guerre et ne peut engager la responsabilité de l'Etat.[147]

La même commission déclare le Mexique responsable de blessures commises sur un civil ressortissant des Etats-Unis par un soldat, mais uniquement parce que ce dernier était sous le commandement immédiat d'un officier mexicain qui a lui-même autorisé ce comportement.[148] De même, une sentence de la Commission Chili/Royaume-Uni indique qu'il est « admis par la doctrine et la jurisprudence que les faits de maraude et de pillage commis par des soldats débandés et hors de la surveillance de leurs chefs n'engagent pas la responsabilité de leurs Gouvernements. »[149]

La Commission mixte de réclamations Etats-Unis/Venezuela reprend le même principe dans une décision de 1903[150], lorsqu'elle juge que les faits de pillage commis par des soldats ne se trouvant pas sous le commandement direct de leurs officiers n'engagent pas la responsabilité de l'Etat. Il semble que cette règle s'appliquait tant en matière de conflit armé international qu'interne.

---

[145] *Ibid.*

[146] "*It is not shown (...) that they were under any control whatever*", *ibid.*

[147] A ce sujet, v. FREEMAN, *op. cit.*, p. 325s

[148] Commission mixte (Convention du 4 juillet 1868), *Thedor Webster's adm. v. Mexico*, 20 novembre 1876. "*There is no doubt that the soldier who wounded Webster was under the immediate command of a Mexican officer, that the act was authorized by the officer, and that the Mexican Government is therefore responsible for it*".

[149] Tribunal arbitral Chili/Royaume-Uni (Convention du 26 septembre 1893), *W.E. Egerton*, sentence du 25 septembre 1895, in. Vincent COUSSIRAT-COUSTERE, Pierre Michel EISEMANN, *op. cit.*, t. 1, p. 304, n°1310

[150] Commission mixte de réclamations Etats-Unis/Venezuela, *Irene Roberts (William Quirk)*, 1903. Vincent COUSSIRAT-COUSTERE, Pierre Michel EISEMANN, *op. cit.*, t. 1, p. 304, n°1313

Cependant, une évolution est à relever dans la jurisprudence ultérieure. La règle de l'imputation de tous les actes des membres des forces armées dans une guerre internationale est admise, l'éventualité de son application à des situations de conflit interne prise en compte. Ainsi, Max Huber[151] « ne saurait être d'avis que les actes commis par la troupe ou par des soldats isolés ne puissent en aucun cas engager la responsabilité internationale de l'Etat. L'article 3 de la Convention du 18 octobre 1907 relative aux lois de la guerre sur terre établit le principe de pareille responsabilité précisément pour l'éventualité la plus importante. Sans doute, cette convention n'est directement applicable à aucune des situations dont le rapport doit s'occuper, mais le principe qu'elle établit mérite d'être retenu également en ce qui concerne l'éventualité d'une action militaire en dehors de la guerre proprement dite. »[152] Le jurisconsulte ajoute plus loin que « l'Etat doit être considéré comme tenu à exercer une vigilance d'un ordre supérieur en vue de prévenir les délits commis, en violation de la discipline et de la loi militaires, par des personnes appartenant à l'armée. »[153]

La Commission des réclamations France/Mexique a jugé que les actes commis par des militaires pendant une guerre civile ne peuvent être censés tomber sous le coup du principe énoncé en 1907 pour la guerre internationale.[154] Cependant, « les caractères spéciaux qui distinguent les militaires des fonctionnaires civils ne peuvent pas ne pas influer sur les conditions et l'étendue de la responsabilité que leurs actes engagent »; la Commission se réfère ensuite à l'extrait de l'avis de M. Huber cité plus haut. Cette sentence ne juge cependant la situation en cause qu'au regard des principes généraux de la responsabilité internationale, et fonde la responsabilité du Mexique sur le comportement *ultra vires* de ses organes.

Selon le professeur Eric David, dans le cas d'un conflit armé non international, l'Etat demeure soumis aux règles de droit commun de la responsabilité internationale et ne se voit donc pas attribuer les actes des membres de ses forces armées commis à titre privé.

---

151 Dans l'affaire des *Biens britanniques au Maroc espagnol (Espagne c. Royaume-Uni),* sentence du 1er mai 1925, RSA vol. II, p. 615

152 *Ibid.*, p. 645

153 *Ibid.*

154 Commission des réclamations France -Mexique, *Succession de Jean-Baptiste Caire c. Etats-Unis mexicains*, 7 juin 1929, RSA vol. V, p. 516s

Le caractère coutumier de la règle énoncée à l'article 3 de la quatrième Convention de la Haye de 1907 est admis; ainsi pour la Cour internationale de Justice, «d'après une règle bien établie, de caractère coutumier, énoncée à l'article 3 de la quatrième convention de La Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre de 1907 ainsi qu'à l'article 91 du protocole additionnel I aux conventions de Genève de 1949, une partie à un conflit armé est responsable de tous les actes des personnes qui font partie de ses forces armées.»[155]

Cette responsabilité de l'Etat pour tous les actes commis par des membres de ses forces armées, même sans ordre ou contre les ordres, a été reconnue par la Cour de cassation fédérale allemande[156], dans une affaire qui concernait le massacre des habitants d'un village en Grèce durant la Seconde guerre mondiale par les troupes allemandes. Cette responsabilité est indépendante de considérations liées à la nationalité des agents. Dans le cas d'une occupation militaire, la responsabilité de l'autorité occupante se trouve engagée par le fait d'actes commis par des agents recrutés sur place et de la nationalité du pays occupé.

Cette dérogation aux règles générales gouvernant l'imputabilité d'un comportement illicite est justifiée par le caractère exceptionnel de la situation de guerre, et par le bouleversement de la situation juridique qu'elle induit. La guerre, ainsi que le rappelle le Professeur Eric David, autorise des faits normalement illicites en temps de paix, ce qui explique que « le déplacement d'un certain nombre d'interdictions vers des limites plus lointaines s'accompagne d'un renforcement du devoir de réparer les conséquences de tout dépassement de ces limites. »[157] La guerre est criminogène, elle favorise tous les excès et débordements; la violence étant autorisée, et même valorisée, le contexte favorise les comportements illicites, les limites entre le licite et l'illicite s'estompent dans l'esprit des belligérants.[158] Il est donc justifié que l'Etat réponde des actes découlant d'une situation née de sa volonté.

---

155 CIJ, *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, arrêt du 19 décembre 2005, C.I.J. Recueil 2005, p. 242, par. 214.

156 *Bundesgerichtshof, Affaire du massacre de Distomo*, arrêt du 26 juin 2003, BGH - III ZR 245/98, NJW 2003, p. 3488

157 Eric DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, 4ème édition, Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 685, §4.14

158 *Ibid.*, p. 851s, ch. V

C) L'imputabilité du comportement des sociétés militaires et de sécurité privées

L'imputabilité du comportement de membres de sociétés militaires ou de sécurité privées (ci-après « SMP ») à l'Etat cocontractant soulève des problèmes spécifiques.[159] Le recours par certains Etats à des sociétés militaires et de sécurité privées est récent, et est particulièrement important dans le cadre des conflits en Afghanistan et en Irak. Il semble que le comportement de membres d'une SMP collaborant avec l'Etat ne puisse que rarement être attribué à ce dernier, même si elles accomplissent des missions habituellement dévolues à des agents *de jure* de l'Etat.

Le comportement de membres de sociétés militaires privées est susceptible d'être attribué à l'Etat cocontractant dans plusieurs hypothèses, qui ne concernent cependant dans les faits qu'un petit nombre de cas. En effet, le contrat conclu entre la société et l'Etat n'est pas suffisant pour assimiler l'ensemble des membres de la société engagés sur le terrain comme des membres des forces armées de l'Etat.

Ainsi, dans le cas où les membres d'une société militaire privée sont chargés d'une mission impliquant une participation directe aux hostilités, ils peuvent être assimilés aux forces armées de l'Etat. Leur comportement lui serait donc attribuable sur le fondement de l'article 4.[160] Cette interprétation est renforcée par l'article 4 lettre A de la III^{ème} Convention de Genève, qui inclut dans les forces armées d'un Etat les « milices et corps de volontaires », ce qui ne comprend toutefois qu'une « faible minorité du personnel des SMP/SSP ».[161]

Par ailleurs, les membres de SMP engagés par un Etat peuvent être considérés comme un organe *de facto* de cet Etat, mais le critère strict de la dépendance totale envers l'Etat[162] n'est généralement pas rempli ; les Etats entendent précisément sous-traiter certaines tâches à des sociétés bénéficiant d'une certaine autonomie à leur égard.

---

[159] La problématique de l'imputabilité n'apparaît que dans cette hypothèse, la plus rare. Dans 80% des cas, les sociétés militaires privées sont engagées par des clients autres que des Etats. V. Emanuela-Chiara GILLARD, « Quand l'entreprise s'en va t'en guerre : les sociétés militaires et sociétés de sécurité privées », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, 2006, p. 180

[160] Carsten HOPPE, « Passing the Buck: State Responsibility for Private Military Companies », *EJIL* 2008, p. 1005

[161] Emanuela-Chiara GILLARD, *op. cit.*, p. 184

[162] *Cf. infra*, Titre 2, chapitre 2, s. 1, §2

Les actes de membres de sociétés militaires privées habilités à exercer des prérogatives de puissance publique sont également attribuables à l'Etat.[163] Cette hypothèse ne concerne que les cas où les contractants privés bénéficient effectivement d'une habilitation étatique à exercer des prérogatives de puissance publique, et non simplement les cas où ils agissent pour le compte de l'Etat. Ainsi, le comportement d'employés de SMP assurant des tâches de surveillance et d'interrogatoire de détenus seront attribuables à l'Etat, mais non celui d'employés chargés de tâches logistiques. Il faut relever que « l'investissement des sociétés privées est rarement réalisé dans le domaine qui relève sans ambiguïtés du monopole de l'Etat. »[164]

Le comportement d'employés de SMP est également imputable à l'Etat s'il remplit les conditions de l'article 8.[165] Le comportement d'employés de SMP n'est attribuable à l'Etat sur ce fondement que dans les cas particuliers où l'Etat a donné des instructions spécifiques aux employés de la SMP d'accomplir l'opération au cours de laquelle le fait illicite a été commis et où ceux-ci se trouvaient sous le contrôle effectif de l'Etat. Il peut donc arriver que le comportement des SMP ne soit pas attribuable à l'Etat qui a pourtant fait appel à leur service. Cela ne signifie cependant pas que l'Etat n'est jamais responsable à raison de leurs actes ; sa responsabilité est en effet susceptible d'être engagée dans l'hypothèse d'une omission attribuable à ses organes, s'il a manqué à un devoir de diligence.[166]

Le comportement de la plupart des membres de sociétés militaires privées n'est pas attribuable à l'Etat qui les emploie sous l'empire des règles d'attribution en vigueur, car ils ne sont pas assimilables aux forces armées de l'Etat ou bénéficient d'une autonomie trop importante à son égard. Leur comportement peut toutefois être attribuable à l'Etat dans les cas les plus susceptibles de donner lieu à des violations du droit international humanitaire (participation directe aux combats) ou du droit international des droits de l'homme (surveillance de prisons, interrogatoires).

[163] *Cf. infra*, §3

[164] Nicolas HAUPAIS, « Les enjeux juridiques de la « privatisation de la guerre », *AFDI*, 2009, p. 101

[165] cf. Titre 2, en particulier le chapitre 1, s.2, §1, B

[166] Florence PARODI, « Les Etats face à l'activité des sociétés militaires et de sécurité privées », *RGDIP*, 2010, p. 513s ; Nicolas HAUPAIS, *op. cit.*, p. 103s

§3L'imputabilité des actes des personnes habilitées à exercer des prérogatives de puissance publique.

Sont attribuables à l'Etat, outre le comportement de ses organes, celui des personnes ou entités habilitées à exercer des prérogatives de puissance publique. Cette disposition vise à appréhender tous les faits de l'Etat, même au cas où celui-ci choisit de déléguer ses fonctions à d'autres entités, par exemple des entreprises publiques ou des personnes morales de droit privé. Si les exemples sont relativement rares dans la jurisprudence internationale (B), il s'agit d'une solution reconnue en droit coutumier et codifiée par la CDI (A).

A) Les entités habilitées à exercer des prérogatives de puissance publique: l'article 5 des articles de la Commission du droit international

Le critère pertinent pour l'attribution n'est pas ici le degré de contrôle de l'Etat sur l'entité ou la personne en cause, mais bien l'habilitation de celle-ci à exercer des prérogatives de puissance publique, d'une fonction étatique. L'attribution à l'Etat du comportement d'une personne ou entité qui n'est pas un organe de l'Etat au titre de l'article 4, mais qui est habilitée par le droit de cet Etat à exercer des prérogatives de puissance publique, est confirmée par l'article 5 du projet de la CDI.[167]

Les premiers rapports évoquaient l'attribution de « faits d'organes d'institutions publiques distinctes »[168]. Le rapporteur spécial Roberto Ago faisait notamment référence aux institutions « parastatales », *i.e.* paraétatiques, « c'est-à-dire, précisément, des institutions qui ont une organisation propre et (à côté de l'Etat, mais séparément) assurent des services et

167 Selon cette disposition, « Le comportement d'une personne ou entité qui n'est pas un organe de l'Etat au titre de l'article 4, mais qui est habilitée par le droit de cet Etat à exercer des prérogatives de puissance publique, pour autant que, en l'espèce, cette personne ou entité agisse en cette qualité, est considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international. »

168 ACDI, 1971, II, 1ère partie, p. 267s. Curieusement, le Rapporteur spécial fait ici référence, outre aux établissements publics, aux collectivités publiques territoriales, alors que celles-ci sont déjà prise en compte par la règle générale de l'attribution à l'Etat du fait de ses organes (actuel article 4).

pourvoient à des tâches de caractère public »[169]. La rédaction de la version finale diffère en ce qu'elle insiste non sur le statut (public ou privé) des institutions, mais sur le caractère de l'activité exercée, c'est-à-dire l'exercice de prérogatives de puissance publique, bien que ce dernier n'ait pas été ignoré par Roberto Ago. Il s'agit en effet de la *ratio* de cette règle; est attribué à l'Etat l'exercice d'une activité pour le compte de la collectivité. Comme le Rapporteur spécial l'indique, « (i)l paraît logique (...) que le critère décisif, à ce sujet, soit celui de la nature de la fonction exercée, et non pas celui de l'exercice de ces fonctions par des organes de l'appareil étatique proprement dit ou par des organes d'institutions distinctes et simplement coordonnées avec l'Etat »[170], ou, pourrait-on ajouter, par des personnes privées habilitées par l'Etat à exercer des fonctions de nature publique.[171]

Cette disposition vise à appréhender tous les faits de l'Etat, même au cas où celui-ci choisit de déléguer ses fonctions à d'autres entités, par exemple des entreprises publiques ou des personnes morales de droit privé. Comme le souligne le commentaire de la CDI, « le terme générique « entité » traduit la grande diversité des organismes qui, bien que n'étant pas des organes de l'Etat, peuvent être habilités par le droit interne à exercer des prérogatives de puissance publique »[172]. La difficulté de cerner ce qui relève des prérogatives de puissance publique, « vraie caractéristique commune de ces entités »[173], n'est pas ignorée, notamment du fait du caractère variable de ce concept selon les différents systèmes et traditions politiques et juridiques. D'après le dernier rapporteur spécial sur le thème de la responsabilité de l'Etat, plusieurs éléments doivent être pris en compte, comme le contenu des prérogatives (ainsi, la délégation par l'Etat de certains pouvoirs de police entre dans le cadre de cet article), les fins auxquelles ces prérogatives doivent être exercées ainsi que la mesure dans laquelle l'entité délégataire doit rendre des comptes à l'Etat.

Le professeur Forteau précise que les règles d'attribution du droit de la responsabilité ne visent pas à « établir si l'entreprise en question peut être considérée une fois pour toutes et

169 Roberto Ago faisait aussi entrer dans ce cadre le parti unique dans le cas des Etats connaissant un régime de ce type. *Ibid.*, p. 268

170 *Ibid.*, p. 270

171 Cette éventualité est prise en compte par l'article 5 de la version finale (2001), v. James CRAWFORD, *op. cit.*, p. 120

172 James Crawford, *op. cit.*, p. 120

173 *Ibid.*

en soi comme une émanation de l'Etat », et ne recoupent pas forcément les critères utilisés en droit des immunités. Le critère de l'exercice de prérogatives de puissance publique n'a pour fonction que d'attribuer un acte en particulier, « l'acte litigieux de l'entreprise ne sera attribuable à l'Etat que si *cet* acte (...) a été adopté dans l'exercice de ces prérogatives. »[174]

La règle de l'article 5 du projet de la CDI ne vise que les entités que le droit interne habilite à exercer des prérogatives de puissance publique, et non le cas où une entité agit en suivant les instructions et directives ou sous le contrôle de l'Etat.[175] Le comportement d'une entreprise, qu'elle soit de droit public ou de droit privé, peut également être attribué à l'Etat sur ce fondement, dans le cas où elle n'est pas généralement habilitée par le droit interne mais a adopté un certain comportement sous le contrôle de l'Etat ou en suivant ses instructions. Dans le cas de l'article 5, au contraire, l'imputabilité est fondée sur les relations de droit, et non de fait ; le fondement de l'attribution est l'acte d'habilitation donné par l'Etat, et non les relations de fait entre l'Etat et l'entité.[176]

B) Le traitement de cette problématique par la jurisprudence.

Les conditions de l'attribution des faits d'une institution à l'Etat a été au centre de la sentence du tribunal irano-américain des réclamations rendue en l'affaire *Hyatt*, le 17 septembre 1985.[177] Dans le cadre de l'établissement de sa compétence, le tribunal devait déterminer si les actes de la « Fondation pour les opprimés » étaient attribuables à l'Iran, et pour cela « *consider whether it is an agency, instrumentality or entity controlled by the Government of Iran* ». Bien que le tribunal évoque le contrôle exercé par l'Iran, il s'agit plutôt d'un cas de délégation de prérogatives de puissance publique à une entité distincte de l'Etat. La sentence commence par observer que la Fondation a été créée sur ordre de l'Imam Khomeini et avec l'approbation du Conseil révolutionnaire. Les membres de l'organe

174 Matthias FORTEAU, « L'Etat selon le droit international: une figure à géométrie variable ? », *RGDIP* 2007, p. 756.

175 James CRAWFORD, *op. cit.*, p. 122

176 Cette hypothèse est traitée au titre 2, chapitre 1, s.1, §2, C)

177 v. V. COUSSIRAT-COUSTERE, P. M. EISEMANN, *Répertoire de la jurisprudence arbitrale internationale*, t. III, vol. III, p. 1119, n°3563.

dirigeant de la Fondation étaient tous désignés par l'Imam. Le tribunal examine ensuite les dispositions du statut de la Fondation relatives à son but, la gestion des biens appartenant à l'ex-famille régnante au bénéfice des « opprimés », et aux moyens qui lui sont attribués. La Fondation peut avoir recours aux gardiens de la Révolution, aux juridictions révolutionnaires, aux forces de police d'Etat et locales, pour la réquisition ou la confiscation des biens en question, ainsi que pour toute action requise par leur gestion. Les activités de la Fondation sont exercées sous la supervision directe du premier ministre. En cas de dissolution, tous les actifs de la Fondation doivent être remis au gouvernement. Le tribunal arrive à la conclusion que *« in its establishment, governance, and objectives the Foundation thus appears to be an instrumentality of the Government of Iran* », et que l'Iran a toujours, dans ses lois et décrets, considéré la Fondation des opprimés comme une entité paraétatique, bénéficiant de certaines dispositions dérogatoires en même temps que le gouvernement et d'autres entités publiques.

Le tribunal irano-américain des réclamations prend en compte plusieurs critères pour arriver à la conclusion du caractère public de la Fondation. Le mode de création, ici par l'autorité politique suprême de l'Etat iranien, qui nomme en outre les dirigeants de l'institution en cause, les larges pouvoirs lui étant attribués pour la réalisation de ses objectifs, notamment la capacité d'avoir recours aux autorités judiciaires et policières, la supervision de son activité par le gouvernement, les modalités de son éventuelle liquidation, y ont contribué.

S'il y a peu d'exemples dans la pratique et la jurisprudence internationales, l'imputabilité à l'Etat du comportement de personnes ou entités habilitées à exercer des prérogatives de puissance publique, comme tout organe faisant partie de l'appareil d'Etat au sens large, est bien admise. Ici, le fondement de l'imputation est moins le contrôle de l'Etat - ce point sera traité plus bas - que le caractère public de l'activité exercée, ainsi que l'habilitation donnée par l'Etat. C'est en cela que cette base d'imputation est assimilable à celle des organes *de jure*; le comportement de la personne ou de l'entité en question n'est pas attribuable en vertu d'un lien de fait, contrôle ou instructions, mais d'une habilitation, d'un acte juridique de l'Etat délégant l'exercice de certaines fonctions à une entité distincte, le plus souvent de droit public et le cas échéant de droit privé.

s2. L'imputabilité du comportement *ultra vires* des organes de l'Etat.

Le principe de l'attribution aux Etats du comportement de leurs organes commis *ultra vires*, lorsque ceux-ci ont outrepassé leurs compétences ou contrevenu aux instructions reçues, est une règle essentielle du droit de la responsabilité internationale. Il permet de fonder les relations entre Etats sur des bases claires. Un Etat ne peut invoquer son droit interne pour échapper aux conséquences des actes de ses agents ou organes sur le plan de la responsabilité internationale. Cette idée est clairement exprimée par le Professeur Eagleton: «*International intercourse would exist upon a most precarious basis if a state were allowed to evade its obligations by asserting that the agent had exceeded his powers under domestic law*. »[178] Ce principe est admis en droit coutumier (§1). Il a connu des applications dans la jurisprudence internationale (§2).

§1. Le comportement *ultra vires* ou contraire aux instructions d'organes de l'Etat est attribuable à l'Etat lorsque ces organes agissent en cette qualité.

Ce principe, qui n'a plus été remis en question par la doctrine ou par la pratique étatique depuis les années 1920-1930[179], a été codifiée par la Commission du droit international dans l'article 7 de son projet sur la responsabilité des Etats, qui dispose que

« le comportement d'un organe de l'Etat ou d'une personne ou entité habilitée à l'exercice de prérogatives de puissances publiques est considéré comme un fait de l'Etat

178 Clyde EAGLETON, *The Responsibility of States in international law*, New York University Press, 1928, p. 58

179 cf. Christophe FISCHER, *La responsabilité internationale de l'Etat pour les comportements* ultra vires *de ses organes*, Chabloz, 1993, p. 131. L'imputabilité à l'Etat du comportement d'organes pris en violation du droit interne ou des instructions reçues a d'abord été rejetée, avant d'être progressivement admise entre la fin du XIXème et au début du XXème siècle. *Ibid.*, p. 61s ; ACDI 1975, vol. II, p. 67s.

d'après le droit international si cet organe, cette personne ou cette entité agit en cette qualité, même s'il outrepasse sa compétence ou contrevient à ses instructions. »[180]

Il s'agit, là aussi, d'assurer l'effectivité du droit de la responsabilité internationale; en effet, dans de nombreux cas donnant lieu à la mise en cause de la responsabilité d'un État, il serait impossible de prouver que des instructions ordonnant la commission du fait illicite ont été données. L'acte d'un agent de l'Etat, même *ultra vires*, est l'acte de l'Etat; comme l'a écrit Eagleton: « *even though it be granted that the unauthorized act of the agent does not express the will of the state, it is none the less the act of the state* »[181]. Cette règle est une conséquence de la liberté de l'Etat de s'auto-organiser, dans le pouvoir qu'il octroie à ses agents, et au caractère exclusif de ses compétences sur ceux-ci. L'Etat a donné à ses agents un pouvoir dont ils sont susceptibles d'abuser, et doit donc assumer les conséquences de leurs actes.[182]

L'Etat pourrait, de plus, invoquer son droit interne pour prétendre que le comportement litigieux ne lui est pas attribuable. Cette règle se fonde principalement sur des exigences de sécurité et de prévisibilité des relations internationales, ainsi que sur le principe de bonne foi. En effet, comme le relève un auteur, « lorsque dans l'exercice de ses tâches officielles un organe adopte un comportement *ultra vires*, en contradiction avec une obligation internationale, l'Etat engage sa responsabilité sur le plan international, car c'est lui qui a placé ledit organe dans une situation qui a permis la réalisation du fait illicite. »[183] L'ensemble du régime de la responsabilité internationale serait, en outre, rendu illusoire, « puisqu'il est rare -mais pas impossible- qu'un organe reçoive pour instruction de commettre des actes illicites ou soit autorisé à le faire. »[184] Ces arguments sont présents dès la formulation du principe de la responsabilité pour des actes commis *ultra vires*. Le Rapporteur

---

180 Il est à noter que cette disposition tient également compte du comportement des « personnes ou entités habilitées à exercer des prérogatives de puissance publique ». Il s'agit là aussi d'une conception large de l'appareil d'Etat.

181 Clyde EAGLETON, *op. cit.* p. 57

182 Ibid, p. 57-58. Comme l'exprime cet auteur, "*This is the logical consequence of the proposition that the state acts only through its organs, as also of the principle under which the state is left free to make his own arrangements. The state, having this right, puts the agent into a position of power which he may abuse; and since no other state may invade its territorial jurisdiction, it must accept responsibility for the protection of other states against its agents, whether within their powers or not*."

183 Christophe FISCHER, *op. cit.*, p. 165

184 *Ibid.*

spécial Roberto Ago cite, en ce sens, des prises de position diplomatiques formulées en 1898[185] par les gouvernements du Royaume-Uni et de l'Espagne. Le premier déclare « inadmissible la théorie (défendue à l'époque, notamment par des Etats du continent américain) de la non-responsabilité des fonctionnaires de l'Etat pour des actes qui ne seraient pas la conséquence d'ordres directement donnés à eux par leur gouvernement » et affirme que « tout gouvernement doit toujours être tenu pour responsable pour tous les actes commis par ses agents en vertu de leur qualité officielle », alors que le second a précisé que « [s]inon, on finirait par autoriser l'abus, car dans la plupart des cas il n'y aurait pas de moyen pratique de prouver que l'agent a ou n'a pas procédé d'après ordres reçus. »[186] En effet, il est rare qu'un Etat précise expressément qu'il entre dans les compétences de ses agents de commettre des violations de ses obligations internationales, ou que le gouvernement de cet Etat donne des instructions expresses en ce sens.[187]

La pratique internationale suit en général ce modèle et s'affermit au début du XXème siècle.[188] Christophe Fischer, dans son étude consacrée à cette question, observe l'existence de « cinq arguments majeurs » avancés par les Etats à la fin du XIXème et au début du XXème siècle. Trois de ces arguments paraissent décisifs, et sont les plus souvent invoqués dans des litiges internationaux ou par la doctrine: la sécurité des relations internationales, l'obligation pour l'Etat de répondre des personnes auxquelles il confère les instruments de la puissance publique, la difficulté à distinguer entre les actes autorisés et les autres, tandis que les deux autres, à savoir le mauvais choix des organes et l'impossibilité de se soustraire à l'action coercitive des organes, sont plus rarement invoqués.

185 Il s'agit des suites diplomatiques des réclamations de l'Italie contre le Pérou suite aux dommages subis par ses ressortissants pendant la guerre civile de 1894-95.

186 ACDI 1975, vol. II, pp. 67-68. Les Etats-Unis (dans l'affaire de l'American Bible Society) ont émis à la même époque un avis contraire en affirmant l'irresponsabilité de l'Etat pour les faits illicites « de fonctionnaires agissant en dehors du cadre de leur compétence non seulement réelle, mais apparente » (*Ibid.*)

187 Mais pas impossible, ainsi que l'illustre le cas du *Nicaragua*: les activités subversives de la CIA figuraient dans le budget de l'Etat.

188 v. à ce sujet Clyde EAGLETON, *op. cit.*, p. 55; Christophe FISCHER, *op. cit.*, pp. 83s.

Les Etats en cause acceptent généralement d'endosser la responsabilité pour des actes commis par des agents subalternes en leur qualité officielle, mais en excès de leur compétence ou en violation des règles du droit interne régissant leurs compétences.[189]

Il appartient au droit international d'établir quels comportements sont susceptibles d'être attribués à l'Etat, et s'il se fonde pour cela sur l'organisation interne de l'Etat telle qu'elle est donnée, il détermine de manière autonome quels faits commis par un organe lui sera imputable. Les règles de droit international sur l'imputabilité ne sont pas liées par les dispositions étatiques sur la responsabilité administrative du fait d'un agent ayant agi en violation des règles fixant les limites de ses compétences.

Pour qu'un acte commis par un organe agissant *ultra vires* soit imputable à l'Etat, celui-ci doit avoir agi en cette qualité; « la question essentielle (...) est celle de savoir si l'organe en question a agi ou non en sa qualité officielle. »[190] Le comportement personnel d'un agent de l'Etat, qui n'a aucun rapport, même lointain, avec les règles internes délimitant ses compétences, ne serait pas imputable à l'Etat. La distinction entre des actes commis dans l'exercice des fonctions de l'agent, quoiqu'en violation de ses instructions ou en dépassement de ses compétences, et des actes commis à titre privé peut être délicate. L'agent doit agir en tant que tel, sous le couvert de sa qualité officielle, mais en-dehors de ses compétences. L'article 7 ne prend pas en compte le comportement privé d'une personne qui se trouve, par ailleurs, être un agent de l'Etat. Le professeur Crawford évoque un critère de l'apparence[191], lorsqu'il affirme que « la question est de savoir si (l'agent) avait apparemment qualité pour agir. »

§2. La responsabilité de l'Etat pour des actes *ultra vires* dans la jurisprudence internationale

La jurisprudence arbitrale a eu des solutions divergentes sur la question de l'imputabilité du comportement d'agents publics agissant dans le cadre de leurs fonctions.

189 Christophe FISCHER, *op. cit.*, pp. 131-145

190 James CRAWFORD, *op. cit.*, p. 129

191 Discuté par Christophe FISCHER, *op. cit.*, p. 170, v. notamment p. 181.

Une sentence[192] a exigé, afin d'établir la responsabilité de l 'Etat, l'existence d'ordres directs du gouvernement ou la preuve d'une inaction fautive. Le tribunal arbitral avait estimé qu'il s'agissait d'un « principe de droit international reconnu par les nations civilisées » que les Etats ne seraient généralement pas tenus pour responsables des actes de leurs agents accomplis dans l'exercice de leurs fonctions. Pour que la faute de ses fonctionnaires soit attribuable au Venezuela, il aurait été nécessaire de prouver que ceux-ci avaient agi en application d'ordres directs du gouvernement, ou que celui-ci, bien qu'étant informé des faits, n'avait pas pris les mesures nécessaires pour en prévenir les conséquences. Cette solution ne sera cependant guère suivie. La jurisprudence arbitrale va généralement affirmer le principe maintenant admis selon lequel tous les actes accomplis par un agent *de jure* de l'Etat dans ses fonctions officielles sont attribuables à ce dernier.[193]

Ce sera en particulier le cas de la jurisprudence de la Commission générale des réclamations Etats-Unis/Mexique (Convention du 8 septembre 1923) qui a connu de plusieurs affaires mettant en jeu le comportement *ultra vires* de fonctionnaires de l'Etat.

L'affaire *Youmans*[194] concerne le meurtre de trois ressortissants des Etats-Unis au Mexique. Youmans, Connelly et Arnold, ressortissants des Etats-Unis employés au Mexique, ont été pris à partie par une foule hostile; les soldats envoyés pour les protéger par les autorités locales, au lieu d'exécuter leurs mission, se sont joints à l'émeute et ont participé au meurtre des Américains. Les arguments des autorités mexicaines semblent contradictoires; après avoir contesté la véracité des faits, elles affirment avoir pris les mesures nécessaires pour punir les fautifs. Les arguments des Etats-Unis reposent sur le manque de diligence des autorités mexicaines dans la protection des victimes de l'émeute puis dans la répression de ces faits. La participation de soldats est, en outre, particulièrement mise en avant: celle-ci est

192 Commission mixte Etats-Unis/Venezuela, *Joseph Forrest v. Venezuela, affaire du "William Yeaton"*, 2 septembre 1890

193 Comme l'a observé Roberto Ago, « la jurisprudence (...) du XXè siècle (...) s'orientera uniformément dans le sens de cette attribution à l'Etat des comportements des organes agissant ès qualités mais en prescription avec le droit interne. » ACDI 1975, vol. II, p. 69

194 Commission générale des réclamations Etats-Unis/Mexique, *Thomas H. Youmans (U.S.A) c. Etats Unis du Mexique*, sentence du 23 novembre 1926

considérée comme un fondement autonome et suffisant de la responsabilité du Mexique.[195] Après avoir considéré les faits comme suffisamment établis, la Commission juge qu'en l'espèce, les soldats n'ont pas agi à titre privé, car il est clair qu'ils étaient à ce moment en service et placés sous le commandement d'un officier[196]. En outre, les meurtres ne sauraient être considérés comme des actes commis à titre privé du seul fait qu'ils ont été commis contrairement aux instructions ou règlementations. Cela reviendrait à vider le droit de la responsabilité internationale de sa substance[197]; en effet, un acte illicite d'un agent de l'Etat est presque toujours commis en contradiction avec les instructions ou les règles délimitant les compétences de ces organes. Comme l'estime justement le tribunal, « *soldiers inflicting personal injuries or committing wanton destruction or looting always act in disobedience of some rules laid down by superior authority. There could be no liability whatever for such misdeeds if the view were taken that any acts committed by soldiers in contravention of instructions must always be considered as personal acts* »[198]. Le principe de la responsabilité de l'Etat pour les actes de ses organes commis en violation des instructions reçues ou des règles internes de compétence est clairement posé. La Commission de réclamations a mis en évidence la nécessité de cette règle, dans un souci non seulement d'effectivité mais aussi de viabilité et de cohérence du droit de la responsabilité internationale. Les Etats pourraient facilement échapper à la responsabilité découlant des faits illicites commis par leurs agents en s'en désolidarisant sous le prétexte du dépassement de leurs compétences ou de la violation des instructions reçues.

La sentence *Mallén* a été rendue par la Commission des réclamations Etats-Unis/Mexique (27 avril 1927), présidée par Van Vollenhoven. Mallén, consul du Mexique à El Paso (Etats-Unis), a été victime de deux agressions d'un ressortissant des Etats-Unis, officier de police du nom de Franco. La Commission observe que la première agression n'avait aucun rapport avec les fonctions officielles de Franco; les faits indiquent « *a malevolent and unlawful act of a private individual who happened to be an official; not the*

---

195 "*particular emphasis is laid on the participation of soldiers which is asserted to be in itself a ground of liability*" *Ibid.*,§11

196*Ibid.*, §14

197 "*If this were the meaning intended by the rule it would follow that no wrongful act committed by an official could be considered as acts for which his Government could be held liable*". §13

198 *Ibid.*, §14

act of an official. »[199] Ces faits ne sont donc pas imputables aux Etats-Unis; la Commission critique uniquement l'imprudence et la négligence des autorités qui n'ont pas pris de mesures disciplinaires ou préventives à l'encontre du policier. Lors de la seconde agression, en revanche, l'officier a fait état de sa fonction; il a tenté de justifier son comportement en prétendant vouloir empêcher Mallén de porter illégalement une arme à feu. Il a par ailleurs amené le consul en prison après l'agression, ce qui prouve qu'il agissait en qualité d'officier de police. La Commission relève que l'agresseur de Mallén a utilisé les prérogatives de sa fonction pour opérer une vengeance privée à son encontre, et juge que la responsabilité des Etats-Unis du fait des actes commis par un fonctionnaire de ce pays ne fait aucun doute.[200] Le but privé de l'acte ne lui enlève en rien son caractère étatique: « *though his act would seem to have been a private act of revenge which was disguised, once the first thirst of revenge had been satisfied, as an official act of arrest, the act as a whole can only be considered as the act of an official* »[201]. Par ailleurs, les Etats-Unis avaient reconnu que la seconde agression contre le consul leur était attribuable. Cette affaire est très éclairante en ce qu'elle a la particularité intéressante de mettre en évidence la distinction entre des faits commis par un agent d'un Etat à titre privé et des faits commis dans un but privé, donc au-delà de ses compétences, et attribuable à l'Etat. Le critère essentiel est l'action en qualité d'agent, et non le but réel, ici l'assouvissement d'une vengeance privée, de cette action. L'affaire *Mallén* montre en outre l'acceptation large de cette règle, l'Etat défendeur n'ayant pas contesté le principe de sa responsabilité découlant des faits de l'officier de police, alors que les Etats du continent américain ont longtemps été réticents à l'accepter.

L'affaire *Caire*[202] concernait le meurtre d'un ressortissant français par des officiers mexicains durant la guerre civile. Ces officiers avaient exigé qu'il leur remette une importante somme d'argent. Devant son incapacité à remplir cette exigence, ils l'ont emmené dans leur caserne, puis fusillé. La Commission des réclamations France-Mexique affirme le « principe

---

199 Commission des réclamations Etats-Unis/Mexique, *Mallén*, 27 avril 1927, sentence, §4. cf supra §1, B, 1., actes en qualité d'organe

200 Les deux Etats étaient d'accord pour considérer qu'il s'agissait d'un fait d'un agent en service (*official on duty*), sentence §7

201 *Ibid.*

202 Commission des réclamations (France/Mexique*), Succession de Jean-Baptiste Caire c. Etats-Unis du Mexique*, sentence du 7 juin 1929, RSA vol. V, p. 516

que le fait par un fonctionnaire d'agir en dehors de sa compétence n'exempte pas l'Etat de sa responsabilité internationale, toutes les fois que ce fonctionnaire s'est autorisé de sa qualité officielle, l'Etat n'étant pas responsable dans le seul cas où l'acte n'a eu aucun rapport avec la fonction officielle et n'a été, en réalité, qu'un acte d'un particulier », et relève que les deux officiers responsables de la mort de M. Caire « même s'ils doivent être censés avoir agi en dehors de leur compétence, ce qui n'est nullement certain, et même si leurs supérieurs ont lancé un contre-ordre, ont engagé la responsabilité de l'Etat, comme s'étant couverts de leur qualité d'officiers et servis des moyens mis, à ce titre, à leur disposition. »[203] Le fait que les deux officiers se soient servi des moyens mis à leur disposition par l'Etat est un élément essentiel dans la conclusion de la Commission sur l'imputabilité de ces actes au Mexique. Il s'agit là, d'après le rapporteur spécial James Crawford, d'une « formulation définitive de la règle moderne ».[204]

La jurisprudence de la Commission des réclamations se distingue par une application systématique de cette règle aujourd'hui fermement établie en droit coutumier.[205] Cette règle a, à la même époque, été reconnue par les juridictions internes des Etats-Unis.

L'affaire concernait la confiscation abusive du navire *Zeelandia*, propriété de la société néerlandaise *Royal Holland Lloyd*, par les autorités des Etats-Unis. Après avoir rappelé que le droit des Etats-Unis ne reconnaît pas la responsabilité de l'Etat pour les faits délictueux ou non autorisés de ses agents, la *Court of claims* juge, en citant Oppenheim, que « *in its relations with foreign nations, the United States bears what has been described as a "wide, unlimited, unrestricted and vicarious responsibility" for the acts of its administrative officials and its military and naval forces. Governments are responsible, in their international intercourse, for the acts of their authorized agents, and if such acts were mistaken, or wrongful, liability arises against the government itself for the consequences of the error or the wrong.* »[206] Comme elle l'ajoute plus loin, un Etat est responsable envers des erreurs de jugement de ses agents et organes agissant dans le cadre de leurs fonctions.[207] Le principe est

[203] *Ibid.*, p. 531

[204] James CRAWFORD, *op. cit.*, p. 128

[205] Pierre-Marie DUPUY, *Droit international public, op. cit*, p. 478

[206] *Royal Holland Lloyd v. United States*, Court of Claims of the United States, 7 décembre 1931 (AJIL 1932, vol. 26, p. 410)

[207] Ibid.

ici clairement formulé. La juridiction américaine observe également que l'Etat est internationalement responsable du fait de ses agents agissant dans le cadre de leurs fonctions. C'est là un élément essentiel qui permet de résumer l'esprit du droit international en la matière: un Etat est responsable des actes commis par ses agents dans l'exercice de leurs fonctions, en tant qu'agents, même s'ils vont au-delà de leurs compétences ou des instructions reçues. Par ailleurs, cette base d'imputation est d'autant plus nécessaire que le droit interne autorise rarement des agents publics à commettre des faits internationalement illicites; le droit de la responsabilité internationale serait vidé d'une grande partie de sa portée. La nécessité de cette règle a cependant très bien été mise en évidence par le professeur Condorelli: non seulement le droit interne ne permet que rarement aux agents étatiques de commettre des faits contraires à leurs obligations internationales, mais tout organe agissant contrairement aux obligations internationales de l'Etat agirait, de ce fait même, *ultra vires*. En effet, « dans la plupart des droits internes il existe des principes, souvent même inscrits dans la constitution nationale, qui assignent aux règles internationales un rang privilégié - voire la primauté - par rapport aux règles internes; on pourrait donc soutenir que tout organe d'Etat qui agit de façon non conforme au droit international viole - de ce fait - même - le droit interne relatif au régime de ses compétences, ou du moins contrevient aux "instructions" concernant son activité. » Dans la plupart des Etats, les règles du droit international ont cependant une valeur inférieure à la Constitution, mais celle-ci affirme souvent comme principe à suivre par les autorités de l'Etat le respect de ses obligations internationales.[208]

La règle de l'imputabilité d'actes *ultra vires* a été reconnue par la Cour internationale de Justice de manière générale dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies.[209] Elle a souligné la distinction entre « l'économie interne » d'un sujet de droit international et l'unité qu'elle présente envers les tiers, avant d'ajouter que « le droit national comme le droit international envisagent des cas où une personne morale, ou un corps politique, peut être lié envers les tiers par l'acte *ultra vires* d'un agent. »[210]

La responsabilité de l'Etat du fait d'agents outrepassant leur compétence ou contrevenant aux instructions a été admise par les organes de la Convention européenne des

208 Dans le cas de la France, l'article 14 du Préambule de la Constitution de 1946 dispose que « la République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international. »

209 C.I.J., *Certaines dépenses des Nations Unies*, Avis Consultatif du 20 juillet 1962, rec. 1962 p. 152

210 *Ibid.*, p. 168

droits de l'homme. Ainsi que l'a déclaré la Commission européenne des droits de l'homme en l'affaire *Irlande c. Royaume-Uni*, les obligations de l'Etat « peuvent être violées également par une personne exerçant une fonction officielle qui lui est confiée (...), sans autorisation expresse, voire en-dehors où à l'encontre d'instructions. »[211]

La Cour a par la suite confirmé qu'un Etat peut engager sa responsabilité internationale pour violation de la Convention à raison d'un comportement de ses agents, même lorsque ceux-ci « commettent des excès de pouvoir ou ne respectent pas les instructions reçues. »[212]

Cette solution a, de même, été adoptée par la Cour interaméricaine des droits de l'homme dès son premier arrêt. Est contraire à la Convention américaine des droits de l'homme tout exercice d'autorité publique violant un des droits qui y est reconnu, indépendamment du fait que l'agent public auteur de l'infraction a outrepassé ses compétences ou violé les instructions reçues. La Cour se fonde expressément sur le droit international général.[213]

La règle de l'imputabilité du comportement *ultra vires* se fonde sur le lien de droit existant entre l'Etat et son agent, et est une « réponse à l'exigence de clarté et de sécurité des relations internationales. »[214] L'imputabilité à l'Etat du comportement des personnes ou entités possédant la qualité d'organe d'après son droit interne est fondée sur le principe de bonne foi en droit international : un « Etat ne saurait valablement prétendre qu'il n'a pas à supporter les conséquences – défavorables pour lui – de son propre comportement librement choisi. »[215] Parallèlement, le comportement de personnes privées, étrangères à l'appareil d'Etat, ne lui est en principe pas directement attribuable. La pratique internationale a donné

---

[211] CourEDH, *Irlande c. Royaume-Uni*, arrêt du 18 janvier 1978, série A n° 25, p. 64, § 159

[212] CourEDH, GC, *Ilascu et autres c. Moldova et Russie*, req. n°48787/99, Rec. 2004-VII, au §319. La Cour se réfère à sa jurisprudence antérieure ainsi qu'à l'article 7 du projet de la CDI.

[213] Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Vélasquez Rodriguez c. Honduras*, arrêt du 29 juillet 1988, ILR, vol. 95, p. 296, §170. La Cour a jugé que :

"this conclusion is independent of whether the organ or official has contravened provisions of internal law or overstepped the limits of his authority: under international law a State is responsible for the acts of its agents undertaken in their official capacity and for their omissions, even when those agents act outside the sphere of their authority or violate internal law."

[214] James CRAWFORD, *op. cit.*, p. 126

[215] Luigi CONDORELLI, *op. cit.*, pp. 53-54

naissance à des exceptions, davantage fondées sur des considérations pragmatiques que sur la logique de la matière.

Chapitre 2. L'imputabilité du comportement de personnes étrangères à l'appareil d'Etat

Le comportement de personnes privées, étrangères à l'appareil d'Etat, à l'exercice de missions étatiques ou d'actes de puissance publique, n'est en principe pas susceptible d'en engager la responsabilité.[216] Le comportement de personnes étrangères à l'appareil d'Etat peut lui être attribué dans les hypothèses où elles agissent sous ses instructions ou son contrôle, ou lorsqu'elles accomplissent des actes de puissance publique.[217] Ces hypothèses de « fonctionnaire de fait » au sens strict se différencient de celles faisant l'objet du présent chapitre. Les « agents ou organes de fait » possèdent des liens factuels avec l'appareil d'Etat. Au contraire, la question de l'imputabilité du comportement de personnes étrangères à l'appareil d'Etat vise le cas de personnes dépourvues de tout lien avec l'appareil d'Etat, de droit comme de fait, au moment de la commission du fait illicite. Cette état de fait est caractéristique des mouvements insurrectionnels, ainsi que des personnes privées dont un comportement est ratifié par l'Etat.

Ces deux hypothèses concernent l'imputabilité à l'Etat de comportements adoptés par des personnes qui lui sont entièrement étrangères, voire même hostiles, et représentent donc des exceptions à la règle générale. A la différence de l'hypothèse des organes *de facto*, ces personnes conservent une autonomie d'action envers l'Etat. L'imputation n'est pas ici justifiée par le contrôle exercé par l'Etat sur ces personnes, ou sur la commission du comportement illicite.

L'imputabilité du comportement d'un mouvement insurrectionnel victorieux à l'Etat qu'il a précédemment combattu, et dont il prend le contrôle, est un cas très particulier. Le mouvement insurrectionnel, même s'il n'était en aucune façon un organe de l'Etat, tend à partir de sa victoire à s'identifier avec lui. D'adversaire de l'Etat il devient l'Etat (s.1) L'imputabilité du comportement de personnes privées sur la base de la ratification s'exerce par le biais d'une déclaration de l'Etat, qui a pour effet de l'engager. Le comportement de

---

216 *Cf supra*, chapitre introductif.

217 Cf infra, titre 2

personnes étrangères à l'Etat devient un comportement de l'Etat du fait de la volonté de celui-ci, en l'absence de lien formel ou factuel de subordination ou de contrôle (s. 2)

s1 L'imputabilité du comportement d'un mouvement dirigé contre le gouvernement légal de l'Etat: l'insurrection victorieuse.

L'action d'un mouvement insurrectionnel agissant sur le territoire d'un Etat n'est en règle générale pas attribuable à cet Etat. Il va de soi qu'un Etat ne pouvant être tenu responsable de faits commis par un mouvement sur lequel il n'a aucun contrôle, il ne saurait *a fortiori* se voir attribuer un comportement dirigé contre lui, visant à renverser le gouvernement ou à créer un nouvel Etat sur une partie de son territoire. Cependant, le comportement d'un mouvement insurrectionnel est considéré comme un fait de l'Etat s'il parvient à atteindre l'objectif qu'il s'est fixé.[218] Les actes des organes de l'Etat commis avant que le mouvement insurrectionnel soit parvenu à ses fins sont dans ce cas également imputables à l'Etat.

De même, le comportement d'un mouvement à visée séparatiste qui parvient à créer un nouvel Etat sur le territoire de l'Etat qu'il combattait est considéré comme un fait de ce nouvel Etat d'après le droit international.[219] Dans les deux cas, c'est l'ensemble du comportement du mouvement insurrectionnel victorieux qui sera attribuable à l'Etat en vertu de ce principe, de sa création jusqu'à ce qu'il soit devenu le nouveau gouvernement de l'Etat ou qu'il ait réussi à créer un nouvel Etat.

---

[218] L'article 10 de la CDI dispose:

"1. Le comportement d'un mouvement insurrectionnel qui devient le nouveau gouvernement de l'Etat est considéré comme un fait de cet Etat d'après le droit international.

2. Le comportement d'un mouvement insurrectionnel ou autre qui parvient à créer un nouvel Etat sur une partie du territoire d'un Etat préexistant ou sur un territoire sous son administration est considéré comme un fait de ce nouvel Etat d'après le droit international.

3...."

[219] CDI art. 10§2

Ces deux cas, bien que proches, comportent des différences qui justifient de les étudier dans deux paragraphes successifs. Le premier porte sur l'attribution à l'Etat du comportement du mouvement insurrectionnel ayant réussi à prendre le pouvoir dans cet Etat (§1), le second sur l'imputabilité du comportement d'un mouvement insurrectionnel séparatiste devenu le gouvernement du nouvel Etat créé par sécession (§2). Dans les deux cas, la question de l'attribution des actes commis par l'ancien gouvernement sera également étudiée.

§1 L'imputabilité du comportement d'un mouvement insurrectionnel devenu le nouveau gouvernement de l'Etat.

Il convient en premier lieu d'étudier la problématique générale et la portée de ce principe (A), avant d'examiner l'imputabilité des faits de révolutionnaires victorieux dans la jurisprudence internationale (B). Un dernier point porte l'applicabilité de ce principe dans le cas particulier d'un gouvernement de coalition entre l'ancien gouvernement légal et les dirigeants du mouvement insurrectionnel (C).

A) La portée de la règle

La règle codifiée par l'article 10 trouve son fondement dans l'idée de continuité entre les structures du mouvement insurrectionnel et le nouveau gouvernement de l'Etat ou le nouvel Etat créé sur une partie du territoire, de continuité entre l'organisation du mouvement et l'organisation du nouveau gouvernement de l'Etat.[220] [D]ans les termes du rapporteur spécial, « lorsque le mouvement parvient à ses fins (...), il serait anormal que le nouveau régime ou le nouvel Etat ne soit pas tenu pour responsable de ses agissements antérieurs. »[221]

Le comportement d'un mouvement insurrectionnel, au cours du conflit l'opposant au gouvernement légal de l'Etat, ne peut évidemment être attribué qu'à lui-même. En cas de

[220] James CRAWFORD, *op. cit.*, p. 140

[221] *Ibid.*, p. 139

victoire, si l'insurrection devient le nouveau gouvernement de l'Etat, elle demeure le même sujet, il y a à ce moment identité entre le nouvel Etat ou le nouveau gouvernement et le mouvement dont il est issu.[222] Le mouvement insurrectionnel victorieux devient le nouveau gouvernement de l'Etat ou le gouvernement d'un nouvel Etat; il doit répondre des actes commis avant sa victoire. Lorsque le mouvement parvient à créer un Etat sur une partie du territoire de l'Etat qu'il a combattu, ses structures deviennent les structures du nouvel Etat; la continuité entre les deux est claire.[223] La *ratio* de ces deux règles, l'attribution de la conduite du mouvement insurrectionnel à l'Etat ou au nouvel Etat dans le cas où le mouvement insurrectionnel avait un but séparatiste, est identique. Les justifications théoriques avancées sont les mêmes et résident principalement dans l'idée de continuité.[224]

L'Etat reste le même, il conserve sa personnalité internationale lorsque son gouvernement change, même par la force, ou quand le changement interne est plus profond et concerne le régime politique, voire l'organisation économique, sociale, etc. L'Etat demeure le même, quelles que soient les changements affectant son organisation et ses institutions. Il est le seul sujet de droit international auquel la responsabilité peut être attribuée.[225] A ce titre, l'objectif du mouvement insurrectionnel, que ce soit simplement la prise du pouvoir ou la mise en œuvre d'un projet révolutionnaire, n'importe pas. Cette indifférence à la forme ou aux buts du mouvement a été appuyée par la Commission du droit international, qui a choisi de ne pas préciser que le mouvement insurrectionnel devait être établi en opposition à un Etat ou à son gouvernement au vu de la grande diversité de ces mouvements dans la pratique. La formulation plus générale permet de prendre en compte l'ensemble des mouvements concernés, alors qu'une précision de ce type aurait pu être interprétée comme une limitation de la portée de cette disposition.[226] Le même souci a conduit la Commission à faire suivre

---

222 Selon Roberto AGO, « on continuera simplement d'attribuer au même sujet - qui n'aura fait qu'atteindre le stade final de son évolution progressive - les faits de ses propres organes. » ACDI, 1972, vol. II, p. 143, §157.

223 A ce sujet, v. Roberto AGO, ACDI 1972, vol. II, p. 157, qui ajoute que « l'organisation de ce qui n'était qu'un embryon d'Etat - un Etat en puissance - devient l'organisation d'un Etat entièrement et définitivement formé » (§194). *cf. infra*, §2

224 A ce sujet, Patrick DUMBERRY parle d'un point de vue généralement défendu par la doctrine, Patrick DUMBERRY, « New State Responsibility for Internationally Wrongful Acts by an Insurrectional Movement », *EJIL*, 2006, vol. 17, No 3, p. 608

225 James CRAWFORD, *op. cit.*, p. 139

226 ACDI, 1998 I, p. 308, §87.

l'expression « mouvement insurrectionnel » par les mots « ou autre » dans le deuxième paragraphe de l'article, « pour indiquer que sont visés les mouvements *ejusdem generis.* »[227] Si cette formulation est plus large, elle est aussi imprécise.[228] James Crawford indique que la définition donnée par le Deuxième Protocole additionnel de 1977 peut servir de guide. L'article 1 fait référence à « des forces armées dissidentes ou des groupes armés organisés qui, sous la conduite d'un commandement responsable, exercent sur une partie du territoire un contrôle tel qu'il leur permette de mener des opérations militaires continues et concertées et d'appliquer le présent Protocole ».[229] Ce critère est toutefois restrictif. Son application stricte limiterait l'imputabilité aux cas où l'insurrection se traduirait par un conflit armé interne donnant lieu à des opérations militaires, aux cas de véritables guerres civiles, et non aux insurrections plus courtes ou moins organisées. Ce serait contraire tant à l'esprit de la règle de l'article 10 du projet de la CDI sur la responsabilité des Etats qu'à sa mise en pratique.

Il a ainsi été reconnu qu'en principe, la République islamique d'Iran devait répondre du comportement des membres du mouvement insurrectionnel islamiste arrivé au pouvoir en 1979, alors que ce mouvement n'entrait pas dans la définition de l'article 1 du Protocole II de 1977[230]. Il n'a, en effet, pas eu à mener d' « opérations militaires continues et concertées ». La portée de la règle d'imputabilité de l'article 10 ne saurait être limitée aux cas où le droit international humanitaire trouve à s'appliquer. Elle concerne l'ensemble des mouvements cherchant le renversement du gouvernement légal par la violence ayant accédé au pouvoir, que le mouvement insurrectionnel ait eu à mener de véritables opérations militaires ou qu'il soit arrivé au pouvoir à la suite d'une insurrection populaire et plus spontanée.[231] Dans ce dernier cas, la difficulté se pose moins sur le plan des principes que de la détermination concrète des actes imputables au mouvement insurrectionnel.[232] Dans le même sens, l'application de la règle de l'article 10 ne se limite pas aux mouvements insurrectionnels

---

227 *Ibid.*, §88

228 v. à ce sujet l'intervention de Mohammed BENNOUNA, *ibid.*, p. 309, §97

229 James CRAWFORD, *op. cit.*, p. 140-141.

230 cf. *infra*

231 La question de l'imputabilité en cas de participation du mouvement insurrectionnel à un gouvernement de coalition suite à un accord de paix est traitée *infra*.

232 cf.*infra*, *idem*. à ce sujet cf. ATLAM Hazem, *in* SIMMA Bruno et SPINEDI Marina (eds), *United Nations Codification of State Responsibility*, Oceana, New York, 1987, p. 35

auxquels une personnalité juridique internationale distincte a été reconnue.[233] Une autre difficulté d'application de cette règle réside dans la détermination du moment à partir duquel le mouvement insurrectionnel est censé l'avoir emporté.[234]

La cause de l'attribution des faits du mouvement insurrectionnel à l'Etat dans lequel il prend le pouvoir réside dans la continuité entre l'appareil de l'Etat et celui du mouvement, ou du moins de leurs organes dirigeants.[235] Il ne s'agit pas ici d'un éventuel cas de succession aux obligations d'un sujet de droit international distinct hypothétiquement constitué par le mouvement insurrectionnel. Cette règle est une règle d'attribution, et non de succession à la responsabilité entre deux sujets de droit international distincts que seraient le mouvement insurrectionnel et l'Etat. En effet, selon Jean D'Aspremont, « *attribution was deemed a more reliable ground as it allowed for a bypassing of the controversial question of international legal personality of the insurgents.* »[236] L'Etat est réputé être l'auteur des faits de ce dernier, ils lui sont attribués[237], alors même que non seulement il n'avait aucun contrôle sur ces faits, mais le mouvement en question était dirigé contre lui. Il y a ici un paradoxe, d'autant plus que l'Etat se voit également imputer les faits internationalement illicites qu'il a éventuellement commis lorsqu'il tentait de réprimer l'insurrection.[238] Les actes commis par l'Etat avant la victoire du mouvement insurrectionnel lui restent attribuables du fait du principe de continuité de l'Etat, malgré les changements, voire les bouleversements, qui affectent son gouvernement et ses institutions. La solution est bien établie:

---

[233] Gérard CAHIN, "Attribution of Conduct to the State: Insurrectional Movements*"*, in. James CRAWFORD, Alain PELLET, Simon OLLESON, *op. cit.*, p. 251

[234] Syméon KARAGIANNIS, *op. cit.*, p. 171

[235] *Ibid.*

[236] Jean D'ASPREMONT, "Rebellion and State Responsibility: Wrongdoing by Democratically Elected Insurgents", *ICLQ*, vol. 58, Part 2, April 2009, p. 430

[237] Roberto AGO a, à juste titre, bien insisté sur ce point: les faits du mouvement insurrectionnel sont bien attribués à l'Etat. Il cite de nombreux auteurs formulant très clairement ce principe: ACDI 1972, vol. II, p. 163.

[238] Les *Commentaires* du dernier rapporteur spécial sur ce sujet indiquent: « la situation exige que les actions commises pendant la lutte pour le pouvoir par l'appareil du mouvement insurrectionnel soient attribuables à l'Etat, de même que les actions du gouvernement qui était alors en place. » James CRAWFORD, *op. cit.*,p. 139

« *A successful revolution stands on an entirely different basis. The government created through its efforts is liable for the acts of the revolutionists as well as for those of the titular government it has replaced.* »[239]

Le nouveau gouvernement issu de l'insurrection doit supporter les conséquences du comportement des deux parties au conflit armé interne ayant précédé sa victoire. L'Etat est l'auteur des faits illicites commis par les forces révolutionnaires aussi bien que loyalistes, en cas de victoire des premières. Ce principe s'explique par l'importance de la notion de continuité de l'Etat.[240] Il ya en effet continuité des structures de l'Etat, malgré le changement de titulaire du pouvoir, ainsi qu'entre le mouvement insurrectionnel et l'Etat.[241] Sur un plan plus pratique, la volonté d'assurer la mise en œuvre de la responsabilité internationale pour les faits internationalement illicites commis au cours de la guerre civile a également été invoquée en faveur de cette règle. Le caractère déterminant des considérations de politique juridique a également été souligné par Tal Becker[242], l'essentiel n'étant pas ici le lien juridique entre les personnes privées et l'Etat, mais le besoin de traiter les personnes privées comme si elles étaient des agents de l'Etat.

A contrario, Hazem Atlam estime qu'il n'y a pas de continuité en cas de victoire d'un mouvement de libération nationale sur un régime raciste, donc le nouveau gouvernement ne pourrait pas être responsable du comportement illicite du régime précédent.[243] Sa critique repose sur l'assimilation qui serait faite entre les mouvements de libération nationale et mouvements insurrectionnels en général, ce qui mène à la « solution inacceptable » de rendre, par exemple, le Zimbabwe responsable tant du comportement des mouvements de libération que de celui du régime dirigé par Ian Smith. On verra que, confrontée à un problème proche,

---

239 Edwin M. BORCHARD, *The diplomatic protection of citizens abroad, or the law of international claims*, The Banks Law Publishing Co., New York, 1915, p. 241.

240 Le Rapporteur Spécial Roberto AGO a également mis l'accent sur « l'idée de la continuité, qui apparaît vraiment comme le critère déterminant ».

241 Gérard CAHIN, *op. cit.*, p. 249

242 Tal BECKER, *Terrorism and the State. Rethinking the Rules of State responsibility*, Hart, Oxford and Portland, Oregon, 2006 p. 76. Dans le même sens, un autre auteur note que, bien que critiquable d'un point de vue doctrinal, la pertinence de cette solution d'un point de vue de « *policy considerations* » ne fait pas de doute. Jan Arno HESSBRUEGGE, "The historical development of the doctrines of attribution and due diligence in international law", *NYUJILP* 2004, pp. 273-274

243 Hazem ATLAM, *op. cit.*, p. 51

la Namibie a accepté d'endosser le comportement de l'occupant sud-africain. Il est vrai que l'exigence d'assurer la mise en œuvre de la responsabilité internationale heurte l'équité, lorsqu'un Etat venant de subir un régime oppressif se voit attribuer les faits illicites commis par ce dernier. Cependant, si cette règle n'était pas suivie, les Etats tiers lésés n'auraient aucun moyen de présenter de réclamation au sujet des dommages subis, le gouvernement responsable ayant purement et simplement disparu.

Ces règles d'attribution ont été critiquées pour leur manque de justification tirées de la logique juridique ou de la pratique. En effet, la seule justification de la règle d'après laquelle les actes d'insurgés victorieux sont attribuables à l'Etat serait le choix politique de réduire les cas d'impunité et d'assurer la mise en œuvre de la responsabilité d'organisations non-étatiques[244]. Elle ne reposerait sur aucune logique ni justification tirée de précédents[245], et ne saurait notamment être justifiée par la notion de continuité.[246] Ce point est peu argumenté, en effet les exemples tirés de la pratique, notamment de la jurisprudence arbitrale, sont nombreux[247]. Cette règle est critiquée de manière générale. En effet, considérer que l'Etat dans son ensemble est responsable des faits illicites commis par l'insurrection obligerait une société meurtrie par la guerre civile à se pencher sur son passé récent, conduirait à affaiblir un nouveau gouvernement à la légitimité précaire et serait une entrave à la reconstruction et à la réconciliation nationales.[248] Il n'y aurait pas de justification logique à cette base d'imputabilité[249], et il aurait été plus pertinent de l'interpréter non en tant que règle d'attribution de faits, mais d'attribution de responsabilité[250], ce qui revient à considérer que l'Etat serait responsable des faits commis par le mouvement insurrectionnel, mais qu'il ne les a pas lui-même commis. Cette argumentation est floue et peu convaincante; elle se base

244 Cette justification de la règle est cependant considérée comme suffisante par cet auteur, qui estime que « *this is a righteous purpose which suffices to justify the rule* ». Jean D'ASPREMONT, *op. cit.*, p. 433

245 *Ibid.*, p. 427-442

246 v. à ce sujet Ian BROWNLIE, *System of the Law of Nations: State responsibility* , O.U.P., 1983

247 *cf. infra*

248 Jean D'ASPREMONT, *op. cit.*, p. 429

249 A ce sujet, comme l'a relevé Roberto Ago, « il ne s'agit pas tellement de trouver une justification » à cette règle mais de vérifier qu'elle correspond à la « réalité des rapports internationaux. » ACDI 1975, vol. II, p. 107

250 Voir explication de ce point théorique, et Titre 2, Chapitre 2, Section 2. Se fonder sur le terrain de l'attribution des faits, et non de la responsabilité, permettait sans doute, à la CDI, de ne pas avoir à se prononcer sur la question complexe de la personnalité juridique des mouvements insurrectionnels.

uniquement sur une ambiguïté dans la rédaction des commentaires du rapporteur spécial James Crawford. Par ailleurs, et contrairement à ce qui est affirmé, il existe des précédents juridictionnels, certes peu nombreux mais d'origines variées, et qui vont dans le sens de la règle codifiée par la CDI dans l'article 10, qui peut être considéré comme une expression de la coutume internationale.[251]

L'Etat n'est, en revanche, pas responsable des actes commis lors d'une révolte ou guerre civile lorsque les insurgés ne parviennent pas à leurs fins. Sa responsabilité peut être mise en cause à ce sujet, mais uniquement s'il y a eu un manque de vigilance de ses propres organes. L'Etat ne sera responsable du fait, ou plutôt de l'abstention, de ses organes dans un cas de manque de *due diligence*, et non du comportement des insurgés. Un Etat pourra voir sa responsabilité engagée s'il n'a pas pris de mesures de protection des ressortissants étrangers.[252] Dans une hypothèse de ce type, l'Etat doit exercer une « certaine vigilance »[253]. « Si l'Etat n'est pas responsable des événements révolutionnaires eux-mêmes, il peut être néanmoins responsable de ce que les autorités font ou ne font pas, pour parer, dans la mesure possible, aux suites »[254], a jugé Max Huber dans l'*Affaire des Biens britanniques au Maroc espagnol*.

Il a été jugé dans l'affaire de la *Foreign Missionary Society* qu'un Etat ne peut être rendu responsable du comportement de rebelles, sauf dans l'hypothèse où il s'est rendu « coupable de violation de la bonne foi ou de négligence dans la répression de l'insurrection. »[255] Il ressort de cette sentence que dans cette hypothèse, l'Etat serait responsable de sa propre négligence ; le comportement des rebelles ne lui serait pas attribuable.

---

[251] En ce sens, Gérard CAHIN, *op. cit.*, p. 249

[252] Dans le même sens, la Commission générale des réclamations Etats-Unis/Mexique a jugé que la responsabilité du Mexique n'est pas engagée s'il a pris les mesures qui s'imposaient pour réprimer l'insurrection (v. par exemple Commission générale des réclamations Etats-Unis/Mexique, Convention du 8 septembre 1923, *The Home Insurance Company (U.S.A.) v. United Mexican States*, 31 mars 1926, R.S.A. IV, p. 48)

[253] Affaire des *Biens britanniques au Maroc espagnol (Espagne c. Royaume-Uni)*, sentence arbitrale du 1er mai 1925, p. 642.

[254] *Ibid.*

[255] Commission mixte Grande-Bretagne/Etats-Unis d'Amérique (Accord du 18 août 1910), *Home Frontier and Foreign Missionary Society of the United Brethren in Christ (United States) v. Great Britain*, 18 décembre 1920, R.S.A. VI, p. 44

L'affaire *Ilascu*[256] concerne des violations de la Convention européenne des droits de l'homme reprochées aux autorités séparatistes de Transniestrie, qui exercent leur contrôle sur cette région de la République de Moldova avec le soutien de la Russie. La Cour européenne des droits de l'homme a estimé qu'un Etat dont une partie du territoire échappe à son contrôle effectif doit néanmoins prendre des mesures « adéquates et suffisantes » pour se conformer à ses obligations internationales découlant de la Convention.[257] La Moldavie avait l'obligation de prendre les mesures nécessaires au rétablissement de son contrôle sur la région séparatiste ainsi qu'au respect des droits des requérants. La Cour a jugé que, bien que la Moldavie ait généralement pris de nombreuses mesures dans ces buts, elle a manqué de diligence en ce qui concerne certains requérants, et peut donc voir engager sa responsabilité au regard de la Convention du fait du manquement à ses obligations positives.[258] Les actes des autorités séparatistes ne sont pas imputables à la Moldavie, mais celle-ci est responsable de son propre fait, d'un certain manque de *due diligence* attribuable à ses organes.[259]

Le droit international ne prévoit pas de responsabilité de l'Etat du fait de l'insurrection, sauf dans le cas où elle est victorieuse. L'Etat est éventuellement responsable de son propre fait, s'il a été négligent à prendre les mesures qui s'imposaient, c'est-à-dire pour violation de l'obligation de *due diligence*. Il s'agit ici de cas de responsabilité de l'Etat du comportement, dans ce cas par hypothèse une omission, de ses organes *de jure*. Les actes révolutionnaires mettent la faute de l'Etat en évidence, ils ne lui sont pas imputables.

[256] CourEDH, GC, *Ilascu et autres c. Moldova et Russie*, req. n°48787/99

[257] *Ibid.*, pp. 78-79

[258] *Ibid.*, pp. 83-84

[259] Dans son opinion dissidente, le juge Bratza critique le raisonnement de la majorité sur la responsabilité de la Moldova à raison des violations de la Convention subies par les requérants, mais non le principe de la responsabilité de l'Etat faisant face à un mouvement sécessionniste, qui ne peut toutefois « entrer en jeu que dans des circonstances exceptionnelles, lorsque les preuves dont dispose la Cour démontrent clairement de la part de l'Etat en question un manque d'engagement ou d'effort pour rétablir son autorité ou l'ordre constitutionnel sur le territoire tel que cette attitude revient à approuver tacitement le maintien de l'autorité ou de la « juridiction » du régime illégal sur ce territoire. » Opinion dissidente de Sir Nicolas Bratza, à laquelle se rallient les juges Rozakis, Hedigan, Thomassen et Pantiru, §9

B) L'imputabilité du comportement de révolutionnaires victorieux dans la jurisprudence internationale

Les Commissions mixtes établies suite aux conflits internes qu'ont connus différents Etats d'Amérique latine fournissent un certains nombre de précédents (1). Plus récemment, ce principe a été appliqué par le tribunal irano-américain des réclamations (2) et par des juridictions internes (3).

1. La jurisprudence arbitrale ancienne

La jurisprudence arbitrale du début du XX^{ème} siècle, particulièrement les commissions mixtes mises en place suite aux conflits internes ayant eu lieu au Venezuela et au Mexique, ont régulièrement jugé que le comportement d'un mouvement insurrectionnel victorieux devait être attribué à l'Etat. Le fondement de cette règle a été trouvé dans l'incarnation, par l'insurrection victorieuse, de la volonté de l'Etat. Ainsi, dans l'affaire de la *Bolivar Railway Company*[260], le tribunal arbitral a estimé que

« *Nations do not die when there is a change of their rulers or in their forms of government. These are but expressions of a change of national will (...). The nation is responsible for the obligations of a successful revolution from its beginning, because in theory, it represented* ab initio *a changing national will, crystallizing in the finally successful result*. »[261]

Cette explication de la règle a été contestée par le Rapporteur spécial Roberto Ago, qui observe à juste titre que « la notion même de « volonté nationale » est sujette à caution - sans compter qu'en général le droit international se soucie peu de savoir si un gouvernement donné

260 Commission mixte des réclamations Grande-Bretagne/Venezuela, *Bolivar Railway Company case*, Protocoles du 13 février et du 7 mai 1903, R.S.A. IX p. 445. On retrouve cet argument dans la doctrine de l'époque, par exemple Edwin M. BORCHARD, *The diplomatic protection of citizens abroad, or the law of international claims*, The Banks Law Publishing Co., New York, 1915, p. 241

261 *Bolivar Railway Company*, RSA IX, pp. 452-453

est ou n'est pas le représentant de la « vraie » volonté nationale. »[262] Cette explication tient, en effet, largement de la fiction et est plus politique que juridique. Elle semble particulièrement peu pertinente dans cette hypothèse d'un changement de gouvernement par la force. Par ailleurs, les considérations de légitimité politique de la lutte entreprise par les rebelles n'importent pas[263]; le droit international se fonde uniquement sur la réalité de la prise du pouvoir ou de la création d'un nouvel Etat par le mouvement insurrectionnel.[264] La prise en compte de considérations de ce type, outre la difficulté de déterminer un critère pertinent et effectivement utilisable dans les relations internationales, aurait l'effet, peu souhaitable, de réduire le champ d'application de cette règle aux mouvements insurrectionnels victorieux perçus comme légitimes.

L'attribution à l'Etat des actes de révolutionnaires victorieux a également été acceptée, et considérée comme une règle bien établie du droit international, par la Commission mixte des réclamations Etats-Unis/Venezuela.[265] Selon la sentence rendue dans l'affaire *Dix*[266], « *[t]he revolution of 1899, led by General Cipriano Castro, proved successful, and its acts, under a well-established rule of international law, are to be regarded as the acts of a de facto government* ». La décision dans l'affaire Heny va dans le même sens: les dommages causés aux biens du plaignant, commis par les forces de deux mouvements révolutionnaires successifs, sont imputables au Venezuela.[267]

---

262 ACDI, 1972, vol. II, p. 158. Roberto AGO ajoute qu' « il est difficile de soutenir que le sort des armes dans la guerre civile devrait, tel un jugement de Dieu, établir rétrospectivement que les vainqueurs étaient, dès le début de la guerre civile, plus représentatifs de la vraie volonté nationale que les perdants. »

263 Ainsi, Patrick DUMBERRY précise: "*The major criticism that can be raised against the application of this theory to new states is the fact that it is not, of course, true in all cases that the rebels can be said to be representing the interests and the will of the people*."*op. cit.*, p. 610

264 Dans le même sens, *cf.* James CRAWFORD, *op. cit.*, p. 141: « Dès lors qu'il s'agit de formuler des règles de droit régissant la responsabilité des Etats, il est inutile et déconseillé de décharger un nouveau gouvernement ou un nouvel Etat de sa responsabilité en ce qui concerne le comportement de ses agents, en se référant à des considérations de légitimité ou d'illégitimité. »

265 Commission mixte des réclamations Etats-Unis/Venezuela, Protocole du 17 février 1903.

266 Affaire *Dix*, R.S.A. IX, p. 119

267 Affaire *Heny*, 1903, R.S.A. IX, p. 125. V. en particulier p. 128, et p. 133: "*whereas the revolution proved ultimately successful in establishing itself as the de facto Government so that the liability of the Venezuelan Government for these acts can not be denied*".

Dans l'Affaire de la *French Company of Venezuelan Railroads*[268], la Commission mixte des réclamations a également jugé que les dommages causés aux biens de la société par le mouvement insurrectionnel sont attribuables à l'Etat défendeur du fait du succès ultime de l'insurrection.[269] La Commission ajoute immédiatement qu'il n'est pas contesté que l'Etat est également responsable des dommages causés aux chemins de fer par le gouvernement légal de l'époque, et conclut, dans une formule qui résume les règles de droit international relatives à cette question: « *[h]ence there is unquestioned and complete responsibility on the part of the respondent Government for all the necessary, natural, and consequential injuries which resulted to the railroad and its properties when used by either the revolutionary or the governmental forces.* »[270]

Ce principe a également été suivi par la Commission générale des réclamations Etats-Unis/Mexique. Le Mexique a été reconnu responsable d'obligations souscrites par le mouvement insurrectionnel dirigé par Venustiano Carranza avant sa prise du pouvoir.[271]

L'affaire Georges Pinson[272] concernait le pillage par les forces constitutionnalistes, une des parties à la guerre civile mexicaine, de biens appartenant à M. Pinson, ressortissant français, à un stade du conflit où la situation était extrêmement confuse. La distinction entre un gouvernement *de facto* et un mouvement révolutionnaire peut être difficile à faire, « les meneurs d'une sédition évoluant insensiblement en Gouvernement *de facto* avec le développement et le renforcement de leur mouvement révolutionnaire. »[273] Particulièrement dans le cas mexicain, où il s'agissait d'une succession de guerres civiles marquées par de nombreuses ruptures et renversements d'alliance entre les différentes parties. Les faits de la cause ont eu lieu « en pleine guerre civile, dont l'issue définitive était encore impossible à prévoir », dans un cas où il était difficile de faire la distinction entre le « gouvernement » et

---

268 Commission mixte de réclamations (Protocole du 19 février 1902), *Affaire de la French Company of Venezuelan Railroads*, 31 juillet 1905, R.S.A. X, p. 285

269 *Ibid*. p. 354

270 *Ibid.*

271 Commission générale des réclamations Etats-Unis/Mexique, établie par la Convention du 8 septembre 1923, *United Dredging Company*, R.S.A. IV pp. 263-265

272 Commission des réclamations France-Mexique, *Georges Pinson (France) v. United Mexican States*, sentence arbitrale du 19 octobre 1928, R.S.A. V, p. 327.

273 *Ibid.* p. 425

les « rebelles »; les deux parties étaient coalisées au pouvoir avant de s'affronter. L'arbitre, dans cette affaire, a préféré ne considérer aucune des deux parties au conflit au point de vue éventuel de forces d'un gouvernement *de facto*[274] (le gouvernement *de jure* avait disparu; la distinction n'a d'ailleurs pas d'incidence dans sur la question de l'imputabilité). Toujours est-il que la règle de l'imputabilité des actes d'un mouvement insurrectionnel victorieux est clairement rappelée: « un Etat qui a traversé l'épreuve d'un mouvement révolutionnaire ne peut être réputé responsable des actes juridiques et des actes illégaux des révolutionnaires que si ledit mouvement a fini par avoir le dessus. »[275]

Au contraire, les faits d'un mouvement insurrectionnel ayant échoué ne sauraient être attribués à l'Etat. Une autre sentence concernant des faits liés à des événements révolutionnaires ayant eu lieu au Mexique, jugée en 1947, précise qu'aucune responsabilité ne peut être mise à la charge de l'Etat pour des faits commis par des insurgés défaits, à moins qu'un manque de diligence de sa part puisse être prouvé. La Commission des réclamations a adopté à cette occasion la formulation classique de la règle[276]; une autre décision du même jour précise qu'il s'agit là d'un principe établi du droit international.[277]

2. L'imputabilité du comportement des partisans de la révolution islamique en Iran

La jurisprudence du Tribunal irano-américain des réclamations donne un éclairage intéressant sur la problématique de l'imputabilité d'actes d'insurgés victorieux. Il est rare que certaines des conséquences d'une révolution victorieuse sur le plan du droit international soient traitées par un tribunal international. Certaines critiques de la règle codifiée par la

274 *Ibid.*

275 *Ibid.*, p. 429 §55

276 Commission des réclamations américano-mexicaines (Loi du Congrès des Etats-Unis du 18 décembre 1942), sentence du 4 avril 1947, *The Batopilas Mining Company v. Mexico*. Vincent COUSSIRAT-COUSTERE, Pierre Michel EISEMANN, *Répertoire...*, t.3, p. 1140).

La Commission a jugé que: "*Said revolution having terminated unsuccessfully, no claim for the loss alleged may be properly asserted against the Mexican Government without at the same time showing a want of due diligence on the part of the authorities in preventing the injury or in suppressing the revolution*."

277 Commission des réclamations américano-mexicaines (Loi du Congrès des Etats-Unis du 18 décembre 1942), sentence du 4 avril 1947, *Jesse J. Simpson v. Mexico*, Vincent COUSSIRAT-COUSTERE, Pierre Michel EISEMANN, *Répertoire...*t.3 p. 1141

Commission du droit international à l'article 10, al1 se fondaient sur le caractère trop ancien des cas, tirés il est vrai pour la plupart de la jurisprudence des commissions de réclamations mise en place suite aux événements révolutionnaires ayant secoué le Mexique dans les années 1910-1920.

Plusieurs affaires concernent l'expulsion de ressortissants des Etats-Unis hors d'Iran.

Dans l'affaire *Short*[278], le plaignant a été expulsé d'Iran alors que la situation était très chaotique, le mouvement révolutionnaire ne contrôlait encore aucune partie du pays, et la situation avait déjà échappé au gouvernement en place. Le Tribunal relève les nombreuses menaces et incidents dont le plaignant a été victime de la part de sympathisants de la révolution. Alors que la situation s'était aggravée, début février 1979, il a été évacué par l'aviation militaire américaine.

Selon le tribunal, une présomption de responsabilité de l'Etat pour tous les départs de ressortissants étrangers durant une période de troubles politiques serait en contradiction avec le droit de la responsabilité internationale.[279] La détermination de l'imputabilité des actes du gouvernement et des révolutionnaires est clairement énoncée, en se référant expressément au projet d'articles de la CDI:

« *where a revolution leads to the establishment of a new government the State is held responsible for the acts of the overthrown government insofar as the latter maintained control of the situation. The successor government is also held responsible for the acts imputable to the revolutionary movement which established it, even if those acts occurred prior to its establishment, as a consequence of the continuity existing between the new organization of the State and the organization of the revolutionary movement.* »[280]

La continuité est considérée comme la cause de l'attribution. Le Tribunal irano-américain se réfère également à la jurisprudence ancienne, et estime que si ces cas sont datés, les principes qu'ils ont suivi en matière de responsabilité internationale de l'Etat sont toujours valides et ont été reconnus par la Commission du droit international dans son projet de codification du droit de la responsabilité des Etats. Il est intéressant de le relever dans la

278 *Alfred L.W. Short v. The Islamic Republic of Iran*, 14 juillet 1987, ILR 1982, p. 148s.

279 *Ibid.*, §30

280 *Ibid.*, §33

mesure où ces précédents sont anciens et n'avaient pas reçu d'application plus récente, et où ils étaient les seuls à venir fonder le choix de la CDI. Si la codification menée par la CDI a reçu une reconnaissance importante sur le plan du principe, son application par le tribunal est moins probante. Des standards de preuve très élevés ont été exigés, avec le risque de vider le principe de sa substance. La difficulté apparaît surtout dans les cas de départs forcés, les personnes concernées préfèrent en général fuir le pays, ou sont évacuées par l'Etat dont elles ont la nationalité, avant d'être effectivement expulsées par les révolutionnaires. Ainsi dans les affaires *Short* et *Rankin*, le départ est bien sûr causé par les événements révolutionnaires et l'insécurité qu'ils entraînent, mais, d'après le tribunal, pas directement par des « agents » de l'insurrection.

Le départ forcé de M. Short a été causé par des sympathisants de la révolution quelques jours avant la mise en place du gouvernement islamique[281]; or, les actes de sympathisants d'une révolution ne peuvent être attribués au gouvernement après la victoire de celle-ci[282], comme les actes de sympathisants du gouvernement existant ne peuvent lui être attribués. Le tribunal se fonde sur l'arrêt de la Cour Internationale de Justice dans l'affaire des Otages américains à Téhéran[283], où elle a décidé que l'attaque de l'ambassade des Etats-Unis par les militants ne pourrait être attribuée à l'Iran « que s'il était avéré que les militants agissaient alors effectivement pour son compte, parce qu'un organe compétent dudit Etat les aurait chargés d'une opération déterminée. » Or cet arrêt concernait l'attribution d'une conduite à un Etat, et non à un mouvement révolutionnaire comme c'est le cas dans l'affaire *Short*. Le Tribunal n'apporte aucun argument venant justifier l'application d'une règle concernant l'attribution d'un fait illicite à un Etat aux faits d'un mouvement insurrectionnel, alors que la différence entre les deux hypothèses est importante. Il peut être difficile de déterminer si une personne agissant en faveur de l'insurrection a bien reçu des instructions spécifiques. Comme l'observe M. Caron, « *the Tribunal likened the insurgency to a State and suggested that the rules it would use to decide whether an act is attributable to a State are the rules it should use in deciding whether an act is attributable to an insurgency.* »[284] Cette

---

281 Le requérant a quitté le pays le 8 février, le « gouvernement révolutionnaire islamique » a été proclamé le 11. "*At that time, the revolutionary movement had not yet been able to establish control over any part of Iranian territory, and the Government had demonstrated its loss of control.*" §33

282 *Ibid.* §34

283 CIJ, *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, arrêt, Recueil 1980, p. 29, §58

284 David D. CARON, *op. cit.*, p. 147

assimilation a été critiquée par le juge Brower dans son opinion dissidente.[285] Une politique systématique visant à expulser les ressortissants des Etats-Unis a été adoptée par le mouvement révolutionnaire, et les départs effectués sous la menace de sympathisants de la révolution lui seraient attribuables.[286]

Un mouvement insurrectionnel ne possède pas le degré d'organisation d'un Etat, l'application des règles d'imputation étatiques à un mouvement insurrectionnel serait trop stricte et mènerait à des solutions trop restrictives. En particulier, la révolution islamique a été menée rapidement, avec un large soutien populaire et sans constitution d'une véritable force militaire. Comme l'observe le juge Brower, nier l'imputabilité de faits illicites commis par de simples sympathisants de la révolution, et la réserver à l'hypothèse de membres du mouvement révolutionnaire, semble irréaliste et contraire au droit international contemporain. Cela mènerait au résultat absurde que le comportement d'une insurrection qui a bénéficié d'un large soutien populaire, et qui n'aurait eu besoin que d'être faiblement organisé ne serait pas attribuable à l'Etat, alors que ce dernier aurait été responsable du même comportement d'une insurrection moins populaire, et qui aurait dû s'organiser militairement pour l'emporter, et donc disposer de véritables « organes ».[287] De fait, l'Iran a rarement été reconnu responsable d'actes commis par des partisans de la révolution; les exigences du tribunal ont posé de grandes difficultés en matière de preuve aux plaignants. S'il est relativement aisé d'identifier un agent du gouvernement, ce n'est pas le cas en ce qui concerne un « agent » d'un mouvement révolutionnaire, par définition moins formellement organisé et susceptible d'être rejoint par des personnes agissant spontanément pour son compte. Les plaignants ont généralement eu des difficultés à prouver que les personnes dont elles ont été victimes étaient réellement des agents du mouvement révolutionnaire. Si la règle de l'attribution à l'Etat du comportement d'un mouvement insurrectionnel victorieux est admise, son application concrète par le tribunal irano-américain en a limité la portée, dans la mesure où le standard mis en place a rendu difficile l'établissement du comportement du mouvement insurrectionnel. Cette limitation est contraire à la *ratio* elle-même de la règle, qui est de faire supporter la responsabilité au nouveau gouvernement des actes qui ont permis son

---

285 ILR 82, p. 162s Le juge Brower met l'accent sur les déclarations incendiaires de l'Ayatollah Khomeini qui ont provoqué de nombreuses violences contre les ressortissants américains, et finalement leur départ (§6s).

286 v. notamment §22.

287 *Ibid.* §27

établissement, et ce depuis le début de l'insurrection, même lorsqu'elle est faiblement organisée.[288]

Dans l'affaire *Yeager*[289], le Tribunal a indiqué que les actes d'un mouvement révolutionnaire qui devient le nouveau gouvernement de l'Etat peuvent être attribuables à ce dernier dans certaines circonstances.[290] Cependant, comme le fait justement observer un commentateur de la jurisprudence du tribunal, même si les actes de l'insurrection sont imputables au nouveau gouvernement, il faut d'abord déterminer quels sont les actes de l'insurrection.[291] Le Tribunal a de manière générale appliqué les mêmes règles à l'insurrection qu'à l'Etat. Les déclarations et les actes de l'Ayatollah Khomeini ont été de manière générale imputés à l'Iran car « *it is beyond doubt that he was the leading organ of the revolutionnary movement which became the new government* »[292]. En revanche, il appartient au requérant de prouver que son arrestation et son expulsion par les présumés Gardiens de la Révolution sont attribuables à l'Etat; il est nécessaire d'identifier les acteurs et leur lien avec l'Etat avec « *reasonable certainty* ». Bien que le tribunal ait fait référence à l'imputabilité du comportement de mouvement insurrectionnel, cette affaire relève davantage d'hypothèses de fonctionnaires de fait ou de personnes agissant pour le compte de l'Etat.[293] Les faits litigieux ont, en effet, eu lieu immédiatement après la prise du pouvoir par les révolutionnaires; la sentence se place à ce moment, alors que l'insurrection est déjà victorieuse, et cherche à déterminer si l'action de certains groupes est susceptible d'engager la responsabilité de l'Iran.[294]

[288] Dans ce sens, Ruth L. COVE, "State Responsibility for Constructive Wrongful Expulsion of Foreign Nationals", *Fordham International Law Journal*, vol. 11, n°4, 1987, p. 835

[289] Iran-United States claims tribunal, *Yeager v. The Islamic Republic of Iran*, case n° 10199, 2 novembre 1987, ILR 82 p. 179s

[290] *Ibid.* §35

[291] David D. CARON, *op. cit*., p. 146

[292] Tribunal des réclamations Iran/ Etats-Unis, *Yeager*, §35

[293] cf. *infra*

[294] "*the Tribunal concludes that there were identifiable groups associated with the new government that, in fact, acted for Iran immediately after the victory of the Revolution".* §38

L'affaire *Rankin*[295] concerne la détention puis l'expulsion d'un ressortissant américain hors d'Iran par un groupe armé[296] en février 1979. L'identité de ce groupe armé n'est pas précisée, bien qu'il soit indiqué que des membres de ce groupe ont emmené des représentants de la société dont le requérant était employé auprès de l'état-major des révolutionnaires, où ils auraient rencontré le Dr. Ibrahim Yazdi, un des principaux dirigeants du mouvement révolutionnaire.[297] Pour que les dommages subis puissent être attribués à l'Etat, ils ne doivent pas être de simples « dommages collatéraux »[298], et doivent être le fait du mouvement révolutionnaire lui-même et non d'une foule inorganisée ou d'individus sans lien avec le mouvement.[299] Il faut établir, dans chaque cas, que les dommages allégués ont été directement causés par ceux-ci, et n'ont pas simplement été la conséquence des troubles révolutionnaires. Le Tribunal reconnaît que la règle codifiée par la CDI (à l'époque à l'article 15, aujourd'hui 10) est un principe bien accepté en droit international.[300] Les propos hostiles aux Etats-Unis prononcés par les dirigeants révolutionnaires avant leur prise du pouvoir, et susceptibles d'être à l'origine des violences subies par des ressortissants des Etats-Unis, sont clairement attribuables au mouvement révolutionnaire, et donc à l'Etat iranien[301]. Cependant, pour que les dommages subis soient également imputables à ce dernier, il est nécessaire de prouver qu'ils ont été causés par ces propos, et qu'ils ne sont pas dus au "*general unrest and mass demonstrations of the revolutionnary period*"[302]. Le Tribunal estime que le désordre général existant à cette époque, alors que plusieurs groupes s'affrontaient pour le pouvoir, est un facteur susceptible de pousser un étranger à quitter le pays, sans que cela puisse être attribué à l'Etat. De nombreux développements sont consacrés à la question de la volonté du requérant de quitter l'Iran avant son expulsion, avant de conclure que ce dernier n'a pas

---

295 *Rankin v. Islamic Republic of Iran*, case n°10913, Iran-United States Claims Tribunal, 3 novembre 1987, ILR 82 p. 204s

296 La sentence indique simplement que "*one armed group established control*" sur l'hôtel dans lequel se trouvait le requérant et d'autres ressortissants américains. *Rankin...*, §7

297 *Ibid.* §8

298 *Ibid.* §25

299 *Ibid.*

300 "*...it is an accepted principle of international law that acts of an insurrectional or revolutionary movement which becomes the new government of a State are attributable to the State.*" *Ibid.* §25

301 *Ibid.* §30 c

302 *Ibid.*

prouvé qu'il a été expulsé illégalement par des faits attribuables au gouvernement iranien, ni que la nouvelle politique à l'égard des étrangers était la cause principale de son départ; celle-ci serait davantage "*the turmoil and generally chaotic conditions associated with this crucial stage of the Revolution (le retour de l'Ayatollah Khomeini) would appear to have been the motivating factor in the Claimant's decision to leave.*"[303] Le Tribunal admet que la politique suivie par le nouveau gouvernement était d'expulser tous les ressortissants étrangers, en particulier les Américains, ou du moins la plupart d'entre eux. L'hôtel dans lequel ils s'étaient réfugiés avec d'autres ressortissants américains a été soumis au contrôle d'un groupe armé faisant visiblement partie du mouvement révolutionnaire. Ce groupe a par la suite procédé à leur expulsion.

Il appartient au requérant de prouver qu'il a été expulsé illégalement d'Iran par des actes attribuables à cet Etat. L'Etat ne peut certes être considéré comme un assureur pour tous les dommages subis par des ressortissants étrangers lors d'événements révolutionnaires, mais une interprétation trop stricte de la règle risque de la vider de sa substance. S'il n'a pas été expulsé par des agents de l'insurrection, ce sont les violences et les menaces exercées par ses sympathisants qui ont poussé le requérant à quitter son domicile pour se rendre à l'hôtel, ultime étape avant le départ. L'Iran n'a jamais vu sa responsabilité mise en œuvre sur le fondement de l'imputabilité des actes du mouvement insurrectionnel en raison de l'interprétation trop formaliste du tribunal arbitral. L'Iran a certes été reconnu responsable de l'expulsion de M. Yeager, mais sur le fondement des organes de fait de l'Etat, celle-ci ayant eu lieu alors que l'insurrection venait de former le nouveau gouvernement de l'Etat. En conséquence, seules les requêtes concernant les personnes les plus stoïques et tenaces ont abouti: M. Yeager a attendu que les « Gardiens de la Révolution » viennent le chercher à son domicile, après la victoire de la révolution; les personnes ayant préféré prendre les devants face à la montée de la tension ont vu leurs plaintes rejetées, alors que la cause de leur départ forcé est la même.

Le principe est clairement reconnu et affirmé, mais une interprétation aussi restrictive risque de le rendre concrètement inapplicable. Les règles d'imputabilité ne peuvent se contenter d'affirmer des principes, elles doivent pouvoir être utilisées dans la pratique internationale pour que les Etats répondent des actes dont ils sont les auteurs. Le tribunal s'est fondé sur une interprétation qui réduit la portée de la responsabilité étatique et *« impose an*

303 *Ibid.,* §39

exacting, if not impossible, standard of proof on claimants wishing to establish state responsibility in such cases. »[304]

3. Le refus de l'application de la règle de l'article 10 par les juridictions internes: l'exemple de l'Ouganda

Il existe peu d'exemples de jurisprudence interne traitant de l'imputabilité du comportement d'un mouvement insurrectionnel victorieux. La *High Court* de l'Ouganda[305] n'a pas fait mention de la règle de droit international pertinente dans une affaire concernant les faits d'un mouvement rebelle victorieux.

La compagnie canadienne Ontario Ltd a conclu un contrat portant sur la vente de 3000 tonnes de café avec le *National Resistance Movement (NRM)*, à ce moment mouvement insurrectionnel cherchant à renverser le gouvernement ougandais. Après sa prise du pouvoir, le gouvernement issu du NRM refuse de continuer l'exécution du contrat. La Cour juge que «*at the time of the contract the Republic of Uganda had a well established government and therefore there cannot have been two governments contending for power whose acts must be recognised as valid*». La Cour s'appuie, en outre, sur le but illégal du contrat (subvenir aux besoins d'un mouvement armé dirigé contre le gouvernement établi) pour rejeter la requête. La Cour se fonde aussi sur le fait que le gouvernement révolutionnaire n'a pas reconnu sa responsabilité pour les actes commis avant son arrivée au pouvoir, alors qu'il a reconnu la validité des obligations engagées par le précédent gouvernement[306]. Le jugement affirme que les autorités auraient dû reconnaître expressément le caractère contraignant de leurs obligations contractées lors de la rébellion.[307] Cette décision méconnaît clairement le droit international pertinent. Les obligations des mouvements rebelles victorieux, comme celles du précédent gouvernement, sont de plein droit attribuables à l'Etat, et ne nécessitent pas de

[304] Tal BECKER, *op. cit.*, p. 47

[305] High Court de l'Ouganda, *Ontario Ltd v. Crispus Kiyonga and others*, ILR, vol. 103, p. 259s, (1992) 11 Kampala Law Reports 14, jugement du 7 décembre 1992

[306] *Ibid*. p. 266

[307] "*The Republic of Uganda had only one legitimate government whose acts became binding after the NRM came into power. If the legislature had wanted the previous acts of the rebels to become binding it would have said so expressly*." *Ibid.*, p. 266

reconnaissance expresse. Par ailleurs, il s'agit d'une décision isolée, et la conclusion atteinte par cette juridiction ne représente pas un précédent susceptible de remettre en cause une solution établie.

C) L'applicabilité de ce principe en cas de gouvernement de coalition entre l'ancien gouvernement légal et les dirigeants du mouvement insurrectionnel.

Dans le cas de gouvernements de réconciliation nationale, dans lequel des membres du mouvement insurrectionnel sont intégrés, James Crawford précise que « l'Etat ne devrait pas être tenu pour responsable du comportement d'un mouvement d'opposition violent simplement parce que, pour qu'un accord de paix global soit conclu, des éléments de l'opposition ont été intégrés au gouvernement remanié. »[308] Pour que le comportement d'un mouvement insurrectionnel soit imputable à l'Etat, « une continuité réelle et substantielle »[309] doit exister entre le mouvement insurrectionnel et le nouveau gouvernement. Cette interprétation semble *a priori* exclure toute forme de gouvernement d'union nationale. Selon le précédent Rapporteur Roberto Ago, au contraire, le comportement, tant de l'insurrection victorieuse que de l'ancien gouvernement serait attribuable à l'Etat « aussi bien dans l'hypothèse d'une victoire totale du mouvement insurrectionnel (...) que dans celle d'un accord entre le gouvernement légitime et le gouvernement insurrectionnel, accord en vertu duquel des membres de l'insurrection seront appelés à participer au gouvernement de l'Etat. »[310]

Des précédents tirés de la pratique étatique viennent étayer cet argument.[311] En 1885, au Pérou, la guerre civile prend fin suite à un accord entre le chef de l'Etat et le chef du mouvement insurrectionnel, en vertu duquel un gouvernement provisoire formé de membres des deux parties est constitué. L'Assemblée issue des élections organisées suite à l'accord élit l'ancien chef du mouvement insurrectionnel à la Présidence de la République. Des

308 James CRAWFORD, *op. cit.*, p. 140, §7

309 *Ibid.* §8

310 ACDI 1972, vol. II, p. 159

311 ACDI 72 II p. 162

réclamations concernant des dommages commis par l'insurrection furent alors introduites par les Etats-Unis. La première réclamation semble fondée sur le principe examiné plus haut, selon lequel le Pérou serait responsable des faits commis par le mouvement insurrectionnel; les Etats-Unis assimileraient ici l'élection de son chef à la tête de l'Etat à une victoire du mouvement. Une deuxième réclamation est fondée sur l'argument que le gouvernement péruvien étant le successeur du gouvernement d'union nationale constitué suite à l'accord de paix, il est responsable des faits commis tant par le mouvement insurrectionnel que par le gouvernement légal de l'époque. Cet argument a été admis par le Pérou.[312]

Selon certains commentateurs, l'imputation serait possible, quoiqu'uniquement dans l'hypothèse ou l'ancien mouvement insurrectionnel conserve son identité au sein du gouvernement.[313] Cela reviendrait cependant à vider l'interprétation proposée par la CDI de sa substance, les gouvernements de réconciliation nationale formés au sortir d'une guerre civile comprenant le plus souvent l'ancienne insurrection transformée en parti politique, et demeurant tout à fait reconnaissable. Une interprétation trop large de ce critère d'imputation pourrait s'opposer à la réconciliation des parties à un conflit interne. En effet, le mouvement rebelle sera incité à ouvrir des négociations et à tenter d'arriver au pouvoir pacifiquement si l'Etat qu'il contrôlera ne sera pas considéré comme l'auteur des faits illicites commis.[314] Jean D'Aspremont observe que la règle étant muette sur la façon dont les insurgés doivent accéder au pouvoir pour qu'elle s'applique, il faut se demander si un accord de partage du pouvoir avec l'ancien gouvernement légal, ou suite à des élections démocratiques, entraîne l'attribution des actes de l'ancien mouvement insurrectionnel à l'Etat.[315] Cet auteur est favorable à l'exclusion de l'article 10 des cas de mise en place d'un gouvernement d'union nationale, mais uniquement si elle conduit à l'organisation d'élections libres. Cela aurait pour but de favoriser une issue pacifique et démocratique à une guerre civile.

---

312 ACDI. 1972, vol. II, p. 162-163.

313 p. ex. Hinrich SCHRÖDER, *Die völkerrechtliche Verantwortlichkeit im Zusammenhang mit failed und failing States*, Nomos, Baden-Baden, 2007, p. 92

314 Jean D'ASPREMONT, "Rebellion and State Responsibility: Wrongdoing by Democratically Elected Insurgents", *ICLQ* 58, avril 2009, p. 436: "*the exclusion of Article 10 in situations of national reconciliation or power-sharing agreements may serve as an incentive for the rebels to resort to negotiations rather than force to achieve their political agenda*".

315 Jean D'ASPREMONT, *ibid.*, p. 434

Cette règle peut avoir son intérêt dans le cas de *failed state*[316]. Une difficulté rencontrée dans cette hypothèse est que le conflit n'oppose pas un gouvernement en place à des mouvements d'opposition armés, mais plusieurs groupes armés entre eux. Aucune partie ne peut prétendre à représenter le gouvernement de l'Etat. Cependant, conformément à la *ratio* de cette règle, il est concevable que le comportement du ou des groupes ayant réussi à former un gouvernement sur le territoire du *failed state* (et donc ayant mis fin à cette situation) soit attribuable à l'Etat. En ce sens, un précédent peut être trouvé dans l'affaire Georges Pinson[317], dans laquelle la Commission des réclamations avait considéré qu'aucune des deux parties à la guerre civile ne peut être considérée comme un gouvernement *de jure*, et avait attribué le comportement des belligérants victorieux à l'Etat.

§2. L'imputabilité du comportement de mouvements insurrectionnels parvenant à créer un nouvel Etat à celui-ci.[318]

Deux questions différentes se posent ici: l'imputabilité du comportement du mouvement qui est parvenu à créer un nouvel Etat (A) et celle du comportement de l'Etat prédécesseur (B).

A) L'attribution du comportement du mouvement séparatiste au nouvel Etat.

La jurisprudence du Conseil d'Etat fournit des exemples d'application de cette règle (2), dont la portée sera en premier lieu définie (1).

316 Hinrich SCHRÖDER, *op. cit.*, p. 90s

317 *cf. supra*

318 Cette règle fait l'objet de l'article 10 al.2 du projet de la CDI

1. La portée du principe

Il en va de même dans le cas où la victoire du mouvement insurrectionnel débouche sur la création d'un nouvel Etat: le nouvel Etat est responsable des faits illicites commis lors de la lutte pour l'indépendance du fait de la continuité entre le mouvement et le nouvel Etat. Les structures de l'organisation deviennent celles du nouvel Etat; dans les termes du professeur Ago, « le sujet de droit international déjà existant ne ferait que changer de catégorie: d'un simple embryon d'Etat, il deviendrait un Etat proprement dit, sans que pour autant se produise d'interruption dans la personnalité internationale. » Il s'agit de la même organisation qui atteint un stade supérieur. Il semble cependant que cette règle se fonde sur la continuité matérielle, concrète, entre les structures du mouvement insurrectionnel et celles du nouvel Etat, indépendamment de la question de l'attribution de la personnalité internationale au mouvement insurrectionnel. Ce dernier point peut en effet être contesté, et la règle d'imputation codifiée dans l'article 10 ne saurait en dépendre. La continuité structurelle est en règle générale considérée comme la plus à même de rendre compte du droit international en la matière.[319] Les commentaires finaux de la CDI font simplement référence à la « continuité entre l'organisation du mouvement et l'organisation de l'Etat auquel celui-ci a donné naissance. »[320] Le nouvel Etat doit supporter la responsabilité pour les actes commis en vue de sa création. Cette explication est logique, et les commentaires de la CDI évoquent une « règle acceptée »[321], bien qu'il n'y ait que peu d'éléments issus de la pratique.

La Commission mixte des réclamations Grande-Bretagne-Venezuela fait sienne cette règle posée par un arrêt antérieur de la Cour Suprême des Etats-Unis d'Amérique: si la sécession réussit, tous les actes accomplis depuis le début de la tentative de sécession sont considérés comme ceux de l'Etat.[322]

Une difficulté apparaît dans le cas ou l'indépendance du nouvel Etat trouve son origine dans l'action de plusieurs mouvements armés. Dans ce cas, le nouvel Etat serait responsable

---

319 Patrick DUMBERRY affirme, à juste titre, que "*The 'organic' or 'structural' theory is indeed the most appropriate to explain the continuity between the insurgents and the new state and why the latter is responsible for the acts of the former prior to independence*", Patrick DUMBERRY, *op. cit.*, p. 612

320 James CRAWFORD, *op. cit.*, p. 140.

321 *Ibid.*

322 Commission mixte des réclamations Grande-Bretagne-Venezuela, *Bolivar Railway Company*, cité supra, p. 453

du comportement de tous les mouvements, et non uniquement de celui qui forme le gouvernement.[323] Ce serait justifié par le but commun de la lutte ainsi que par le fait que le véritable titulaire de la personnalité internationale durant la lutte pour l'indépendance ne serait pas le ou les mouvements armés, mais le peuple lui-même. Cette solution n'est toutefois pas acquise, elle doit être considérée comme une hypothèse et ne reflète pas le droit coutumier. Patrick Dumberry exprime son accord avec la position de la CDI et que cette règle trouve à s'appliquer dans tous les cas de création d'un nouvel Etat.[324]

2. La jurisprudence française faisant suite à l'indépendance de l'Algérie.

Plusieurs arrêts du Conseil d'Etat concernant les conséquences la guerre d'Algérie ont affirmé que la France ne saurait être tenue pour responsable de faits illicites commis par le FLN avant l'indépendance. Les décisions se sont fondées sur les accords franco-algériens ayant suivi l'indépendance, et correspondent au droit international général. Un Etat ne peut se voir attribuer le comportement d'un mouvement armé cherchant à créer un autre Etat sur une partie du territoire sous sa souveraineté. Si un mouvement insurrectionnel séparatiste parvient à ses fins, son comportement sera attribué à l'Etat nouvellement créé.

Dans un arrêt du 15 mars 1995[325], le Conseil d'Etat a jugé que « l'indemnisation des dommages imputables à des éléments insurrectionnels intéresse l'Etat algérien ». Une autre affaire concernant des dommages causés au domaine des requérants « tant par les éléments insurrectionnels que par les forces armées françaises »[326] va dans le même sens: « l'indemnisation de dommages qui seraient imputables à des éléments insurrectionnels intéressent l'Etat algérien ».[327]

Le Conseil d'Etat a, dans un arrêt du 28 juillet 1999[328], rappelé que l'obligation d'indemniser les dommages causés par des mouvements insurrectionnels, prise en charge par

323 *Ibid.*

324 *op. cit.* p. 621

325 CE, 15 mars 1995, req. n°119737

326 CE, 5 décembre 1980, *Consorts Hespel*, n° 11092, Tables du Recueil Lebon, p. 608

327 Dans le même sens: CE, 25 mai 1970, *Sieur Bounouala,* Rec. Lebon 1970 p. 350

328 CE, 28 juillet 1999, req. n° 178498

la France au titre de l'Algérie durant le conflit, a été transférée à l'Algérie lors de l'indépendance. Le préjudice subi par les requérants, commis par les forces insurrectionnelles avant l'indépendance, est considéré comme « le fait d'un Etat étranger ». Cet arrêt est intéressant en ce qu'il assimile les faits du FLN à ceux de l'Etat algérien.

B) L'imputabilité du comportement de l'Etat prédécesseur.

La question de la responsabilité du nouvel Etat pour le comportement de l'Etat prédécesseur relève plus de la problématique de la succession d'Etats que de l'imputabilité de faits illicites proprement dite. L'attribution des actes ne pose en elle-même pas de difficulté: il s'agit de faits commis par des agents de l'Etat prédécesseur. Il est néanmoins intéressant d'examiner la problématique de l'attribution des actes de l'Etat prédécesseur au nouvel Etat, dans la mesure où elle est étroitement liée à la question abordée auparavant. Dans le même temps, la différence entre les deux alinéas de l'article 10 apparaissent clairement: un mouvement insurrectionnel victorieux demeurant dans le cadre de l'Etat doit répondre des actes de l'Etat car il y a à présent identité entre les deux: l'Etat est responsable des actes qu'il a commis, peu importe que ce soit par le biais d'un autre gouvernement. Au contraire, si un mouvement insurrectionnel crée un Etat, un nouveau sujet de droit apparaît, il y a une rupture, là où dans l'hypothèse précédente on se fonde sur la continuité. Si le nouvel Etat peut être responsable du comportement de l'Etat prédécesseur, ce sera sur la base de la succession de cet Etat aux responsabilités de celui-ci, et non d'une règle d'imputation. Les exemples cités ci-dessous permettront de donner quelques éléments sur la mise en œuvre et la définition de cette règle.

D'après la jurisprudence du Conseil d'Etat, l'Algérie ne doit pas être jugée responsable des mesures prises par la France et spécifiquement destinés à réprimer les forces indépendantistes.[329] Les conclusions du Commissaire du gouvernement Fournier[330] précisent que les obligations contractées par la France au titre des mesures prise pour empêcher l'accession à l'indépendance ne pouvaient être prises en charge par les autorités algériennes;

[329] Roger PINTO, JDI 1967 p. 387.

[330] Conclusions sous l'affaire *Union régionale d'Algérie de la CFTC*, Recueil Dalloz-Sirey 1965, pp. 434s

« il est donc normal de considérer que le contentieux de ces mesures, prises en vue de faire échec aux mouvements insurrectionnels, n'intéresse pas l'Etat algérien... »

Le Conseil d'Etat a également jugé que « l'ensemble des droits et obligations contractés par la France au titre de l'Algérie ont été transférés à l'Etat algérien à la date de son indépendance ; que si l'application de cette règle générale n'a pas pour effet de mettre à la charge de l'Etat algérien la réparation des dommages causés par les mesures prises spécialement et directement par les autorités françaises en vue de faire échec aux mouvements insurrectionnels (...) »[331]

Un autre arrêt[332] précise l'étendue de la responsabilité de la France pour les mesures prises par les autorités françaises en Algérie: « réserve faite pour la réparation des dommages causés par les mesures prises spécialement et directement par les autorités françaises en vue de faire échec aux mouvements insurrectionnels, l'accession de l'Algérie à l'indépendance n'a pas eu pour effet de transférer à l'Etat français les obligations qui pouvaient peser sur l'Algérie à raison des fautes commises par les autorités chargées de l'application de (la décision de l'Assemblée algérienne du 10 juin 1955 homologuée par décret du 30 juillet 1955) », c'est-à-dire les services du gouvernement général. Les actes pris par les autorités françaises d'Algérie ont été transférés à l'Algérie indépendante, mais la France demeure seule responsable des mesures prise pour réprimer l'insurrection. C'est une limitation qui permet d'éviter à l'Etat nouvellement indépendant de supporter la responsabilité du fait des actes qui avaient précisément pour but d'empêcher sa création.

La Cour suprême de Namibie[333] est allée plus loin en jugeant que la Namibie est responsable de faits illicites commis par l'administration sud-africaine dans la période précédant l'indépendance. Elle s'est fondée sur l'article 140 al3 de la Constitution namibienne[334], disposition reconnaissant la responsabilité de principe du nouvel Etat namibien

331 CE, 15 mars 1995, no 119737 ; *ibid.*, 5 décembre 1980, no 11092; une autre décision (CE, 5 décembre 1980, n°11092) va dans le même sens.

332 CE, *Consorts Hovelacque*, 13 janvier 1984, n° 35028. Mentionné aux tables du Recueil Lebon, p. 499

333 Namibia, Supreme Court, *Minister of defence, Namibia v. Mwandinghi*, 25 octobre 1991, ILR vol. 91, p. 358

334 Cet article dispose:

"*Anything done under such laws prior to the date of independence by the Government, or by a Minister or other official of the Republic of South Africa shall be deemed to have been done by the Government of the Republic of*

pour les actes commis par l'administration sud-africaine. Les faits concernaient des blessures par balles infligées à un ressortissant namibien par un membre des forces armées sud-africaines avant l'accession de la Namibie à l'indépendance. La Cour se réfère à l'article 10 de la CDI (ancien article 15§1), qui « *attributes to the State which has a new government after the insurrection, not only the acts of the organs of the insurrectional movement, but also those committed by the State before the insurrection has ceased* »[335], et endosse la règle telle que codifiée par la CDI: « *when a national liberation movement becomes the new government of a State, as was the case in Namibia, the new State will be attributed with the conduct which would have been previously considered as an act of the pre-existing State, that is, the new government inherits responsibility for the acts committed by the previous organs of the State.* »[336]

Cette solution a pour effet de mettre le comportement d'un régime colonial ou raciste à la charge du nouvel Etat qui s'en est libéré. La Namibie est allée très loin puisqu'elle endosse par le biais de l'article 140 al. 3 de sa Constitution tous les actes commis par l'administration sud-africaine. La Cour Suprême de ce pays a interprété les mots "*anything done*" dans leur sens le plus large; tout ce qui a été fait par un agent du gouvernement sud-africain en Namibie avant son indépendance doit être attribué au gouvernement namibien[337], donc aussi les actions entreprises par l'Afrique du Sud pour réprimer le mouvement indépendantiste. Il semble néanmoins admis, et par la Cour Suprême de Namibie également, que cette reconnaissance aille au-delà de ce qu'exige le droit international.[338]

Outre le cas de l'insurrection victorieuse, le fait illicite de personnes sans lien avec l'Etat au moment de sa commission peut être lui attribué dans le cas où ce dernier le ratifie ou l'endosse.

Namibia or by a corresponding Minister or official of the Government of the Republic of Namibia, unless such action is subsequently repudiated by an Act of Parliament..." source: ILR 91, p. 346

335 *Ibid*., p. 360

336 *Ibid.*, p.361

337 *Ibid*. p. 362

338 v. notamment *ibid*., pp. 368-369

s2 L'attribution à l'Etat d'un comportement qu'il a ratifié.

Il n'est pas envisageable, *a priori*, d'attribuer à l'Etat des actes de particuliers ou d'une entité qui n'accomplissent pas de prérogatives de puissance publique, ou sur lesquels il n'exerce pas de contrôle. Les personnes susceptibles d'engager la responsabilité internationale de l'Etat sont, en principe, « dans un rapport d'appartenance permanente (ou même, parfois, purement occasionnelle) avec l'appareil de l'Etat ou (des) institutions publiques distinctes, et qui agissent en vertu de ce rapport. »[339] Un comportement qui ne lui est en principe pas attribuable peut engager l'Etat s'il l'a ratifié par la suite.

S'il s'agit maintenant d'une règle acceptée, développée par la Cour internationale de Justice et la Commission du droit international (§2), le principe de l'attribution à l'Etat d'actes de particuliers qu'il a ratifiés a mis du temps pour s'imposer (§1).

§1 Du manque de *due diligence* à la ratification d'actes de particuliers

Il est important de préciser que le comportement ratifié par l'Etat, et qui lui devient de ce fait imputable, peut être celui de personnes privées ou d'une autre entité. Comme il s'agit de loin de l'hypothèse la plus répandue, il sera le plus souvent fait mention du comportement de particuliers approuvé par l'Etat. Un Etat peut aussi endosser et faire sien des faits illicites commis sur un territoire par l'Etat prédécesseur. Ainsi, la Grèce a été déclarée responsable d'un fait illicite (la rupture d'un contrat de concession) commis par la Crète à une époque où celle-ci était une province de l'Empire ottoman.[340] Le tribunal arbitral s'est fondé sur le fait que la Grèce avait endossé la rupture après qu'elle a acquis la souveraineté sur l'île. En-

339 ACDI, 1972, vol. II, p. 104

340 Tribunal arbitral (France/Grèce), *Affaire relative à la concession des phares de l'Empire ottoman*, 1956, R.S.A. vol. XII, p. 198

dehors de la question générale de la succession d'Etats, l'Etat successeur peut maintenir et entériner un fait illicite continu, ce qui laisse supposer qu'il en assume la responsabilité.[341]

La seule influence d'actes illicites de particuliers sur la responsabilité étatique reconnue par le droit international a longtemps été leur mise en lumière d'une omission de l'Etat de prendre les mesures qui s'imposaient à lui (A). L'idée de responsabilité pour ratification, ou approbation d'actes de particuliers par l'Etat, est cependant apparue très tôt. Elle a connu une éclipse avant d'être consacrée sous une forme un peu différente (B).

A) L'absence de responsabilité du fait de particuliers

Les faits des particuliers ne sont, en principe, pas attribuables à l'Etat, en dehors des cas examinés plus haut. C'est une règle bien établie en droit international que le comportement de particuliers sans lien avec l'appareil d'Etat, ou d'agents de l'Etat agissant dans le cadre privé, n'est pas attribuable à l'Etat. Ils peuvent, selon une jurisprudence et une pratique bien établies, mettre en évidence le manquement d'organes de l'Etat à leurs obligations internationales, notamment à celle de protéger les officiels et diplomates étrangers se trouvant sur leur territoire, ou l'obligation de prendre les mesures nécessaires à la répression de crimes commis contre des étrangers.[342] Il existe une jurisprudence arbitrale abondante et constante concernant ce dernier point.[343]

L'Etat n'est pas responsable des faits des particuliers, mais de l'éventuelle omission de ses organes, de leur manque de diligence dans la prévention ou la répression des actes des particuliers, c'est-à-dire de son propre fait. Ce principe a été clairement formulé par Anzilotti, pour qui « l'acte illicite, au point de vue du droit international, est, en pareil cas, l'omission de

341 v. p. ex. ACDI 2001 vol. II, deuxième partie, p. 55

342 V. dans ce sens, Olivier De FROUVILLE, « Attribution of Conduct to the State : Private Individuals », in. James CRAWFORD, Alain PELLET, Simon OLLESON (eds), *op. cit.*, p. 275

343 *cf. Ibid*., p. 109s

l'Etat et non pas l'action positive des individus; et l'Etat est donc tenu pour son fait, mais non en qualité de complice des individus... »[344]

Le professeur Ago a évoqué l' « endossement » par l'Etat du fait de particuliers. Il semble cependant que pour le Rapporteur spécial, il était nécessaire qu'il y ait eu une action positive de l'Etat, une complicité entre le particulier auteur du fait illicite et des organes de l'Etat. Ce serait l'action du particulier qui engage l'Etat, à la condition que certains de ses organes « auraient eu quelque connivence avec ce fait. »[345] Il a par ailleurs précisé que les faits de simples particuliers ne sont attribués à l'Etat « sous aucune forme ».[346] Le texte de l'article 11 issu de la première lecture disposait que « n'est pas considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes n'agissant pas pour le compte de l'Etat. »[347] Cette formulation négative a par la suite été abandonnée. Cette règle est bien établie en droit international et a été appliquée par la jurisprudence arbitrale ancienne.[348]

Une solution qui s'éloigne de la théorie de la complicité a été adoptée par la commission des réclamations Etats-Unis/ Mexique[349]. Janes, un ressortissant des Etats-Unis, résidant au Mexique, a été assassiné par un ressortissant de ce pays. La commission constate que les autorités locales ont fait preuve de négligence dans la poursuite du criminel (« *there was clearly such a failure on the part of the Mexican authorities to take prompt and efficient action to apprehend the slayer* »). La commission abandonne la théorie de la complicité en faisant clairement la différence entre la responsabilité du coupable en vertu du droit interne et la responsabilité de l'Etat en vertu du droit international pour n'avoir pas pris les mesures qui s'imposaient. Elle ajoute plus loin que, bien qu'une négligence dans la répression n'équivaille pas à l'approbation du crime par l'Etat, le fait d'approuver un crime n'a jamais été considéré comme équivalant au fait d'être complice de ce crime : « *Even if the non-punishment were*

---

344 Dionisio ANZILOTTI, « La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangers », *RGDIP* 1906, pp. 14-15

345 *Ibid*., p. 105

346 *Ibid.*, p. 137

347 *Ibid.*,

348 v. affaire Glenn, citée par Ago, p. 106 pt. 76

349 Commission générale des réclamations Etats-Unis/Mexique, *Laura Janes et al.v. United Mexican States*, 16 novembre 1925, R.S.A.IV, p. 82

conceived as some kind of approval-which in the Commission's view is doubtful-still approving of a crime has never been deemed identical with being an accomplice to that crime. »[350] L'Etat n'a pas approuvé ou endossé le crime, celui-ci ne lui est pas attribuable. Il est uniquement responsable du défaut de ses propres organes, « l'idée d'une complicité inhérente au défaut de répression est une pure fiction. »[351]

La sentence rendue par l'arbitre Max Huber dans l'affaire des Biens britanniques au Maroc espagnol, du 1er mai 1925, rappelle la règle de la responsabilité de l'Etat pour le manque de diligence de ses organes pour mener leur mission à bien. Dans cette affaire, l'arbitre juge l'Espagne responsable du fait de l'inaction de ses organes dans la poursuite d'actes délictueux commis par des particuliers. Il précise par la suite que « la responsabilité pour l'action ou l'inaction de la puissance publique est tout autre chose que la responsabilité pour des actes imputables à des personnes échappant à l'influence des autorités ou leur étant ouvertement hostiles. » En cas d'inaction ou de négligence de ses organes, l'Etat est responsable de ce fait, il ne se voit pas attribuer les actes commis par des particuliers.

Ce principe a aussi été clairement défini par le tribunal arbitral institué entre le Royaume-Uni et la Finlande, dans l'affaire des *Finnish shipowners*. Des actes susceptibles de mettre en cause la responsabilité de l'Etat « *doivent avoir été commis par le gouvernement défendeur ou par ses fonctionnaires, car il n'y a pas de responsabilité directe en droit international pour les actes d'individus privés.* »[352]

La règle d'absence de responsabilité de l'Etat du fait de l'action de particuliers sans lien avec lui a aussi été au centre de la pratique diplomatique.

Lors de l'affaire *Tellini*, la Conférence des ambassadeurs a estimé que « les Etats sont responsables des crimes et attentats politiques commis sur leur territoire »[353]. Cette conclusion n'est pas conforme au droit international, et a été adoptée sous la forte pression exercée par l'Italie, qui avait procédé à l'occupation de Corfou. Il s'agit ici d'un des principaux échecs de la Société des Nations, qui s'est alignée sur les positions d'un Etat agresseur. La Grèce a été

350 Sentence Laura Janes, §20

351 ACDI, 1972, vol. II, p. 113

352 *Affaire des Finnish Shipowners against Great Britain in respect of the Use of certain Finnish Vessels during the War*, 9 mai 1934, R.S.A., vol. III, p. 1051

353 ACDI 1972, vol. II, p. 124

obligée de céder. Cependant, suite au règlement de l'affaire, un comité spécial de juristes, interrogé, a répondu que « la responsabilité d'un Etat, pour crime politique commis sur la personne des étrangers sur son territoire, ne se trouve engagée que si cet Etat a négligé de prendre toutes les dispositions appropriées en vue de prévenir le crime et en vue de la poursuite, de l'arrestation et du jugement du criminel. »[354] Cette réponse donnée hors des contraintes politiques traduit l'état du droit international en la matière; elle correspond à la jurisprudence constante des commissions arbitrales. Que cela concerne de « simples » ressortissants étrangers ou des personnalités envoyées en mission, l'Etat n'est responsable qu'en cas d'omission de ses organes en matière de prévention ou de répression.[355]

L'assassinat de représentants de l'Organisation des Nations Unies en Palestine dans la période suivant la création de l'Etat d'Israël relève de la même hypothèse. Le comte Bernadotte et le colonel Serot sont assassinés, dans un secteur de Jérusalem contrôlé par les forces israéliennes, le 17 septembre 1948 par des individus désignés par le Dr. Bunche, représentant personnel du Secrétaire général des Nations Unies, comme des « *Jewish assailants* ». Il ajoute, dans sa plainte exposée au ministre des affaires étrangères israélien, que les victimes étaient en présence d'officiers de liaison qui leur ont été assignés par les « autorités juives », et que « *his safety (de Folke Bernadotte), therefore, and that of his lieutenants under the ordinary rules of law and order was a responsibility of Provisional Government Israel whose armed forces and representatives control and administer the area*. » Les meurtres ont été commis dans un territoire contrôlé *de facto* par Israël par des membres du groupe Stern, une organisation échappant au contrôle du gouvernement provisoire. Celui-ci reconnaît son obligation d'organiser la répression en prenant des mesures « *most drastic and far-reaching in character* » (représentant d'Israël devant le Conseil de Sécurité, 18 septembre), mais n'endosse en aucun cas les actes des membres du groupe Stern, qu'il dépeint comme des « *desperadoes and outlaws execrated by the entire people of Israel* »

354 *Ibid.*, p. 125

355 Cela n'est pas contredit par le fait que l'Etat fait face à des obligations de prévention particulières dans certains cas, comme celui des diplomates. Ainsi, dans les termes de Roberto Ago: « les cas d'agissements de particuliers contre des personnes ou des propriétés étrangères auxquelles les Etats sont tenus d'assurer une protection spéciale ne donnent lieu à aucune exception à la règle générale qui concerne la détermination possible d'une responsabilité internationale de l'Etat en relation avec des agissements de particuliers. » ACDI, 1972, vol. II, p. 130

(câble du ministre des affaires étrangères d'Israël au secrétaire général des Nations Unies).[356] Israël n'est pas responsable des assassinats en eux-mêmes, ce qui n'est d'ailleurs affirmé par personne. Pour le Dr. Bunche, représentant personnel du Secrétaire général des Nations Unies, la responsabilité d'Israël découle des manquements de ses propres organes à leurs obligations de prévention, et notamment de deux éléments que sont le contrôle territorial exercé sur les lieux des attentats ainsi que l'acceptation de la responsabilité de la protection des agents des Nations Unies. En l'absence de contrôle ou d'instructions au sens de l'article 8, ou de ratification au sens de l'article 11, les meurtres ne sont pas attribuables à Israël. Celui-ci voit sa responsabilité engagée du fait de la négligence et du manque de diligence de ses organes.

B) L'apparition de l'imputabilité de faits de particuliers ratifiés par l'Etat

Le comportement d'un groupe ou d'individus, qui ne sont pas *de facto* ou *de jure* des agents de l'Etat, peut néanmoins lui être attribué si celui-ci le ratifie. Il s'agit d'une imputation *a posteriori*, rétroactive. On retrouve cette idée dans certains arbitrages de la seconde moitié du XIXème siècle.

Dans la sentence rendue en l'affaire *Cotesworth and Powell*, le 5 novembre 1875, la Commission mixte Grande-Bretagne/Colombie estime qu'

« *one nation is not responsible to another for the acts of its individual citizens, except when it approves or ratifies them. It then becomes a public concern and the injured party may consider the nation itself the real author of the injury*. »[357]

Le fait émanant de particuliers n'est pas en lui-même à la source de la responsabilité de l'Etat. Seule une reconnaissance ou approbation ultérieure rend l'acte du particulier attribuable à l'Etat. L'approbation ne doit pas nécessairement être expresse; elle peut être

356 Source, comme pour l'ensemble des déclarations citées: Quincy WRIGHT, « Responsibility for injuries to United Nations officials », *AJIL* n°43, 1949, p. 95s

357 Commission mixte Grande-Bretagne/Colombie, *Cotesworth and Powell*, 5 novembre 1875, Répertoire...tome 1, p. 282

déduite du refus de réparer le dommage subi ou de l'absence de poursuites de l'auteur du délit. Cependant, cette sentence est ambigüe quant à l'origine de cette attribution; le tribunal arbitral semble considérer que l'absence de poursuite et de réparation de la part de l'Etat conduit à tenir celui-ci pour directement responsable de l'acte litigieux. Il s'agit là d'une application de l'ancienne théorie de la complicité, dont le droit international s'est peu à peu démarqué à partir du début du XX^{ème} siècle. Il est admis que l'absence de poursuites contre l'auteur de dommages causés à des ressortissants étrangers n'équivaut pas à une ratification de son comportement par l'Etat, la jurisprudence arbitrale plus récente sera claire sur ce point en s'éloignant de l'ancienne idée de complicité de l'Etat avec son ressortissant[358]; comme le précise Tal Becker, *« while this exception does not rule out the possibility that acknowledgement and adoption may be inferred from State conduct, it is concerned not with inferences drawn from omissions but with conduct that unquestionably shows that the State regards itself as the author of the private act. »*[359] Il est depuis bien établi que des manquements dans la prévention ou la répression d'un crime commis par un particulier ne rendent pas l'Etat responsable de l'acte litigieux lui-même, qui reste le fait d'un particulier; l'Etat répond uniquement des omissions de ses propres organes, contraires à ses obligations internationales, qui, sur ce fondement, engagent sa responsabilité internationale.

La responsabilité de l'Etat pour avoir approuvé un comportement qui ne lui est en principe pas attribuable a rarement été invoqué dans la pratique.

Dans l'affaire *Eichmann*, le fondement de l'imputabilité de l'enlèvement n'est pas très clair. Le gouvernement israélien a d'abord affirmé que celui-ci s'était livré à « un groupe de volontaires israéliens » de sa propre volonté, et qu'il avait accepté de se rendre spontanément en Israël pour y être jugé.[360] Le gouvernement argentin n'a pas accepté cette thèse, et a affirmé que le gouvernement israélien avait approuvé un acte violant la souveraineté de l'Argentine et s'était solidarisé avec les auteurs de l'acte. Cependant, l'Argentine n'a, à aucun moment, expressément nié l'allégation israélienne selon laquelle les auteurs de l'enlèvement n'étaient

358 A ce sujet v. supra, A), affaire Janes

359 Tal BECKER, *op. cit.*, p. 72

360 Note du gouvernement d'Israël du 6 juin 1960, RGDIP 1960 p. 774. Israël a, par ailleurs, présenté des excuses pour la violation du droit argentin qui a été commise.

pas des agents israéliens. Elle s'est fondée sur l'endossement[361] par Israël du comportement des volontaires, qui auraient agi de leur propre initiative. Cet endossement s'est traduit par la détention et le jugement d'Eichmann. Le communiqué commun du 3 août mettant fin au différend entre les deux Etats évoque « l'initiative prise par des nationaux israéliens »[362], même si Charles Rousseau parle des « agents des services spéciaux d'Israël »[363]. Il y a eu un accord sur la nature de l'action, une initiative de nationaux israéliens qui a par la suite été ratifiée par leur gouvernement. Le gouvernement israélien est allé au-delà de la simple approbation; il a pris des décisions au sujet d'Eichmann, il a accepté l'enlèvement et son transfert puis organisé son procès. Afin qu'une action menée par des particuliers puisse être attribuée à l'Etat, il faut que celui-ci aille au-delà de la simple approbation verbale, mais prenne des actes concrets traduisant sa ratification des faits concernés, qu'il les fasse sien. Ce point a été particulièrement mis en évidence dans l'affaire des Otages, qui a provoqué la reconnaissance expresse de cette base d'imputabilité dans le droit international contemporain.

§2 Une solution contestée puis consacrée

L'article 11 du projet de la CDI dispose qu'un fait qui n'est normalement pas attribuable à l'Etat est considéré comme son fait « si, et dans la mesure où, cet État reconnaît et adopte ledit comportement comme étant sien ». Cette hypothèse n'a été examinée que tardivement par la Commission, qui a pris en compte les développements de la jurisprudence. Le principe de l'attribution à l'Etat du comportement de particuliers que ce dernier a ratifié a été affirmé par la jurisprudence internationale, et notamment par la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Otages* (A). Ce développement du droit de la responsabilité internationale a été reconnu par la Commission du droit international (B).

---

361 Un argument de l'Argentine était le suivant: "*by its very decision to detain and to try Eichmann, the state of Israel had become an accessory to, and ultimately responsible for, the capture, even if the latter was originally a private act of volunteers.*" Helen SILVING, "In Re Eichmann: a Dilemma of Law and Morality", *AJIL*, vol. 55, 1961, p. 312

362 *Ibid.*, p. 782

363 *Ibid.*, p. 786

A) La ratification du comportement de particuliers par l'Etat dans la jurisprudence internationale

L'affaire des Otages américains à Téhéran[364] consacre la règle de l'attribution du comportement de particuliers ratifié par l'Etat à celui-ci dans le droit international contemporain.

Le 4 novembre 1979, au cours d'une manifestation devant l'ambassade des Etats-Unis, un groupe de militants (les « étudiants musulmans partisans de la politique de l'imam ») a pris celle-ci d'assaut, s'en sont emparés et ont détenu le personnel.[365] Les forces de sécurité iraniennes auraient « purement et simplement disparu »[366], et n'ont en tout cas pas pris les mesures nécessaires pour empêcher l'assaut. Les appels à l'aide répétés adressés aux autorités iraniennes sont restés sans réponse; le gouvernement iranien « n'a rien fait pour dégager les locaux de l'ambassade, pour délivrer les personnes prises en otages, ni pour persuader les militants de mettre fin à l'action contre l'ambassade. »[367] L'attaque n'est en elle-même pas imputable à l'Iran, les militants ne possédant pas à ce moment le statut d'agent ou d'organe de cet Etat.[368] Leur comportement « ne pourrait être considéré en lui-même comme directement imputable à cet Etat que s'il était avéré que les militants agissaient alors effectivement pour son compte[369], parce qu'un organe compétent dudit Etat les aurait chargés d'une opération déterminée »[370], or il n'y a, d'après la Cour, aucune preuve d'un tel lien entre les militants et les autorités iraniennes. Les déclarations hostiles au Etats-Unis prononcées par l'ayatollah

364 Cour internationale de Justice, *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, Recueil 1980, p. 3

365 Les consulats de Tabriz et de Chiraz ont été occupés le lendemain.

366 *Ibid.*, p. 12

367 *Ibid.*, p. 13

368 *Ibid.*, p. 29 Voir à ce sujet le Chapitre 3, section 2, §1, A)

369 Au sujet d'une définition d' « agir effectivement pour le compte de l'Etat », et d'une discussion détaillée de la problématique de l'attribution à l'Etat d'actes accomplis « sous le contrôle ou les instructions de l'Etat », v. *infra*, 1ère Partie, Titre 2

370 Cour internationale de Justice, *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, Recueil 1980, p. 29

Khomeini quelques jours avant les faits, ni ses félicitations adressées aux militants le soir même de la prise d'otages ne modifient « le caractère initialement indépendant et non officiel de l'attaque de l'ambassade par les militants. »[371] La Cour juge que si l'Iran n'est pas responsable de l'attaque en elle-même, il est, en revanche, responsable de son propre comportement pour avoir failli à son obligation d'assurer la protection des locaux et du personnel diplomatiques.[372] Les militants qui ont pris d'assaut l'ambassade des États-Unis ne sont pas considérés comme des agents de l'Etat iranien; l'assaut n'est pas en lui-même imputable à l'Iran. La responsabilité de l'Iran est néanmoins engagée du fait de l'inaction de ses organes, c'est à dire du défaut de protection de l'ambassade et d'initiative en vue de mettre fin à la détention des agents diplomatiques américains.

Au contraire, les autorités iraniennes ont publiquement approuvé ces actes. La Cour se fonde sur de nombreux éléments illustrant la ratification expresse des actes des militants par les autorités de la République islamique. Dès le lendemain des événements, le ministre des affaires étrangères a déclaré que l'action des militants « bénéficiait de l'appui et de l'approbation du gouvernement... »[373]; de plus, « de nombreuses autorités iraniennes, notamment religieuses, judiciaires, exécutives, ainsi que des représentants de la police et de la radiodiffusion, ont immédiatement manifesté leur approbation de la prise de l'ambassade et des consulats de Tabriz et de Chiraz. »[374] Mais le plus important aux yeux de la Cour semble être l'appui apporté le même jour par l'ayatollah Khomeini, principal dirigeant du gouvernement islamique. Ce dernier « a proclamé que l'Etat apportait sa caution tant à la prise de l'ambassade que des consulats qu'à la détention en otages de membres du personnel de l'ambassade »[375], et a clairement approuvé et justifié le comportement de « nos jeunes gens » (*sic*). Le soutien apporté par l'ayatollah Khomeini a encouragé les militants et les a poussés à continuer l'occupation de l'ambassade et la prise d'otages.[376] La Cour estime cependant que « (l)e sceau de l'approbation officielle du gouvernement » a été donné par une décision du « Guide de la Révolution » du 17 novembre 1979 indiquant notamment que l'Iran

371 *Ibid.*, p. 30.

372 *Ibid.* A ce sujet, cf. *supra*, section 2, §1, A)

373 Cité par la Cour, *ibid.* p. 33

374 *Ibid.*

375 *Ibid.*, pp. 33-34

376 *Ibid.*, p. 34

ne libèrera pas les otages avant que le gouvernement américain « ne se plie aux désirs de la nation (iranienne) ».[377] Il semble qu'il s'agisse là de l'élément décisif qui a conduit la Cour a attribuer la perpétuation de la prise d'otages à l'Iran. Celle-ci n'est pas seulement approuvée par les plus hautes autorités de l'Etat, elle devient le fait de l'Etat car ces dernières s'estiment compétentes pour prendre les décisions au sujet de la prise d'otages; elles prennent le contrôle de la situation, elles fixent elles-mêmes les conditions d'une éventuelle libération. Il ne s'agit plus d'une action de particuliers approuvée par l'Etat; les militants obéissent aux autorités, ils se soumettent à ses instructions et à son contrôle, ils « sont alors devenus des agents de l'Etat iranien dont les actes engagent sa responsabilité internationale »[378]. Le Guide de la Révolution est en mesure de prendre toutes les décisions relatives à la prise d'otage, la libération de certains d'entre eux, la perpétuation de l'action, etc. Le pouvoir de décision et d'initiative est clairement et définitivement passé des militants aux dirigeants de l'Etat. Dans les termes de la Cour, la politique suivie par les autorités iraniennes « a eu pour effet de transformer radicalement la nature juridique de la situation créée par l'occupation de l'ambassade et la détention des membres de son personnel diplomatique et consulaire en otages. L'ayatollah Khomeini et d'autres organes de l'Etat iranien ayant approuvé ces faits et décidé de les perpétuer, l'occupation continue de l'ambassade et la détention persistante des otages ont pris le caractère d'actes dudit État. »[379] La décision d'endosser et de perpétuer la prise d'otages l'a transformée en fait de l'Etat.[380] La conclusion de la Cour est claire, l'Iran est responsable de sa décision de perpétuer l'occupation de l'ambassade et la détention des otages par des militants. Ceux-ci sont devenus des agents de l'Etat du fait de la ratification de leur action par les autorités. L'assaut et le début de la prise d'otages restent des actes autonomes des militants, qui en tant que tels ne sont pas attribuables à l'Etat iranien. L'endossement transforme les militants en agents de l'Etat, auquel leurs actes subséquents sont de ce fait attribuables.

Il semble que le critère essentiel ne soit pas l'approbation de leurs actes, mais leur endossement par les autorités iraniennes. Il n'aurait sans doute pas suffi que les dirigeants iraniens expriment leur accord pour que l'action des militants soit imputable à l'Etat. Dans les

377 *Ibid.*,

378 *Ibid.*, p. 35

379 *Ibid.*

380 v. ACDI 72II, p. 128, §130.

termes de la Cour, ces déclarations de soutien ont seulement « encouragé » les militants, elles n'ont pas suffi à en faire des agents de l'Etat[381]. Cette étape a été franchie lorsque les autorités iraniennes ont endossé l'action et ont officiellement pris la direction des opérations. Le niveau de prise de décision concernant les otages est passé des militants au gouvernement de l'Iran. C'est à partir de ce moment que les militants sont devenus des agents dont le comportement est imputable à l'Iran, et qu'il est réputé l'auteur des faits en cause.

La règle de la responsabilité de l'Etat à raison de faits de particuliers qu'il a approuvés a également été évoquée par la Cour européenne des droits de l'homme. Dans l'affaire *Chypre c. Turquie*, la Cour a jugé que « si les autorités d'un Etat contractant approuvent, formellement ou tacitement, les actes de particuliers violant dans le chef d'autres particuliers soumis à sa juridiction les droits garantis par la Convention, la responsabilité dudit Etat peut se trouver engagée au regard de la Convention. »[382] Cela est d'autant plus le cas lorsque l'Etat reconnaît des actes émanant d'autorités autoproclamées et non reconnues sur le plan international, comme les autorités région sécessionniste de la Transniestrie.[383]

B) L'évolution de la position de la Commission du droit international

L'attribution à l'Etat d'actes qu'il a ratifiés n'a longtemps pas été étudiée par la Commission du droit international, « pour des motifs assez flous à l'origine »[384], puis a fait son apparition dans le premier rapport du dernier rapporteur spécial, le professeur Crawford.[385] Ce dernier se réfère à l'arrêt de la Cour internationale de Justice rendu dans l'affaire des *Otages américains à Téhéran*, ainsi qu'à la sentence arbitrale concernant la *Concession des phares de l'Empire ottoman*[386]. Ce sont les deux seuls précédents cités. Le rapport évoque également le cas où, suite à une guerre civile, l'Etat ratifie les faits survenus sur une partie du

381 Cour internationale de Justice, *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, Recueil 1980, p. 34, §72

382 CourEDH, *Chypre c. Turquie*, arrêt du 10 mai 2001, req. n°25781/94, §81

383 CourEDH, GC, *Ilascu et autres c. Moldova et Russie*, req. n°48787/99, Rec. 2004-VII, au §318

384 ACDI 1998, volume I, p. 265

385 Il propose d'insérer un article 15*bis* traitant de la question.

386 *cf supra*.

territoire ayant momentanément échappé à son contrôle et qui ne lui sont en principe pas responsable, même si aucun exemple n'est cité. La faiblesse des précédents et des exemples concrets n'empêchent cependant pas qu'il existe des situations où un Etat avalise des faits qui ne sont pas les siens et que le droit de la responsabilité internationale doit en tenir compte.

Le rapport indique qu'avaliser n'est pas équivalent à simplement approuver, « il est nécessaire, aux fins de l'attribution, que l'Etat accepte que le comportement en question soit traité comme son propre comportement. »[387] Il entérine librement un comportement qui ne lui est pas imputable. C'est une hypothèse tout à fait concevable, et il était nécessaire qu'elle soit prise en compte dans un projet de codification de la responsabilité étatique.

L'Etat « fait sien » un comportement qui ne lui était pas imputable. Le rapporteur spécial a qualifié ce cas de figure de « succession de fait »[388]. La fonction assignée à l'article 15bis (devenu 11), est de servir de disposition générale et offrant une certaine souplesse, et susceptible d'englober des situations diverses.

La formulation de cet article a changé entre les premières discussions sur le sujet et la version finale. La première version évoque l'attribution du comportement qu'un Etat « a entériné ou fait sien »; la formulation « a entériné et fait sien » est proposée. Cette dernière proposition est plus satisfaisante car elle insiste sur l'exigence d'une action positive de la part de l'Etat, et non une déclaration vague ou générale. La version proposée par le Comité de rédaction dispose qu' « un comportement qui n'est pas attribuable à un Etat selon les articles 5, 7, 8, 8bis, 9 ou 15 est néanmoins considéré comme un fait de cet Etat d'après le droit international si et dans la mesure où l'Etat entérine ou fait sien le comportement en question. » Le commentaire précise cependant que ces deux conditions sont cumulatives. Pour que l'Etat soit considéré comme responsable, il doit accepter qu'un comportement précis lui soit imputable, et non se contenter de « simplement l'approuver de manière générale »[389]. La ratification peut être expresse ou être déduite du comportement de l'Etat. Une omission de réprimer n'équivaut pas, en principe, à une ratification de l'acte par l'Etat.[390] Cependant, des omissions répétées, révélatrices d'une véritable politique systématiquement suivie par l'Etat

387 ACDI 1998, volume I, p. 265

388 *Ibid.*, p. 270

389 *Ibid*., p. 308

390 V. supra (ch1)

par laquelle il permet la commission d'actes contraires aux droits d'autres Etats, feraient de l'Etat l'auteur des actes en question. Le caractère systématique et délibéré de ce comportement irait au-delà de la responsabilité pour absence de *due diligence*.[391] Si cette position ne manque pas d'intérêt, elle ne semble cependant pas refléter l'état actuel du droit international.

La version finalement adoptée par la CDI présente une formulation différente[392], mais le principe reste le même. Les termes « entérine et fait sien » ont été remplacés par « reconnaît et adopte (ledit comportement) comme étant sien ».

Les deux conditions sont cumulatives. En effet, la Commission a précisé que les termes « reconnaît et adopte » indiquent qu'il est nécessaire que l'Etat aille au-delà d'une simple reconnaissance générale d'une situation de fait mais qu'il considère le comportement litigieux comme étant sien. Il doit le reprendre à son compte, il doit se considérer comme l'auteur de l'acte.[393]

L'imputabilité dépend ici de la volonté discrétionnaire de l'Etat. Ne lui sont imputables que les actes qu'il choisit librement de ratifier. Il n'est responsable que « si, et dans la mesure où » il entérine un comportement.

D'après l'article 11 du projet de la CDI, le comportement faisant l'objet de la ratification par les autorités de l'Etat devient un fait de l'Etat selon le droit international. Le comportement est attribué à l'Etat *a posteriori*, du fait de l'endossement étatique. Cependant, dans son arrêt rendu en l'affaire des *Otages américains à Téhéran*, la Cour internationale de Justice a jugé que le comportement adopté par les militants avant la ratification des autorités n'était pas attribuable à l'Iran. Seul le comportement postérieur devient un fait de l'Etat.[394]

---

[391] V. comme représentant de cette partie de la doctrine Tal BECKER : « *Repeated acts and omissions of a functioning State that violates its duty to prevent and abstain are thus more than breaches of a distinct obligation. They are acts that have the potential to transform the State into a silent partner in the private wrongdoing.* » (*op. cit.*, p. 275)

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

[393] Tal BECKER, *op. cit.*, p. 72

[394] Dans ce sens, Luigi CONDORELLI, Claus KRESS, "The Rules of Attribution: General Considerations", in . James CRAWFORD, Alain PELLET, Simon OLLESON, *op. cit.*, pp. 231-232

Cette différence a été relevée par le rapporteur spécial James Crawford, qui estime cette différence ne faisait en l'espèce aucune différence. L'effet rétroactif de la reconnaissance a, en outre, l'avantage « d'éviter les lacunes dans l'étendue de la responsabilité pour ce quoi constitue, en réalité, le même fait continu. »[395]

Exception au principe de la non-imputabilité du comportement de personnes privées à l'Etat, la règle codifiée dans l'article 11 fait cependant l'objet de précédents dans la pratique. En outre, elle trouve une justification logique dans la doctrine de l'estoppel ; un Etat qui a sans équivoque ratifié un comportement privé ne saurait par la suite nier sa responsabilité du fait de ce comportement.[396] Par ailleurs, un Etat qui se présente comme l'auteur d'un acte privé doit en être responsable.[397] En effet, le droit international ne fait que prendre en compte ce qui résulte de la volonté expresse de l'Etat en matière d'imputabilité.[398]

La question de l'imputabilité du comportement d'une personne privée ratifié par l'Etat éclaire la problématique du lien entre les deux éléments du fait illicite énoncés par l'article 2 du projet de la CDI, à savoir l'illicéité du fait et son attribution à l'Etat. Ces deux éléments constitutifs ne peuvent être strictement séparés. En effet, dans cette hypothèse, le fait devient internationalement illicite en même temps qu'il devient imputable à l'Etat. En effet, tant qu'il n'est qu'un fait d'un particulier, il ne peut être considéré comme constituant à lui seul la violation d'une obligation internationale de l'Etat. Il ne peut être internationalement illicite que lorsqu'il devient un fait de l'Etat.

Conclusion du Titre 1.

Le thème de l'imputabilité est marqué par le rôle prééminent du droit interne dans la définition des organes *de jure* de l'Etat. Le droit interne occupe donc une place centrale dans la détermination de l'ampleur des comportements susceptibles d'être attribués à l'Etat. Le cas de l'imputation fondée sur le comportement d'organes *de jure* est par ailleurs de loin le plus fréquent dans la pratique internationale, et le moins problématique, les Etats reconnaissant

[395] James CRAWFORD, *op. cit.*, p. 145

[396] Tal BECKER, *op. cit.*, p. 75

[397] *Ibid.*

[398] Luigi CONDORELLI, *op. cit.*, p. 51 : « en droit international on doit nécessairement considérer comme acquise l'attribution d'un fait à un Etat lorsque cette attribution est admise par l'Etat lui-même. »

sans peine l'imputabilité des faits dont leurs organes *de jure* sont les auteurs. Le comportement des organes *de jure* n'est toutefois imputable à l'Etat que si l'organe a agi en cette qualité, et non à titre privé. La notion d' « action en qualité d'organe » inclut les faits commis *ultra vires*. La définition de ce terme et sa distinction d'avec un comportement adopté à titre privé a conduit à de nombreuses difficultés d'interprétation et d'application du droit international, la différence concrète entre les deux hypothèses étant souvent ténue.

Le comportement de personnes ne faisant pas partie de l'appareil d'Etat peut également lui être imputable, même si cette affirmation doit immédiatement être nuancée. Le premier cas étudié dans ce titre est celui de l'imputabilité du comportement d'une insurrection victorieuse. Le comportement de l'insurrection[399], depuis son commencement, est imputable à l'Etat à partir de la victoire de celle-ci. En d'autre termes, si le comportement en tant que tel n'était pas celui d'un organe de l'Etat au moment où il a été commis, il n'est attribuable à l'Etat qu'à partir du moment où l'insurrection en devient le nouveau gouvernement. Il peut en conséquence être assimilé à un comportement d'un organe de l'Etat, bien qu'adopté avant que son auteur n'ait acquis ce statut. La deuxième hypothèse est celle de la ratification par l'Etat du comportement de personnes n'ayant pas le statut d'organe. Cette base d'imputation n'a été reconnue que tardivement, car elle est une véritable exception au principe selon lequel un Etat n'est responsable que du comportement de ses organes. Elle ne doit, en outre, pas être confondue avec la responsabilité de l'Etat du fait de l'omission de ses organes, par exemple s'ils n'ont pas fait preuve de la diligence exigée par le droit international pour empêcher qu'un dommage soit causé à une ambassade étrangère par des personnes privées. Les cas d'imputation d'un comportement à un Etat sur le fondement de la ratification demeurent très rares. La ratification implicite est généralement retenue comme un élément supplémentaire en faveur de l'imputation à un Etat du comportement de personnes appartenant vraisemblablement à ses services secrets ou à des services parallèles dans les cas d'enlèvements à l'étranger et de procédure judiciaires engagées subséquemment contre ces personnes (affaires *Eichmann, Argoud*). Dans ces cas, le statut des auteurs de l'enlèvement n'est généralement pas clair, et l'endossement de leur comportement par les autorités de l'Etat permet de fonder l'attribution sur une base sûre.

Si le droit interne occupe une place fondamentale dans l'imputabilité, le droit international joue également un rôle important dans la détermination des comportements

[399] La notion de « comportement de l'insurrection » peut également poser problème, v. ch. 2, s.1, §1, B), 2.

attribuables à l'Etat en prenant en compte son organisation effective, c'est-à-dire toutes les personnes par le biais desquelles l'Etat agit. Une personne ou une entité qui n'a pas le statut d'organe de l'Etat selon le droit interne peut être considérée comme tel par le droit international: un Etat ne peut se retrancher derrière son droit interne pour se soustraire à sa responsabilité. L'exigence d'effectivité du droit international le pousse à reconnaître le statut d'organe *de facto*, dans des cas où l'Etat peut vouloir éviter cette reconnaissance.

<u>Titre 2 :</u> L'imputabilité du comportement de personnes ne faisant pas formellement partie de l'appareil d'Etat : De l'imputabilité de faits de particuliers à l'autonomisation de la base d'imputabilité « organe *de facto* »

L'État est, en principe, responsable du comportement de ses organes. Ce principe entraîne deux questions : celle de la définition des organes de l'État, ainsi que celle de la portée des exceptions.

Par « organe de l'État », sont en général compris les organes *de jure*, c'est-à-dire les personnes ou entités qui ont ce statut d'après le droit interne de l'État.[400] Cependant, le droit international ne se limite pas à ceux-ci. L'appareil d'État réel, effectif, et non seulement formel, est pris en compte par le droit de la responsabilité internationale, où le souci de l'effectivité se manifeste à de nombreuses occasions. Le terme d' « organe de l'État » renvoie aux organes *de jure*, ce qui est le cas de loin le plus fréquent, mais également à l'organe *de facto*. L'article 4 al. 2 du Projet d'Articles sur le droit de la responsabilité internationale dispose qu' « [u]n organe comprend toute personne ou entité qui a ce statut d'après le droit interne de l'État », ce qui englobe bien sûr les organes de jure, mais ne s'y limite pas. La qualification d'organe par le droit interne s'impose, mais ne suffit pas nécessairement à définir l'ensemble des organes d'un État.[401] Un État ne saurait se référer à son droit interne pour dénier le statut d'organe à une personne ou entité qui agit véritablement en tant que telle, même si elle ne possède pas formellement cette qualité.[402] Le droit international se réfère à l'organisation effective que l'État s'est choisie, conséquence de son droit à l'auto-organisation, qui relève de sa compétence exclusive. Ce droit implique non seulement que l'État est libre de définir ses organes *de jure*, mais également « qu'un État peut fort bien s'organiser de façon à utiliser, pour agir (…), des personnes n'étant pas qualifiées, au niveau

[400] Article 4 du Projet de la CDI, *cf. supra*, Titre 1, chapitre 1.

[401] James CRAWFORD, *op cit.*, p. 94

[402] V. Pierre-Marie DUPUY, "Relations between the International Law of Responsibility and Responsibility in Municipal Law", in. James CRAWFORD, Alain PELLET, Simon OLLESON (eds), *op. cit.*, pp. 180-181

du droit interne, comme organes de cet État. »[403] L'État doit accepter les conséquences de ses choix concernant son organisation, et supporter la responsabilité du comportement des personnes ou entités qui sont, en droit ou en fait, ses organes.

Si l'État est responsable du comportement de ses organes, donc des personnes ou entités faisant partie de son appareil, ayant agi en cette qualité, il est également susceptible d'engager sa responsabilité pour certains comportements de personnes ou groupe de personnes ne faisant pas partie de son appareil, en d'autres termes qui n'ont pas la qualité d'organe, que ce soit en droit ou en fait. En exception au principe selon lequel des faits commis par des particuliers ne peuvent lui être imputables, l'État doit répondre du comportement de personnes privées ayant exercé des prérogatives de puissance publique en cas d'absence ou de carence des autorités officielles, ou ayant exécuté une mission précise pour le compte de l'État. Cette dernière hypothèse a souvent été confondue avec celle de l'organe *de facto*. Cependant, l'article 8 du Projet de la CDI, reconnu comme reflétant le droit coutumier, fait référence aux personnes privées agissant sous le contrôle, ou sur les instructions ou directives, de l'État.[404] Cette norme tire les conséquences d'un choix délibéré de l'État, celui d'utiliser des personnes ne faisant pas partie de son appareil organique pour accomplir une action précise, ce qui le rapproche par certains aspects du cas de l'organe *de facto*, où est pris en compte le choix de l'État d'utiliser comme des organes des personnes ou entité auxquelles son droit interne n'accorde pas ce statut. Dans les deux cas, il est nécessaire d'aller au-delà de l'appareil d'État officiel et d'étudier des relations de fait entre celui-ci et une personne, ou groupe ou une entité ; c'est pourquoi ils sont traités sous le même titre, malgré leurs différences.

Le cas de l'article 9 du Projet d'articles, l'attribution à l'État du comportement de personnes exerçant des prérogatives de puissance publique en cas d'absence ou de carence des autorités officielles, est une base d'imputation autonome, effectuée par le droit international. Elle prend sa source dans l'initiative de personnes privées, sans intervention d'organes de l'État. Le comportement de ces personnes est attribuable à l'État du fait de la nature de la fonction exercée. Même si elle ne résulte pas de l'exercice par l'État de son droit à l'auto-organisation, ce cas d'imputation appréhende l'appareil d'État effectif, réel, même s'il est une

[403] Luigi CONDORELLI, *op. cit.*, p. 55

[404] James CRAWFORD, *op. cit.*, p. 109

conséquence, non d'actions d'organes de l'État, qu'ils aient agi eux-mêmes ou qu'ils aient utilisé des personnes privées, mais d'activités de particuliers prise de leur propre initiative.

Outre les questions de la portée des exceptions au principe de la responsabilité de l'État du fait de ses propres organes et la définition de ceux-ci, la problématique de ce titre doit faire face à des difficultés d'un autre ordre. Les termes retenus par les articles 4 et 8, « personne ou entité » ou « personnes ou groupe de personnes » sont-ils aptes à prendre en compte la diversité des situations de la pratique, et particulièrement l'hypothèse, de plus en plus fréquente, des « relations inégales » entre un État et une entité territoriale et politiquement organisée – région désirant faire sécession d'un autre État, dans la plupart des cas ? Ces termes avaient sans doute à l'origine une signification plus limitée. Le « fonctionnaire de fait » était souvent un simple individu, ou un petit groupe faiblement organisé ; quant à l'organe de fait, il était envisageable qu'il fût un groupe organisé militairement (affaire du *Nicaragua*), mais pas un quasi-État. Or, ces notions sont appliquées à des situations très différentes qu'à l'origine, ce qui pose la question du caractère adapté ou non des critères. Un parallèle sera également dressé avec la question de l'attribution de la responsabilité du fait commis par un État à un autre État, de manière à prendre en compte la spécificité de ces situations contemporaines et de leur relation avec la notion d'organe *de facto*.

Après la distinction entre les différentes hypothèses d'imputabilité de faits de particuliers et la notion d'organe *de facto* (chapitre 1), l'étude abordera la question de l'organe *de facto* envisagé comme une entité quasi-étatique (chapitre 2).

Chapitre 1. Du fait de particuliers agissant « pour le compte » de l'Etat à l'organe *de facto*

L'Etat est en principe responsable du comportement de ses propres organes. Il peut également, dans certains cas, être responsable du comportement de particuliers. L'imputabilité à l'Etat du comportement de particuliers est une exception, et est strictement limitée des hypothèses, qui, si elles sont connues du droit international de longue date, n'ont pas toujours été clairement définies. Une certaine confusion a longtemps entouré le sujet.

Le comportement d'un particulier n'est imputable à l'Etat que s'il a agi pour son compte. Cette notion très générale a été précisée, et n'apparaît plus comme telle dans le texte du Projet d'articles de la commission du droit international. Le droit international distingue entre le cas du particulier ayant agi dans une situation d'absence ou de carence des autorités de l'Etat, et celui du particulier ayant agi sous le contrôle, ou en suivant les instructions ou directives de l'Etat (s.1). Ce dernier cas d' « agent *de facto* » a longtemps été confondu avec celui de l'organe *de facto*. Il importe dans un deuxième temps de distinguer entre ces deux points, ainsi que de montrer leur évolution (s.2).

s.1 Les deux cas de « fonctionnaires de fait ».

La question des circonstances exceptionnelles de l'absence des organes *de jure* de l'Etat comblée par l'intervention spontanée de particuliers, a été traité par la CDI dans l'article 9 du projet. Le comportement des particuliers remplissant temporairement ses fonctions sera attribué à l'Etat. Ce cas se différencie de celui visé à l'article 8 en ce que le comportement du groupe ou des individus est le fait de leur propre initiative. Des particuliers exercent spontanément des prérogatives de puissance publique, dans un cas ou l'absence ou la carence des autorités rendent cet exercice nécessaire. L'attribution de faits de particuliers exerçant en fait des fonctions étatiques ou agissant en fait pour le compte de l'Etat ont en

premier lieu été traités ensemble. Le premier cas a d'abord fait l'objet de l'art 8 b[405]. Les deux notions ayant par la suite été affinées et précisées, leurs différences se sont révélées et ont fini par faire l'objet de deux dispositions distinctes.

Ces principes répondent à la nécessité de prendre en compte l'organisation effective de l'Etat, qui peut très bien ne pas correspondre à ce qui est prévu par les lois de cet Etat.[406] L'imputation des actes suivant ces deux hypothèses ne serait, là encore, que la conséquence du droit de l'État à l'auto-organisation, et ne serait en aucune façon une conséquence d'une imputation effectuée de manière autonome par le droit international.[407] L'Etat, « ayant souverainement choisi de s'organiser d'une façon particulière, (...) doit supporter les conséquences internationales du libre exercice de ses prérogatives souveraines. »[408] Cet argument peut expliquer l'imputation du comportement d'un organe *de facto* volontairement mis en place par l'Etat, car il s'agit dans ce cas bien du résultat d'une action souveraine de sa part. En revanche, le comportement de personnes privées exerçant spontanément des prérogatives de puissance publique est mis à la charge de l'Etat par le droit international, que l'Etat reconnaisse ou non la validité d'un tel comportement en droit interne. Il n'a, par ailleurs, aucune influence sur l'action de ces personnes, qui, comme le précise l'article 9 du Projet de la CDI, doit être spontanée. Il ne s'agit donc pas d'un exercice volontaire par l'Etat de ses compétences et de son droit à l'auto-organisation, mais de l'imputabilité à l'Etat d'un comportement effectivement réalisé en son nom. Dans cette hypothèse, l'Etat n'a pas fait usage de sa liberté puisqu'il doit répondre d'un acte sur lequel il n'a aucune influence, voire qui a eu lieu à son insu[409]. Le droit international se fonde sur le caractère de l'action exercée et vise à combler un vide, pour que l'Etat réponde de faits accomplis en son nom, et du fait sa négligence ou de son incapacité à remplir ses devoirs.

Le comportement de personnes exerçant des prérogatives de puissance publique est imputable à l'Etat sous certaines conditions (§1), ainsi que les actes exercés pour le compte de l'Etat, à son initiative et par des personnes faisant effectivement partie de ses organes (§2).

---

405 v. Roberto AGO, ACDI 1971 vol. II, 1ère partie, p. 278, §189, ainsi que 1974, vol. II, 1ère partie, p. 296, 9s

406 Luigi CONDORELLI, *op. cit.*, p. 55

407 *Ibid*., p. 56

408 *Ibid*.

409 v. ACDI 1974, II, 1, p. 296

§1 L'exercice spontané de prérogatives de puissance publiques en cas de carence ou d'absence des autorités officielles

La règle, connue par le droit interne de certains États, sera d'abord définie (A). Ses applications dans la jurisprudence internationale et sa prise en compte par la CDI seront examinées dans un deuxième temps (B).

A) Le principe de l'imputabilité du comportement de personnes exerçant spontanément des prérogatives de puissance publique

Il conviendra en premier lieu d'étudier les fondements théoriques de cette base d'imputabilité (1), avant de se pencher sur sa portée en droit interne (2).

1. Les justifications doctrinales

Le rapporteur spécial James Crawford a précisé que « ces hypothèses ne surviennent que dans des circonstances exceptionnelles », alors que l'appareil d'Etat existe, le gouvernement légal reste en place, mais est seulement empêché d'accomplir ses fonctions à un moment donné. Les autorités régulières sont incapables de remplir leurs fonctions du fait des circonstances (révolution, invasion étrangère...), qu'elles aient disparu, été dissoutes ou soient seulement temporairement inopérantes.[410] Il s'agit d'une forme de « représentation par nécessité »[411]. Cette disposition trouve son fondement dans l'exigence pragmatique de responsabilité de l'Etat pour les faits de personnes ayant rempli ses fonctions, même sans faire partie de son appareil formel. Comme l'explique le Professeur Salmon, « en matière d'imputabilité aucun formalisme; l'Etat est responsable des activités d'entités (et de) personnes qui se trouvent exercer *en fait* des prérogatives de la puissance publique en cas de

410 v. James CRAWFORD, *op. cit.*, p. 135

411 *Ibid.*, p. 135-136

carence des autorités officielles (fonctionnaires de fait). »[412] L'article 9 énumère les conditions d'imputabilité à l'Etat. Il faut qu'il y ait exercice de prérogatives de puissance publique, que cet exercice soit requis par les circonstances, et ait été adopté en cas d'absence ou de carence des autorités officielles.[413]

L'action des particuliers doit être spontanée. Ils n'ont aucun lien formel ou factuel avec l'administration de l'Etat, celle-ci ne leur a pas adressé d'instructions ni ne les tient sous son contrôle. Les particuliers agissent de leur propre initiative pour assurer des fonctions étatiques. L'élément déterminant est ici la nature des fonctions exercées. Ils doivent exercer, en fait, des prérogatives de puissance publique. L'Etat est responsable d'un comportement qu'il n'a pas initié, sur lequel il n'exerce aucun contrôle, voire dont il n'est même pas informé. Une action de cette sorte n'est toutefois attribuable à l'Etat que si elle est requise par les circonstances.

Le cas d'absence des autorités officielles couvre l'hypothèse d'un « effondrement total de l'appareil d'Etat »[414], lorsque le gouvernement officiel existe encore, mais perd le contrôle sur son territoire. L'article 9 ne vise dans ces circonstances que l'action ponctuelle ou localisée de particuliers, et non les actes d'un gouvernement de fait qui remplacerait l'ancien gouvernement; ceux-ci seraient couverts par l'article 4.[415] L'article 9 suppose l'existence d'un appareil d'Etat qui est temporairement ou localement incapable de remplir ses fonctions, dont l'action est spontanément complétée par des particuliers.[416]

Le particulier ou groupe de particuliers doit agir dans une situation de carence ou d'absence de l'Etat. Cette condition vise des situations dans lesquelles l'Etat n'exerce pas ses fonctions, notamment en cas d'invasions étrangères ou de catastrophe naturelle, lorsque

---

412 Jean SALMON, « Les contradictions entre fait et droit », in. *Estudios de derecho internacional, Homenaje al profesor Miaja de la Muela*, Tecnos, Madrid, 1979, p. 341

413 L'article 9 dispose:

« 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 exerce en fait des prérogatives de puissance publique en cas d'absence ou de carence des autorités officielles et dans des circonstances qui requièrent l'exercice de ces prérogatives. »

414 James CRAWFORD, *op. cit.*, p. 137

415 *Ibid.*, p. 136

416 *Ibid.*

l'appareil d'Etat est dépassé par les événements et n'arrive plus à assurer les missions d'intérêt général. Des particuliers décident alors de s'en charger.

L'exercice des prérogatives de puissance publique doit être requis par les circonstances. L'exercice des fonctions publiques au cours duquel le fait illicite a été commis devait s'imposer; « il faut que les circonstances de l'exercice de prérogatives de puissance publique par des personnes privées aient justifié la tentative d'exercer des fonctions de police ou autres en l'absence de tout corps constitué. »[417] Cette disposition a vocation à n'être appliquée que « dans des cas vraiment exceptionnels. »[418]

2. Le fonctionnaire de fait en droit interne

Le fonctionnaire de fait en droit administratif français concerne en particulier la personne dont l'investiture était irrégulière. L'hypothèse ici la plus pertinente est cependant celle du fonctionnaire de fait qui n'a aucun lien avec l'administration, assurant spontanément certaines missions de l'administration défaillante, qui autorise des personnes étrangères à l'administration à assumer des prérogatives de puissance publique en cas de défaillance de l'autorité. Il s'agit des éventualités où « l'administration régulière est impuissante à poursuivre le fonctionnaire de fait »[419] lorsqu'une insurrection prend provisoirement le contrôle d'une partie du territoire, ou lorsque « l'administration régulière est absente: en cas de guerre et d'invasion d'une partie du territoire, si les autorités régulières se sont enfuies devant l'ennemi, un citoyen de bonne volonté prend spontanément la charge d'administrer la population et de défendre ses intérêts devant l'envahisseur. »[420]

Un exemple de la première hypothèse concerne la Commune de Paris. Les actes des insurgés sont en principe nuls. Cependant, lorsque ces actes ont été pris dans le cadre d'un service public dont le fonctionnement ne pouvait être interrompu, ils ont été considérés

417 James CRAWFORD, *op. cit.*, p. 137

418 ACDI 1974, vol. II, 1ère partie, p. 296

419 Marcel WALINE, *Traité élémentaire de droit administratif*, 5è éd., Sirey, Paris, 1950, p. 382

420 *Ibid.*

comme valides par application de la théorie du fonctionnaire de fait. Par exemple, l'état civil tenu sous la Commune a été validé par une loi du 19 juillet 1871.[421]

L'arrêt du Conseil d'Etat *Marion* du 5 mars 1948[422] concernait des mesures prises pour l'administration de la commune de Saint Valéry-sur-Somme par un « Comité des intérêts valéricains » constitué de citoyens de cette commune après la fuite des autorités devant l'invasion allemande en mai 1940.[423] Le Comité a notamment réquisitionné des denrées appartenant à des commerçants et les a vendues. Le Conseil d'Etat a jugé que « ces actes n'étaient pas étrangers à la compétence légale des autorités municipales; que, dans la mesure où les circonstances exceptionnelles nées de l'invasion leur conféraient un caractère de nécessité et d'urgence, ils devaient, bien qu'émanant de l'autorité de fait substituée auxdites autorités, être regardés comme des actes administratifs ». Le Conseil d'Etat se fonde sur le caractère exceptionnel de la situation, sur l'absence des autorités officielles, et sur la considération que les actes pris par les particuliers entraient dans la compétence des autorités municipales. Il est possible de rapprocher ce dernier critère de celui retenu par la Commission du droit international, à savoir que l'exercice des prérogatives de puissance publique doit avoir été requis par les circonstances. La théorie du fonctionnaire de fait en période de circonstances exceptionnelles se fonde sur l'idée de nécessité du fonctionnement des services publics.[424] Il en est de même en droit administratif camerounais. Les actes accomplis par des groupes d'auto-défense créées pour pallier les insuffisances des forces de l'ordre tombent entrent dans le cadre de la théorie du fonctionnaire de fait.[425]

La reconnaissance du caractère d'actes administratifs à des actes pris par des particuliers est strictement limitée aux circonstances exceptionnelles, c'est-à-dire à « la

---

421 André de LAUBADERE, Jean-Claude VENEZIA, Yves GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, tome 1, p. 672, §934

422 CE, Sec., 5 mars 1948, *Sieur Marion et autres et Commune de Saint Valéry-sur-Somme*, Rec. 1948 p. 113.

423 René CHAPUS, *Droit administratif général*, n°1278-2 ; Guy BRAIBANT, Pierre DELVOLVE, Bruno GENEVOIS, Marceau LONG, Prosper WEIL, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 17ème éd., 2009, 980 p., dans les commentaires sous l'arrêt Heyriès, n°33.

424 André de LAUBADERE, Jean-Claude VENEZIA, Yves GAUDEMET, *op. cit.*, p. 672, §934

425 Joseph OWONA, *Droit administratif spécial de la République du Cameroun*, EDICEF, Paris, p. 35. L'auteur cite un arrêt de la Cour Fédérale de Justice du 4 novembre 1965. L'arrêt se réfère toutefois à l'autorisation tacite du maire et du préfet compétents à la constitution de ces groupes.

survenance brutale d'événements graves et imprévus »[426] au moment de la prise de l'acte litigieux. L'acte doit avoir été pris dans un but d'intérêt général. En outre, l'autorité administrative doit être dans l'impossibilité d'agir légalement.[427]

En droit administratif suisse, les actes du fonctionnaire de fait sont valables à l'égard des administrés de bonne foi. Il peut prétendre à une indemnité de l'Etat, en vertu de règles générales s'inspirant des dispositions sur la gestion d'affaires, « lorsqu'il remplit, dans des circonstances exceptionnelles, un emploi vacant dont l'intérêt général exige l'exercice et qu'il est impossible de repourvoir normalement. »[428] L'action du fonctionnaire de fait doit avoir lieu dans des circonstances exceptionnelles empêchant le fonctionnement normal de l'administration. Enfin, l'exercice de ces missions doit être exigé par l'intérêt général.

Les actes des fonctionnaires de fait sont également reconnus valides en droit administratif belge « lorsqu'un particulier se substitue au fonctionnaire défaillant pour assurer, dans des circonstances exceptionnelles, la continuité d'un service »[429]. La défaillance des autorités administratives doit rendre nécessaire l'action spontanée de particuliers. La Cour de cassation de Belgique a jugé que la nomination d'administrateurs communaux provisoires par des officiers de l'armée secrète, durant la Libération, était justifiée par « l'absolue nécessité » de pourvoir à la gestion des intérêts de la commune.[430]

En droit administratif français, les actes pris par les autorités de fait seront considérés comme des actes administratifs s'ils étaient nécessaires. Ils seront attribués à la personne morale de droit public concernée. L'imputabilité se trouve sur un plan différent que celui de la légalité de l'acte en cause. De même, Le droit international appréhende ce comportement quel que soit son caractère. Le critère essentiel est celui qu'il soit requis par les circonstances. L'intérêt de cette disposition est que si le comportement est contraire au droit international, il n'en sera pas moins assimilé à un fait de l'Etat.

---

426 *GAJA*, 16ème éd., p. 198

427 *Ibid.* pp. 198-199

428 André GRISEL, *Droit administratif suisse*, Ides et Calendes, Neuchâtel, 1970, p. 237

429 André MAST, *Précis de droit administratif belge*, E. Story-Scientia, Bruxelles-Gand,1966, p. 42

430 *Ibid.*

B) L'exercice de prérogatives de puissance publique par des particuliers dans la jurisprudence internationale et les travaux de la Commission du droit international

La question de l'imputabilité d'actes de particuliers exerçant des prérogatives de puissance publique a été abordée par le tribunal irano-américain des réclamations (1), et traitée par la Commission du droit international (2).

1. La jurisprudence internationale: l'affaire *Yeager* du tribunal irano-américain des réclamations.

Le Tribunal irano-américain des réclamations, dans l'affaire *Yeager c. Iran*, du 2 novembre 1987[431], s'est penché sur une hypothèse de fonctionnaires de fait. Le tribunal n'a pas précisé le fondement précis, bien qu'il se soit par ailleurs expressément référé au projet d'articles de la CDI, considéré comme « *the most recent and authoritative statement of current international law in this area* »[432] , mais ce cas illustre davantage une application de la règle de l'article 9 que de l'article 8.

Le requérant, Kenneth Yeager, était employé en Iran par une compagnie américaine. Il se plaint de son expulsion d'Iran par des « gardes révolutionnaires » qui l'auraient forcé à quitter son appartement. Ces gardes, partisans de la révolution islamiste organisés en comités locaux (*Komitehs*) ont assuré la sécurité et le maintien de l'ordre durant les troubles révolutionnaires. Le Tribunal indique que ces *Komitehs* étaient généralement loyaux envers l'Ayatollah Khomeini. Ils ont été intégrés à la structure étatique peu après la victoire de la révolution sous le nom de Gardiens de la Révolution (« *Revolutionary Guards* »)[433]. Ils n'étaient cependant pas officiellement reconnus comme des organes de l'Etat durant la période considérée. Bien que le tribunal n'ait pas examiné ce fondement, il est possible de se demander s'ils peuvent encore être considérés comme des organes d'un mouvement insurrectionnel victorieux au sens de l'article 10; les faits se sont déroulés à partir du 13 février, alors que le gouvernement islamique a été proclamé le 11. Le Tribunal juge qu'il

431 ILR 82, p. 178

432 p. ex dans la sentence Rankin §141, ILR 82 p. 213.

433 ILR p. 192 §39-40

existe une présomption qu'à partir du 11 février, les « Gardes » agissaient de fait pour le compte du nouveau gouvernement, ou du moins exerçaient des éléments de l'autorité publique en l'absence des autorités officielles, qui n'y ont pas présenté d'objection[434]. En outre, les Gardiens de la Révolution remplissaient, à l'aéroport, des fonctions de douane, d'immigration et de sécurité. Le Tribunal fait peser la charge de la preuve sur le défendeur, en ce qui concerne ces circonstances précises. Il ajoute que le nouveau gouvernement soutenait l'action de ces groupes (« *the new government (...) stood behind them* »). Il en conclut que les gardes agissaient pour l'Iran (« *the revolutionnary "Komitehs" or "Guards" involved in this Case were acting "for" Iran* »)[435]. Le tribunal arrive à cette conclusion sans préciser le fondement de l'attribution de ces actes à l'Iran; il cite les deux hypothèses de l'article 8 et de l'article 9 (ancien article 8b). Il semble qu'il se base sur l'hypothèse d'un groupe remplissant des prérogatives de puissance publique dans une situation de chaos révolutionnaire, alors que le nouveau gouvernement venait de prendre le pouvoir et n'avait pas encore pu mettre en place des forces de l'ordre officielles. En effet, à aucun moment le tribunal ne cherche à déterminer si les gardes venus interpeller M. Yeager avaient reçu des instructions en ce sens de la part des autorités, ou agissaient sous leur contrôle. Le tribunal rappelle plus loin que le gouvernement issu de la révolution a toléré les activités des gardes.[436] Le tribunal semble tenir compte de l'absence de contestation de la part du gouvernement, mais l'approbation, implicite ou non, n'est pas une condition d'application de l'article 9. Par ailleurs, une objection expresse du gouvernement serait sans doute sans effet sur l'imputabilité du comportement en cause.

Le tribunal considère qu'ils agissaient en tant qu'organes du nouveau gouvernement, ou du moins pour son compte; de fait, ils remplissaient des fonctions normalement dévolues à l'appareil d'Etat. Là encore, la seule absence de contrôle adéquat exercé par le gouvernement ne lui rend pas ce comportement attribuable. L'absence de contrôle serait susceptible d'engager la responsabilité de l'Etat du fait de ses propres organes pour manque de *due diligence*.

---

434 *Ibid.* §43

435 ILR p. 194, §44

436 *Ibid.*, §43. Le tribunal relève que les Gardiens « exerçaient au moins des prérogatives de puissance publique en cas d'absence des autorités officielles, dans le cadre d'opérations dont le nouveau gouvernement devait avoir eu connaissance et auxquelles il n'avait pas expressément fait objection. »

2. Les travaux de la CDI

La doctrine admet largement l'imputabilité à l'État des actes des fonctionnaires de fait, « (e)n effet, en tant qu'entité permanente et souveraine, l'Etat ne peut pas s'affranchir totalement des conséquences d'actes accomplis en son nom par une simple autorité de fait. »[437] Selon cet auteur, le droit international se réfère à la théorie des autorités de fait, ainsi qu'à la gestion d'affaires et à la notion d'apparence.[438] Cependant, ces explications de la validité des actes étatiques accomplis par des particuliers ainsi que leurs conséquences en droit interne « n'ont de signification que dans le cadre national et sont sans rapport avec le problème de droit international »[439] examiné par la CDI.

Un exemple souvent cité par la CDI est l'institution de la levée en masse, prévue par le droit des conflits armés. Des personnes ne faisant pas partie de l'armée régulière prennent spontanément les armes face à une invasion étrangère, et exercent des fonctions publiques, à caractère militaire. L'article 2 du Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, annexé à la Convention IV de la Haye du 18 octobre 1907, leur accorde le statut de belligérants. Leur comportement engage l'Etat.

Dans son projet de codification du droit de la responsabilité des Etats, la CDI a pris en compte les situations dans lesquelles un individu ne faisant pas partie de l'appareil d'Etat, ne possédant aucune qualité officielle, exerce une fonction qui relève normalement d'un organe de l'Etat. Cette situation n'est d'abord pas différenciée de celle d'un particulier chargé d'exécuter une tâche déterminée pour le compte de l'Etat. On retrouve ici, dans les premiers rapports de Roberto Ago, cette imprécision qui était celle de la jurisprudence arbitrale. Il n'y a pas à ce stade de différence conceptuelle entre l'exercice spontané de prérogatives de puissance publique, ou plus largement d'une mission publique, et l'accomplissement d'un service en suivant les instructions de l'Etat. L'ensemble de ces hypothèses est classé sous la notion générale d'action pour le compte de l'Etat, de particuliers appelés à exercer en fait des fonctions de l'Etat. On retrouve cette imprécision dans la jurisprudence internationale, limitée en la matière. Dans l'affaire *Yeager*[440]. Le tribunal irano-américain semble, d'après les

437 Jean-Pierre QUÉNEUDEC, *op. cit.*, p.46

438 *Ibid.*

439 ACDI 1971, vol. II, 1ère partie, p. 277

440 *cf. supra, 1.*

circonstances de fait, estimer qu'il s'agit d'un cas d'exercice spontané de prérogatives de puissance publique (article 9), mais n'est pas très clair sur ce sujet. Il conclut simplement que les gardiens de la Révolution agissaient « pour » l'Iran.

Le projet présenté par le rapporteur spécial faisait en premier lieu référence à l'exercice de fonctions publiques. Le critère retenu par le droit international relève « du caractère public de la fonction ou de la mission dans l'exercice de laquelle l'action ou omission contraire au droit international a été commise », et non « du rattachement formel à l'organisation étatique de la personne ayant adopté les comportements en question. »[441] Comme l'observe Roberto Ago, le comportement d'un individu ayant la qualité d'organe de l'Etat ne lui est pas attribuable lorsqu'il a agi en tant que simple particulier, sans lien avec ses fonctions; parallèlement, le comportement d'un simple particulier qui exerce des fonctions à caractère public doit être attribuable à l'Etat. Dans les deux cas, le même critère régit l'imputabilité, ou la non-imputabilité, d'un comportement à l'Etat: la nature, publique ou privée, des fonctions exercées. Nous avons ici un des critères de rattachement d'un fait à l'Etat. Il n'existe aucun lien formel ni réel entre l'Etat et le particulier qui exerce des prérogatives de puissance publique.

La première version de cette disposition, alors l'article 8b, faisait référence à l'exercice de fonctions publiques par des particuliers. L'utilisation de cette notion a été critiquée, notamment du fait de son absence de définition en droit international et de la difficulté de traduction en anglais[442]. La définition des fonctions publiques varie d'un pays à l'autre. Cependant, la CDI a constaté que le droit interne de nombreux Etats juge que l'exercice de prérogatives de puissance publique par des particuliers dans cette hypothèse est légal, et que les actes pris à cette occasion lient l'Etat. Celui-ci devrait donc à plus forte raison en supporter les conséquences sur le plan international. La Commission s'empresse toutefois de préciser que ce comportement est imputable « même lorsque le droit interne de l'Etat ne considère pas de tels comportements comme attribuables à l'État. »[443] La valeur accordée au droit interne par la CDI n'est pas très claire et contradictoire. Il peut, en présence d'une pratique internationale réduite, montrer l'attachement des Etats à ce principe. Il ne peut fonder

441 Roberto AGO, ACDI 1971, vol. II, 1ère partie, p. 279

442 Interventions de MM. REUTER et HAMBRO, ACDI 1974 I, p. 36

443 ACDI 1974, vol. II, 1ère partie, p. 296

l'existence de cette règle de droit international, qui possède ses propres règles en matière d'imputabilité.

Le fondement de l'attribution à l'Etat du comportement de particuliers a souvent été peu précisément défini. Les tribunaux arbitraux concluaient à l'engagement de la responsabilité internationale de l'Etat pour l'action des particuliers agissant pour leur compte ou accomplissant des activités publiques, dans des cas cette solution était commandée tant par la logique du droit international que par l'équité. Il s'agit avant tout d'éviter que les Etats puissent échapper à leur responsabilité internationale en déléguant des actes violant le droit international à des particuliers.

Les hypothèses « où des personnes physiques ou morales privées, tout en restant nettement telles, se voient confier par les pouvoirs publics l'exercice d'un service ou l'accomplissement d'une tâche déterminée »[444] sont traitées par Roberto Ago dans la même rubrique que celles des particuliers exerçant en fait des fonctions publiques. Le droit international se fonde précisément sur le caractère public de la fonction ou de la mission exercée, et non sur le rattachement formel de la personne auteur du comportement à l'Etat.[445] Ainsi qu'il sera mis en valeur plus loin, la deuxième hypothèse se fonde particulièrement sur le lien matériel entre l'appareil d'Etat et les personnes dont les actes sont mis en cause. On aboutit ainsi à trois hypothèses principales de rattachement d'un comportement à l'Etat, que son auteur possède une qualité officielle (lien formel), que l'acte en cause ait été accompli dans le cadre d'une mission de caractère public (caractère public de la fonction exercée), ou que le particulier ait agi après avoir reçu des instructions de l'Etat (lien matériel).[446] Néanmoins, le caractère public de l'acte détermine dans une grande mesure son imputabilité. L'acte accompli à titre privé par un fonctionnaire, en-dehors du cas de militaires lors d'un conflit armé, n'est pas imputable à l'Etat, alors que des actes de particuliers ayant un caractère public, accomplis spontanément ou non, lui sont attribuables.

La question de l'imputabilité du comportement de personnes qui se sont vues confier une mission par l'Etat sera traitée à partir du paragraphe suivant, qui porte principalement sur l'apparition et le traitement de cette base d'imputation dans la jurisprudence et la pratique

444 ACDI 1971, vol. II, 1ère partie, p. 278

445 *Ibid.*, p. 279

446 *Cf. infra*

internationales. La notion d' « action pour le compte » est très générale, et englobe différentes hypothèses qui seront détaillées.

§2 La notion d'action « pour le compte » de l'État.

La problématique de l'imputabilité à l'État d'actes de personnes ne faisant pas formellement partie de son organisation, mais agissant pour son compte, concerne également des cas différents de celui du fonctionnaire de fait examiné précédemment. Outre l'exercice de fonctions publiques, est également considéré comme un fait de l'État « le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes qui (...) agissent en fait pour le compte de l'État. »[447]

Ce paragraphe porte sur l'application de cette notion dans différentes hypothèses, mais qui concernent toutes des personnes physiques ou morales d'une certaine façon liées, voire relativement intégrées à l'appareil d'État, mais sans en faire formellement partie.

La jurisprudence arbitrale et la pratique étatique évoquées dans les deux premières subdivisions ont servi de base aux rapports de Roberto Ago qui a tenté de formaliser des critères permettant de définir la notion de « faits accomplis pour le compte de l'État ». Cependant, les critères restent vagues. Ils ne seront précisés que suite à aux arrêts rendus par la Cour internationale de Justice dans les affaires des *Otages américains à Téhéran* et surtout du *Nicaragua*. L'action « pour le compte » de l'État, trop imprécise, a été progressivement remplacée, dans la jurisprudence internationale et par la CDI, par la notion d'organe *de facto* ainsi que par la formalisation des critères précisant les conditions de l'attribution d'actes de personnes privées à l'État. Par ailleurs, ces derniers sont apparus suite à des affaires d'une ampleur très importante (affaires du *Nicaragua* et affaires faisant suite aux conflits en ex-Yougoslavie).[448]

La jurisprudence arbitrale (A) et la pratique étatique (B) fournissent des exemples du traitement de la question de l'imputabilité à l'État du comportement de personnes agissant

447 D'après la formulation retenue par R. AGO, ACDI 1971, vol. II, 1ère partie

448 Ce point est développé plus bas.

pour son compte. La question s'est également posée dans le cas d'entreprises publiques ou contrôlées par l'État (C).

A) La jurisprudence arbitrale ancienne.

L'affaire *Earnshaw and others*, ou *Zafiro*[449], concerne un cas de pillage et la destruction de propriétés privées de ressortissants britanniques aux Philippines pendant la guerre hispano-américaine. Des propriétés privées, vidées de leurs occupants ayant fui les combats, ont été pillées et détruites par l'équipage d'un navire commercial américain servant de navire de ravitaillement des forces navales des Etats-Unis. Le tribunal arbitral devait déterminer si le comportement de l'équipage du *Zafiro* pouvait être attribué aux États-Unis. Ce navire, formellement privé, servait au ravitaillement des troupes américaines, et était placé sous le contrôle d'un officier de la marine des États-Unis par les amiraux commandant les forces navales américaines. Cet officier était considéré par ces derniers comme étant *« in command »*. Il exerçait son contrôle sur tous les mouvements du navire et donnait tous les ordres le concernant. Le capitaine civil devait se contenter de suivre ses instructions.[450] Le *Zafiro* était clairement soumis au commandement de l'état-major américain par l'intermédiaire de l'officier placé à son bord. Le pillage a été commis par l'équipage alors que le navire était à quai. Le tribunal arbitral applique ensuite le droit régissant les actes commis par des soldats ou des marins, en distinguant selon qu'ils étaient sous le contrôle d'un officier ou non. Il estime qu'il n'y avait pas de contrôle effectif sur les membres de l'équipage auteurs des pillages : les officiers ont fait preuve de négligence en laissant la moitié de l'équipage se rendre à terre seul, dans une ville abandonnée par ses autorités. Si des officiers avaient été présents, la responsabilité des États-Unis aurait été claire. Mais laisser l'équipage se rendre à terre sans officiers revient dans ces circonstances au même.

Le *Zafiro* est assimilé à un navire de la marine des États-Unis, et la question de l'étendue de leur responsabilité a été traitée en considérant qu'il s'agissait d'un navire officiel,

449 30 novembre 1925, *D. Earnshaw and others (Zafiro case)*, Great Britain v. United States, R.S.A. vol VI p. 160s

450 p. 161

et non, comme ils le prétendaient, d'un simple navire marchand. Le tribunal arbitral s'est fondé sur la fonction du navire, qui avait pour mission de ravitailler les navires de guerre américains, et la présence à son bord d'un officier de la marine des États-Unis chargé de le commander. Il semble qu'ici le tribunal se soit autant fondé sur le critère de la nature publique de l'activité du *Zafiro* que sur les instructions et le contrôle exercé par l'Etat pour juger que le navire agissait pour le compte des États-Unis. La considération que le comportement fautif d'un agent de l'Etat était la cause des dommages commis a également pu peser dans la décision du tribunal ; la sentence ne renferme cependant pas d'indication précise sur ce point.[451]

Une autre sentence, rendue deux ans plus tard par la Commission des réclamations États-Unis/Mexique dans l'affaire *Stephens*[452], concerne l'imputabilité à l'État de faits commis par des membres de forces armées auxiliaires mexicaines. Edward C. Stephens, ressortissant des États-Unis résidant au Mexique, a été tué par un membre de « gardes mexicains ou forces auxiliaires », semble-t-il par erreur. L'auteur du tir mortel, un certain Valenzuela, a été appréhendé, puis rapidement relâché par l'officier de l'armée responsable de ces « auxiliaires ». Ni l'auteur du coup de feu ni l'officier qui l'a libéré n'ont été punis par les juridictions mexicaines. Le statut de ces forces irrégulières n'était pas clair. Les forces armées régulières avaient quitté l'Etat du Chihuahua, où les faits s'étaient déroulés, pour réprimer une insurrection. Une sorte de garde informelle a été mise en place dans le but de maintenir l'ordre et, le cas échéant, de combattre la rébellion en question. La Commission se borne à constater que « *it is difficult to determine with precision the status of these guards as an irregular auxiliary of the army, the more so as they lacked both uniforms and insignia; but at any rate they were "acting for" Mexico or for its political subdivisions* ».[453] Les actes du garde sont en conséquence imputables au Mexique.

Il semble que les gardes en question étaient des particuliers agissant pour le compte du Mexique. La sentence les considère comme des agents *de facto* de cet Etat. Cependant, la sentence reste assez vague sur ce point. Il semble que ces gardes n'ont pas été créés par une décision des autorités mexicaines, et ne peuvent donc être considérés comme des organes *de*

[451] A ce sujet, v. Tal BECKER, *op. cit.*, p. 309

[452] Commission générale des réclamations (Mexique/États-Unis), *Charles S. Stephens and Bowman Stephens (U.S.A.) v. United Mexican States*, 15 juillet 1927, R.S.A. IV, p. 265

[453] *Ibid*., p. 267

jure, mais qu'ils sont apparus de manière informelle et spontanée. Ce sont des particuliers exerçant spontanément des prérogatives de puissance publique, mais les autorités officielles ne sont pas complètement absentes. En tant qu'auxiliaires de l'armée, ils se trouvent sous le contrôle de celle-ci. Ils étaient placés sous la responsabilité d'un officier de l'armée. En outre, la Commission a jugé que, compte tenu des conditions existant au Chihuahua à ce moment-là, Valenzuela devait être assimilé à un soldat. Les auxiliaires sont des agents *de facto* de l'État qui engagent la responsabilité internationale du Mexique. La commission arrive à cette conclusion en prenant en compte divers éléments, en particulier la mission de maintien de l'ordre assurée par ces personnes, et donc l'exercice de prérogatives de puissance publique, ainsi que leur statut de forces armées auxiliaires.

Ces deux affaires, souvent citées comme exemples de l'imputabilité du comportement de personnes agissant en fait pour le compte de l'Etat, notamment par la Commission du droit international à l'appui des hypothèses de l'article 8a, puis 8, sont en réalité peu claires quant à leur fondement. Elles mettent en évidence l'utilisation d'un faisceau d'indices, comportant deux éléments principaux. En premier lieu, la nature de la mission accomplie par ces personnes, dans les deux cas des missions publiques, appartenant aux fonctions de la puissance publique, est déterminante. En second lieu, les juridictions arbitrales relèvent dans les deux affaires que les personnes auteurs des faits illicites se trouvaient sous le commandement, ou la responsabilité, d'agents *de jure* de l'Etat (l'officier de la marine de guerre placé à bord du *Zafiro* dans le premier cas, l'officier responsable des auxiliaires dans le second). La présence simultanée de ces deux éléments expliquent le traitement commun des deux hypothèses du fonctionnaire de fait par le premier rapport de Roberto Ago.

L'article 8 considérait dans un premier temps comme un fait de l'État le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes qui exercent en fait des fonctions publiques ou agissent en fait pour le compte de l'Etat. Les deux éléments sont souvent liés. Une personne chargée par un État d'accomplir une mission déterminée exercera en général, par la même occasion, des fonctions publiques. Certaines situations ne rentrent pas dans un cadre précis, mais il paraît clair que la personne en cause « agissait pour » l'État, comme il ressort de l'affaire *Stephens*. La milice dont le meurtrier était membre est apparue de façon largement spontanée, mais a ensuite été placée sous la supervision d'un officier de l'armée régulière. Elle avait la mission de maintenir l'ordre en l'absence des forces armées régulières, mais les autorités officielles étaient bien présentes et il semble qu'elles exerçaient un certain contrôle sur elle. Elle agissait clairement pour le compte de l'État.

L'expression d' « action pour le compte de l'État » est large et permet d'englober des hypothèses variées dans lesquelles le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes doivent engager l'État, mais qui ne rentrent pas dans le cadre strict de l'article 9, et où il peut être difficile d'établir un contrôle effectif ou des instructions ou directives au sens de l'article 8 et de son interprétation par la Cour internationale de Justice. Cela concerne les cas où les personnes commettent le fait illicite dans le cadre général de leur action pour le compte de l'État, sans que l'acte illicite ait été en lui-même commandité par l'État.

L'usage de deux critères cumulatifs ressort de la jurisprudence arbitrale: l'exercice de missions publiques, une notion plus large que l'exercice de prérogatives de puissance publique, et ce que l'on pourrait définir comme une situation générale de subordination envers des organes *de jure* de l'État. Le principe de l'imputabilité à l'Etat des actes de particuliers agissant pour son compte n'est plus remis en cause, le point faisant l'objet de controverses étant celui de la définition concrète de cette notion, de la détermination d'un tel comportement.

D) Un exemple de pratique étatique : les enlèvements à l'étranger

Il existe une pratique internationale assez importante relative à des enlèvements opérés en territoire étranger par des personnes agissant sur ordre, ou tout au moins pour le compte, d'un État.

Le premier est celui de l'enlèvement de Cesare Rossi, opposant politique italien réfugié en Suisse. Il a été enlevé en 1928 par des personnes agissant à l'instigation de la police italienne. M. Rossi, résidant à Lugano, a été attiré par des agents du régime fasciste à Campione (Italie), où il a été arrêté par la police italienne. L'incident a été décrit comme un « exercice d'une action policière indirecte par intermédiaires salariés en territoire étranger »[454]. La Suisse s'est plainte de la violation de souveraineté dont elle avait été victime. L'Italie contestait les faits, mais non le principe de droit sur lequel se basait la Suisse,

[454] Charles ROUSSEAU, « L'aménagement des compétences en droit international », *RGDIP* 1930, p. 445

selon lequel la responsabilité de l'Italie aurait été engagée s'il avait été prouvé que les auteurs de l'enlèvement avaient agi pour le compte de celle-ci.[455]

Un cas similaire est celui concernant Berthold Jacob, journaliste et pacifiste allemand réfugié à Strasbourg. Il a été enlevé le 9 mars 1935, à Bâle par des personnes agissant sur ordre de la Gestapo qui l'emmenèrent à Weil am Rhein, en territoire allemand. D'après certaines sources, les auteurs de l'enlèvement auraient été des agents de la Gestapo, donc des agents de l'Etat. Dans cette hypothèse, leur comportement serait attribuable à l'Allemagne de ce fait. En tout état de cause, l'imputabilité de cet acte à l'Allemagne ne fait aucun doute. Si les auteurs de l'enlèvement n'étaient pas formellement des agents de l'Etat, ils ont agi sur les instructions d'agents de l'Etat. La Suisse a protesté face à cette violation de sa souveraineté constituée par l'enlèvement « réalisé avec le concours des autorités allemandes ». Un compromis d'arbitrage a été signé entre les deux Etats. Cependant, Berthold Jacob a été restitué aux autorités suisses par le gouvernement allemand avant le début de la procédure.

Dans l'affaire *Eichmann*, l'enlèvement a été opéré par un « groupe de volontaires » de nationalité israélienne. Le gouvernement argentin se plaignit de la violation de sa souveraineté par Israël, en affirmant que ceux-ci ont agi sur les instructions du gouvernement israélien. Par la suite le gouvernement israélien a exprimé ses regrets pour « le cas où le groupe de volontaires aurait (...) porté atteinte à la souveraineté argentine ». L'Argentine a soutenu qu'en tout état de cause l'État d'Israël s'était solidarisé avec les auteurs de l'enlèvement et avait endossé cet acte. On peut en effet considérer que les excuses présentées par Israël à l'Argentine, ainsi que les justifications apportées à l'enlèvement, équivalent à une ratification de l'enlèvement. Ce cas peut donc aussi être examiné au regard de l'endossement *a posteriori*.[456]

Un autre cas ayant donné lieu à une mise en cause de la responsabilité internationale d'un État pour un agissements de cette nature est l'affaire *Argoud*. Le colonel Argoud, un dirigeant de l'OAS, a été enlevé en Allemagne avant d'être « livré » à la police française.[457] Argoud a ensuite fait l'objet d'une procédure pénale. Cette affaire a provoqué des interrogations concernant l'identité des auteurs de l'enlèvement, agents des services secrets ou

[455] cf. ACDI 1971, II, 1ère partie, p. 280

[456] *Cf. supra*, Titre 1, chapitre 2, s. 2

[457] André COCATRE-ZILGIEN, *L'affaire Argoud : considérations sur les arrestations internationalement irrégulières*, Paris, Pedone, 1965, 71 p.

truands engagés pour l'occasion. La Cour de Sûreté de l'Etat s'est contenté d'observer qu'Argoud « a été enlevé par un certain nombre d'individus qui n'ont pas été identifiés », avant de conclure fort judicieusement « que ces circonstances de fait établissent que le retour d'Argoud en France n'a pas été volontaire. »[458] Il s'agirait en tout état de cause de personnes agissant pour le compte de la France.[459] La République fédérale d'Allemagne a soulevé la question de la responsabilité de la France dans cet enlèvement. Le litige a été réglé par un échange de lettres entre le président de la République française et le chancelier de la RFA qui n'a pas été rendu public. Bien que cette hypothèse n'ait pas été soulevée, la responsabilité de la France pouvait aussi être mise en cause sur le terrain de la ratification de l'acte par les autorités de l'État.

Dans tous ces cas, le statut des personnes ayant effectué l'acte litigieux n'est pas connu. On peut présumer leur appartenance à la police politique (affaire *Jacob*) ou aux services secrets de l'État (affaires *Eichmann* et *Argoud*); dans ces cas il s'agirait d'organes *de jure* de l'État et la question de l'imputation ne poserait aucune difficulté. Cependant des problèmes de preuve ainsi que le fait que les États ont parfois recours à des personnes ne faisant pas partie de leur appareil ont mené à invoquer l'imputabilité des actes de personnes agissant de fait pour le compte de l'État.

Les affaires *Eichmann* et *Argoud* sont des cas d'enlèvement sur le territoire d'un autre Etat effectués par des personnes n'appartenant pas formellement à l'appareil d'Etat, du moins *a priori*. En effet, les éléments de preuve matériels sont par nature difficiles à réunir dans des affaires de ce type, qui concernent les activités illégales des Etats à l'étranger. Ils cherchent la discrétion et ne tiennent généralement pas à ce que la lumière soit faite sur leurs agissements. C'est d'ailleurs précisément pour éviter que leurs activités illégales à l'étranger soient au cœur de l'attention internationale que les autorités allemandes ont remis Berthold Jacob aux autorités suisses après son enlèvement. Néanmoins, dans les quatre cas cités, il est admis que les auteurs des enlèvements ont agi sur l'instigation des services secrets, ou de la police, de leur pays. Ils étaient à ce moment des agents *de facto* de l'Etat, et ont engagé sa responsabilité internationale sur ce fondement. Cependant, comme il peut être difficile de prouver l'appartenance des auteurs de l'enlèvement aux services secrets, ou dans le cas contraire, qu'ils ont agi suivant des instructions d'organes de l'Etat, une autre base juridique de

[458] Cour de Sûreté de l'Etat, arrêt du 28 décembre 1963

[459] André COCATRE-ZILGIEN, *ibid.*, p 22-23

l'imputabilité de leurs actes à l'Etat peut être avancée. Les personnes enlevées ont été ultérieurement appréhendées, et parfois jugées, par les autorités de l'Etat, qui de ce fait entérine l'acte. Il est possible d'assimiler ce comportement de l'Etat à une ratification des actes des particuliers, au sens de la règle codifiée par la CDI à l'article 11 du projet d'articles. Cette ratification peut être expresse, comme l'endossement par le gouvernement israélien de l'action des « volontaires », ou résulter du comportement ultérieur de l'Etat, qui, loin de désavouer les auteurs de l'enlèvement, l'entérine en fait en arrêtant et jugeant la victime.

E) L'imputabilité du comportement de personnes morales de droit privé ou public à l'État

Comme l'observe le rapporteur spécial James Crawford, le fait que l'État soit à l'origine de la création d'une société n'est pas une base suffisante pour lui attribuer son comportement. Les sociétés publiques possèdent en droit interne une personnalité juridique distincte de l'État. Elles sont soumises au contrôle de l'État dans la mesure où elles lui appartiennent. Néanmoins, étant donné leur statut séparé, leur comportement « n'est pas *prima facie* attribuable à l'État, à moins qu'elles n'exercent des prérogatives de puissance publique au sens de l'article 5. »[460]

La question de l'imputabilité d'actes de sociétés à l'Etat a été traitée par différentes institutions, comme des organes de protection des droits de l'homme (1), mais notamment par le Tribunal irano-américain des réclamations (2) et des tribunaux arbitraux mis en place dans le cadre du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (3).

1. Les organes de protection des droits de l'homme.

Dans une affaire *Hertzberg et consorts c. Finlande*, du 2 avril 1982, le Comité des droits de l'homme des Nations Unies s'est penché sur la question de l'imputabilité du comportement d'une société publique à l'Etat. Cette question se situait dans le cadre de

460 James CRAWFORD, *op. cit.*, p. 133

l'examen de plaintes individuelles dirigées contre la Finlande alléguant la violation de l'article 19 al. 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Les plaignants prétendaient que la radio-télévision publique finlandaise avait censuré des émissions portant sur le thème de l'homosexualité en application de la disposition du Code pénal réprimant la « violation publique de la moralité sexuelle ».

Le Comité considère que les actes de la compagnie de radio-télévision publique finlandaise sont attribuables à l'État. Il se fonde sur la participation largement majoritaire de l'État au capital de la compagnie (90%) et sur le fait qu'elle est placée sous le « contrôle spécifique » du gouvernement[461] . En effet, sa seule qualité d'entreprise publique n'aurait pas suffit à attribuer les actes de la télévision publique à l'État. Un élément déterminant est le contrôle étatique sous lequel est placée la société.

2. La jurisprudence du Tribunal irano-américain des réclamations

Les trois chambres du Tribunal semblent avoir unanimement approuvé les règles du droit international relatives à l'attribution.[462] Nous avons déjà vu que c'était largement le cas en ce qui concerne d'autres bases d'imputabilité, malgré les critiques concernant l'interprétation et l'application concrète de ces règles.

Les accords d'Alger instituant le tribunal irano-américain des réclamations définissent leurs propres règles d'attribution.[463] Les États parties, dans le sens de ce document, sont formés du gouvernement de l'État, des subdivisions politiques, des « *agency*, *instrumentality or entity* » contrôlées par l'État et n'importe quelle subdivision politique de celles-ci.[464]

---

461 "(*T)he Human Rights Committee starts from the premise that the State party is responsible for actions of the Finnish Broadcasting Company (FBC), in which the State holds a dominant stake (90 per cent) and which is placed under specific government control*."§9.1, in ILR 70, p. 302

462 MOURI, Allahyar, *The international law of expropriation as reflected in the work of the Iran-U.S. Claims Tribunal*, Martinus Nijhoff Publishers, 1994. pp. 177s

463 Art. VII 3 et 4 de la Déclaration sur le règlement des différends (Alger, 19 janvier 1981)

464 Article VII

(...)

3. "Iran" means the Government of Iran, any political subdivision of Iran, and any agency, instrumentality, or entity controlled by the Government of Iran or any political subdivision thereof.

Les trois chambres du Tribunal ont jugé qu'aux fins de l'attribution, les organes ou agents de l'État doivent avoir agi dans leur capacité officielle, et dans les limites réelles ou apparentes de leurs fonctions.[465] Le tribunal a été largement influencé par les projets d'articles de la Commission du droit international. Dans le même sens, les arguments selon lesquels le terme « *government* » ne désignerait que l'exécutif: a été rejetée.[466] Ainsi, dans une affaire *Alfred Haber P.A. v. Islamic Republic of Iran*, le défendeur prétendait que le terme « gouvernement » figurant à l'article VII 3 et 4 de la Déclaration sur le règlement des différends visait exclusivement le pouvoir exécutif, et excluait les pouvoirs législatif et judiciaire. Le Tribunal a rejeté cet argument en jugeant que les parties à la Déclaration ont utilisé ce terme comme un synonyme d' « État », conformément à la pratique internationale.

Dans une affaire SEDCO[467], une réclamation avait été déposée par une compagnie exploitant des tours de forage en Iran, contre la Compagnie pétrolière nationale iranienne (la NIOC) et contre l'Iran. La réclamation concerne principalement l'expropriation alléguée de propriétés de la SEDCO ou de ses filiales. Le Tribunal a jugé que la NIOC était clairement une entité contrôlée par le gouvernement de l'Iran au sens de l'article VII, 3 et 4 de la Déclaration; il n'était donc pas nécessaire de déterminer si le gouvernement iranien avait lui-même procédé à l'expropriation.

La société Otis Elevator Company[468] se plaignait, quant à elle, du comportement d'un syndicat de travailleurs ayant exercé des menaces de violence sur la direction de la société. La société requérante prétendait que l'Iran était responsable de l'action de ce syndicat, car les ministères du Travail et du Commerce l'auraient activement encouragé. Le Tribunal a rejeté cet argument. Le fait que les ministères concernés aient été impliqués de manière générale dans les activités du syndicat ne suffit pas à rendre ses actes attribuables à l'Iran. Leur action doit porter spécifiquement sur les faits reprochés au syndicat. Ils doivent y avoir activement

4. The "United States" means the Government of the United States, any political subdivision of the United States, and any agency, instrumentality or entity controlled by the Government of the United States or any political subdivision thereof.

[465] MOURI, Allahyar, op. cit., pp 179-182

[466] *Ibid.*

[467] *SEDCO, Inc v. National Iranian Oil Co.*, 2 July 1987, ILR 84, p. 483

[468] *Otis Elevator Company v. The Islamic Republic of Iran et al.*, 14 Iran-USCTR, 283

participé ou les avoir encouragés.[469] Ce dernier critère est moins exigeant que celui des instructions ou directives généralement accepté.

3. L'imputabilité d'actes d'entités non-étatiques (sociétés contrôlées par l'Etat) dans la jurisprudence de tribunaux arbitraux dans le cadre du CIRDI[470]

Des tribunaux arbitraux institués dans le cadre du Centre international pour le règlement des différends liés à l'investissement ont eu à juger de l'imputabilité d'actes de personnes ou d'entités n'appartenant pas formellement à l'appareil d'Etat, notamment dans le cadre du contentieux de l'expropriation.

Dans ce cadre, l'imputation des actes de sociétés possédées par l'Etat à une importance sur le plan procédural – la compétence du Centre en dépend[471] – ainsi, évidemment, que sur le plan substantiel, pour déterminer la responsabilité de l'Etat pour le comportement reproché à la société.[472]

Dans l'affaire *AMCO c. Indonésie*[473], la société *AMCO* avait conclut un contrat portant sur la construction d'un hôtel à Djakarta avec la société *PT Wisma*. Elle a par la suite été victime de confiscation de la part de cette dernière. Elle alléguait que ces actes étaient attribuables à l'Etat indonésien, du fait des liens étroits entre celui-ci et celle-là. Le tribunal arbitral considère cependant que les actes de la société *PT Wisma*, malgré les liens étroits qu'elle entretient avec l'armée indonésienne par l'intermédiaire d'*Inkopad* (société coopérative établie au profit du personnel militaire et opérant sous la direction des autorités militaires, qui possède l'ensemble des parts de la société *PT Wisma*), ne peuvent être attribués

[469] "*(f)or the Claimant to be successful on this point it would need to prove not only the involvement of the respective Ministries in the workers' syndicate but also, more specifically, that the Ministries encouraged and/or participated in an unauthorized dissipation of Iran Elevator's funds.*"

[470] Emmanuel GAILLARD, *La jurisprudence du CIRDI*, Pedone, Paris, 2004.

[471] Le CIRDI n'est compétent que pour les litiges entre un Etat partie et une société possédant la nationalité d'un autre Etat partie.

[472] V. à ce sujet Michael FEIT, "Responsibility of the State under International Law for the Breach of Contract Committed by a State-owned Entity", *Berkeley Journal of International Law*, vol. 28-1, 2010, p. 144

[473] Sentence CIRDI, *AMCO c. Indonésie*, 20 novembre 1984, ILR p. 454s

pour cette seule raison à l'Etat indonésien.[474] Le tribunal arbitral rappelle le rôle important joué par l'armée dans la vie économique. *PT Wisma* demeure malgré cela une entité économique qui poursuit un objectif autonome; « *nor are the acts of PT Wisma in any way attributable to the Government of Indonesia* »[475]. *PT Wisma* est une société à responsabilité limitée, et les actes de sociétés privées ne sont en principe pas attribuables à leurs actionnaires. Le tribunal constate cependant l'assistance apportée par les forces armées indonésiennes à *PT Wisma* dans sa prise de contrôle des biens de la société requérante. Cette assistance est une violation évidente de l'obligation étatique de protéger les ressortissants étrangers et leurs biens contre des actions illégales; *« if such acts are committed with the active assistance of state-organs a breach of international law occurs* ».[476] Le tribunal se réfère au Projet d'articles de la CDI. L'Etat est ici responsable de l'action et de l'omission de ses organes *de jure*. Cette décision reste néanmoins surprenante, dans la mesure ou la société PT Wisma appartenait aux forces armées, de manière indirecte certes, mais elle devait être soumise, si ce n'est à un contrôle aussi strict que celui exigé par la jurisprudence de la CIJ, au moins aux instructions ou directives que celles-ci pouvaient donner par l'intermédiaire de leur coopérative qui possédait la majorité des parts de ladite société.

Dans l'affaire *Tradex Hellas c. Albanie*[477], la société requérante prétendait que des champs qu'elle possédait en Albanie ont été envahis et occupés par des citoyens de ce pays, qui ont bénéficié de l'inaction des autorités. La société requérante prétendait de ce fait avoir été victime de mesures d'expropriation rampante, imputables à l'Etat d'accueil de l'investissement.

Le tribunal rappelle la définition de l'expropriation, en se fondant sur la jurisprudence de la Cour internationale de Justice et du tribunal irano-américain des réclamations[478]: la confiscation des biens, et l'imputabilité de la confiscation à l'Etat. La différence de l'expropriation avec l'obligation de l'Etat d'accueil de protéger l'investissement est précisée: dans ce dernier cas, c'est l'inaction de l'Etat qui est fautive, nul besoin d'établir l'imputabilité des actes ayant porté tort à l'investisseur.

[474] *Ibid.* §162

[475] *Ibid.* §163

[476] *Ibid.* §172

[477] Sentence du 29 avril 1999, in Emmanuel Gaillard, *op. cit.*, p. 507

[478] Sentence, §200, p. 520

L'imputabilité de l'invasion des terrains de Tradex Hellas n'a pas été établie: en effet, il n'y a aucune preuve que l'invasion a été autorisée ou encouragée par les autorités albanaises. Par ailleurs, un simple encouragement par les autorités publiques n'aurait pas constitué « une base suffisante pour attribuer une telle occupation à l'État d'Albanie ».[479]

L'affaire *Maffezini* trouve son origine dans un litige opposant un ressortissant argentin à une société espagnole, la SODIGA, dans laquelle des organismes publics détenaient des participations. Le plaignant prétendait que les actes de cette société étaient imputables à l'Espagne, alors que cette dernière affirmait que la SODIGA était une société privée. Pour établir sa compétence, le tribunal devait, dans un premier temps, déterminer si cette société était une entité étatique, avant de se pencher sur l'imputabilité de l'acte litigieux à l'Espagne.[480] En l'absence de règles spécifiques dans la Convention ou dans le traité bilatéral d'investissement entre l'Argentine et l'Espagne, le tribunal se tourne vers les règles du droit international général, et en particulier au droit de la responsabilité internationale. Le tribunal s'est expressément référé au projet de la CDI.

La qualification de l'organe d'après le droit interne n'est pas décisif, car, comme le rappelle le tribunal, « *[w]hether an entity is to be regarded as an organ of the State and wheher this might ultimately engage its responsibility, is a question of fact and law to be determined under the applicable principles of international law.* »[481]

D'un point de vue formel, le tribunal déduit une présomption simple que la société est une entité étatique du fait qu'elle est directement ou indirectement propriété de l'Etat, qu'elle est directement ou indirectement contrôlée par l'Etat, ou qu'elle est chargée de remplir des fonctions de nature étatique.[482] Deux critères sont développés. Le premier, un critère structurel, portant sur la propriété, publique ou privée, de la société, peut se révéler insuffisant pour déterminer si une entité est un organe de l'Etat ou si ses actes peuvent lui être attribués.

---

479 *Ibid.*, §165, p. 518

480 Comme le souligne Mathias FORTEAU, « constater que c'est un « Etat » qui est juridiquement « partie » à la procédure (…) n'implique pas nécessairement que l'acte reproché devra lui être attribué au plan du fond. Il y a là deux questions distinctes, même si l'une et l'autre impliquent de rechercher la « main » de l'Etat derrière les faits qui ont été commis. » « L'Etat selon le droit international : une figure à géométrie variable ? », *RGDIP* 2007, p. 737

481 Sentence CIRDI, *Maffezini c. Espagne*, 25 janvier 2000, ILM n°40, 2001, p. 1142

482 *Ibid.*, p. 1141

C'est pourquoi le tribunal a également eu recours à un critère fonctionnel, qui porte sur le rôle et les fonctions de l'entité. Le tribunal ne se prononce pas sur le caractère cumulatif ou indépendant de ces conditions.

Le tribunal relève que la société a été fondée par un décret gouvernemental et qu'une agence étatique doit en détenir au moins 51% du capital. Au moment des faits de l'espèce, la propriété publique était de 88% du fait de participation de la Communauté autonome de Galice et d'autres entités publiques. A ces éléments structurels s'ajoutent des arguments tirés du critère « fonctionnel » : la SODIGA a été créée pour accomplir des fonctions officielles dans le domaine du développement régional ; sa création a été approuvée par le conseil des ministres espagnol qui avait l'intention de l'utiliser pour des fonctions étatiques.[483] De nombreuses missions de la SODIGA sont de nature officielle, et ne sont pas habituellement accomplies par des entités privées. Le tribunal se réfère expressément à l'article 7 §2, actuellement article 5, portant sur l'imputabilité des actes d'entités habilitées à exercer des prérogatives de puissance publique.

Le tribunal conclut de la réunion de ces deux critères que la SODIGA était une entité étatique qui agit pour le compte de l'Espagne. Le tribunal précise toutefois que les actes de caractère commercial, et non officiel, ne seront pas imputables à l'Etat. En effet, l'article 5 précise que sont attribuables les actes d'entités habilitées à exercer des prérogatives de puissance publique, pour autant que, en l'espèce, cette personne ou entité agisse en cette qualité.

Le tribunal a, dans cette affaire, s'est fondé sur un faisceau d'indices : la propriété publique, le mode de création et surtout la nature des fonctions attribuées à la société pour déterminer que cette société était une entité étatique. Les principaux éléments utilisés par le tribunal sont le contrôle exercé par l'Etat du fait du mode de création de la société et de la participation publique largement majoritaire, ainsi que les missions confiées. Le tribunal a appliqué le droit coutumier de l'imputabilité ; la SODIGA était un instrument de l'Etat, sans véritable autonomie envers lui. Le tribunal, pour arriver à cette conclusion, ne s'est pas fondé sur un seul élément, mais sur des arguments se référant à différentes bases d'imputation. On retrouve principalement des arguments tenant aux fonctions exercées par la société (article 5,

[483] *Ibid.*, p. 1143

attribution à l'Etat du comportement d'une personne ou entité exerçant des prérogatives de puissance publique) et au contrôle exercé par l'Etat (article 8).

Dans une affaire opposant des sociétés italiennes au Maroc, le tribunal s'est penché sur la question de savoir si la Société nationale des autoroutes du Maroc (ADM) était une émanation de l'État.[484] Il s'est fondé expressément sur le raisonnement adopté dans l'affaire *Maffezini*, et a confirmé le recours aux règles du droit international sur la responsabilité des États.[485] Le Maroc prétendait que les actes en cause avaient été commis par la société ADM. Cette société possédant une personnalité morale distincte de celle de l'État, celui-ci ne saurait répondre de ses actes.

La société ADM est une société de droit privé détenue à hauteur d'au moins 89% par le Royaume du Maroc à travers le Trésor et d'autres entités de droit public. La participation nettement majoritaire de l'État a pour conséquence sa représentation dans les mêmes proportions au sein de l'Assemblée générale et du Conseil d'administration. En outre, le président de la société doit, selon le statut, être le ministre de l'Équipement. Pour le tribunal, « la participation majoritaire de l'État du Maroc au Conseil d'Administration de la société se traduit par un contrôle effectif de cette dernière ».[486]

Ici, la propriété publique, mais aussi la présence d'agents *de jure* de l'État à la tête de la société, sont les éléments décisifs pour conclure au contrôle effectif de la société par l'État; ADM est une entité contrôlée et dirigée par l'État marocain. Le tribunal utilise la notion de « contrôle effectif ». Par ailleurs, ADM a pour fonction de réaliser des « tâches de nature étatique ».[487] Elle agit « au nom du Royaume du Maroc. » La méthode adoptée par le tribunal arbitral « est inspirée de celle qui est habituellement suivie en droit international pour déterminer la responsabilité de l'État du fait des agissements des entités qui lui sont rattachées ».[488]

Un tribunal arbitral formé dans le cadre du CIRDI s'est également fondé sur le projet d'articles de la CDI pour se prononcer sur l'imputabilité au Pakistan d'actes de la *National*

484 Sentence *Salini c. Maroc*, 23 juillet 2001, in. Emmanuel GAILLARD, *op. cit.*, p. 621s

485 *Ibid.*, p. 628

486 *Ibid.*, p. 629

487 *Ibid.*

488 *Ibid.*, p. 645

Highway Authority (NHA)[489], entité de droit public contrôlée par l'Etat pakistanais mais possédant une personnalité morale distincte, qu'un litige opposait à une société turque. Le tribunal s'est plus précisément référé aux articles 4, 5 et 8 qui « reflètent » le droit international en matière d'imputation.[490] Ces trois bases d'imputation sont, par ailleurs, examinées dans cet ordre : en premier lieu, si la NHA est un organe du Pakistan, si elle est une entité exerçant des prérogatives de puissance publique, puis si elle a agi sous la « direction ou le contrôle » de l'Etat.

La première hypothèse est rejetée du fait de la personnalité juridique distincte de la société NHA. L'imputabilité des actes de NHA au Pakistan sur le fondement de la règle codifiée dans l'article 5 est rejetée au motif que, si NHA est effectivement habilitée à exercer des prérogatives de puissance publique, elle n'en avait pas fait usage en l'espèce. En revanche, les actes litigieux ont été attribués au Pakistan sur le fondement de l'article 8. Ces actes étaient la « conséquence directe » de la décision de résilier le contrat entre NHA et la société plaignante, décision qui a été prise avec l'autorisation expresse du gouvernement pakistanais.[491] L'attribution est justifiée par le fait que le comportement litigieux a été, en fait, autorisé par l'Etat. Cette sentence illustre le commentaire de l'article 8 du projet d'articles de la CDI, qui évoque « [l]'attribution à l'État d'un comportement qu'il a en fait autorisé ».

La référence faite au projet d'articles de la CDI par les tribunaux arbitraux, dans le cadre de leur application du droit de la responsabilité internationale, est un élément montrant l'unité de vues de la matière, parfois traversée par des divergences.

s.2. L'évolution de la notion de personnes agissant « en fait pour le compte de l'Etat »

La notion de « personnes agissant en fait pour le compte de l'Etat » a évolué, jusqu'à laisser apparaître progressivement une distinction entre l'organe *de facto* d'une part, et l'action de particuliers sous les instructions, les directives ou le contrôle de l'Etat d'autre part.

[489] Tribunal arbitral (CIRDI), 26 août 2009, *Bayindir Insaat Turizm Ticaret VE Sanay A.S. c. République Islamique du Pakistan, www.worldbank.org/icsid*

[490] *Ibid.*, §113

[491] *Ibid.*, §125

L'organe *de facto* entre dans le cadre de l'article 4, concernant l'imputabilité des actes des organes de l'Etat. Il est relatif au rôle subsidiaire adopté par le droit international quand le droit interne ne fournit pas de classification adéquate de l'appareil d'Etat, ni ne confère la qualité d'organe à une personne ou une entité qui agit en fait comme un organe dans l'appareil de l'Etat. Cette base d'imputabilité est cependant traitée dans ce chapitre, car elle montre un lien étroit avec la question de l'attribution d'actes de personnes privées agissant sous le contrôle de l'Etat ou en suivant ses instructions, au point que les deux ont souvent été confondues, et le sont encore parfois.[492]

§1. Organe *de facto* et personne agissant pour le compte de l'Etat devant la CIJ et la CDI

La notion d'action pour le compte de l'État, en ce qu'elle ne donne aucun critère concret permettant d'appréhender la notion, est par trop imprécise. Le projet d'articles en première lecture (1996) comportait un article 8a) qui disposait qu'est attribuable à l'État le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes agissant en fait pour son compte.

La version finale se réfère à des notions plus précises, telles que les instructions ou directives et le contrôle. En effet, 'comme le Rapporteur spécial l'a signalé, la première formulation était plutôt vague dans le contexte de l'attribution à l'État. »[493] Toutefois, ces critères sont apparus en premier lieu dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice. Celle-ci sera étudiée dans un premier temps (A) avant son influence sur les débats de la Commission du droit international (B).

[492] La question de la distinction théorique entre les deux hypothèses sera cependant traitée dans le chapitre 2 de ce titre.

[493] ACDI 1998, volume 1, p. 306, §79

A) La jurisprudence originelle de la CIJ : les affaires des *Otages* et *Nicaragua*.

1. L'affaire des Otages américains à Téhéran.

Dans cette affaire, la Cour devait déterminer si l'attaque de l'ambassade des Etats-Unis et la prise en otage de son personnel par des militants révolutionnaires étaient imputables à l'Iran. Il est admis qu'ils ne possédaient pas de qualité officielle, ils n'avaient pas le statut d'organe *de jure* de l'Iran.

Leur comportement ne pourrait être directement imputable à cet Etat que « s'il était avéré que les militants agissaient alors effectivement pour son compte ». La Cour précise cette notion d' « action pour le compte » de l'Etat. Un groupe de personnes n'ayant pas le statut d'organes de l'Etat ne peut être considéré comme agissant pour son compte que si un organe compétent de l'Etat les a « chargés d'une opération déterminée. »[494]

La Cour, dans son explication de la notion d'action « pour le compte » de l'Etat, utilisée par la jurisprudence arbitrale et retenue par les premiers rapports de la CDI sur la responsabilité des Etats, introduit l'idée d'instructions. Des actes de particuliers ne sont attribuables à l'Etat que s'ils ont agi en suivant ses instructions, qui doivent porter sur une action spécifique.

En l'espèce, la Cour a jugé que la phase initiale de la prise d'otages (avant sa ratification par les autorités iraniennes, cf. *supra*, Titre 1, ch. 2) ne pouvait être attribuée à l'Iran sur ce fondement. Les déclarations hostiles aux Etats-Unis faites par l'ayatollah Khomeini n'avaient pas le caractère d'instructions précises, même si un porte-parole des militants a affirmé avoir suivi une déclaration dans laquelle l'ayatollah Khomeini appelait les étudiants à « multiplier de toutes leurs forces les attaques contre les Etats-Unis »[495]. Ce type de déclaration n'équivaut cependant pas, selon la Cour, à une « autorisation d'entreprendre pour le compte de l'Etat l'opération précise qui consistait à envahir et à occuper l'ambassade. »[496] Les autorités étatiques doivent donner des instructions spécifiques de mener

[494] CIJ, *Affaire relative au personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran (Etats-Unis d'Amérique c. Iran)*, 24 mai 1980, Recueil 1980, p. 29

[495] *Ibid.*

[496] *Ibid.*, p. 30

une opération déterminée, ou une autorisation expresse de mener une telle opération pour le compte de l'Etat.

Cette conclusion a été critiquée par certains auteurs, comme Tal Becker[497], pour qui l'absence de prévention de la part de l'Iran, lié l'encouragement officiel des activités hostiles aux Américains, justifiaient l'attribution du comportement des militants avant même la ratification officielle par le régime. Cette critique a également été faite par des juges du tribunal irano-américain, par exemple le juge Brower dans son opinion dissidente sous le jugement *Short*.[498]

2. L'affaire du *Nicaragua*

Dans cette affaire, la Cour internationale de Justice a, entre autres, étudié la question de l'imputabilité aux Etats-Unis des actes contraires au droit international humanitaire commis par la rébellion « *contra* » au Nicaragua, qui s'opposait au régime en place. La distinction entre organe *de facto* et action de particulier sous le contrôle, ou en suivant les instructions de l'Etat a été appliquée par la Cour, même si une formulation parfois confuse a semé le doute sur ce point.[499]

a) Les *contras* n'étaient pas des organes *de facto* des États-Unis.

La Cour précise son rôle: elle « doit déterminer si les liens entre les *contras* et le Gouvernement des Etats-Unis étaient à tel point marqués par la dépendance d'une part et l'autorité de l'autre qu'il serait juridiquement fondé d'assimiler les *contras* à un organe du Gouvernement des Etats-Unis ou de les considérer comme agissant au nom de ce gouvernement »[500]. Pour que les *contras* soient considérés comme des organes des États-Unis, deux critères sont avancés. Le groupe concerné doit être *dépendant* de l'État et *soumis à son autorité*. D'autres notions sont par la suite utilisées par la Cour, et leurs rapports ne sont pas toujours clairement posés.

[497] Tal BECKER, *op. cit.*, p. 267

[498] Titre 1, Chapitre 2, s1, §1, B), 2.

[499] Cette distinction a été relevée par certains auteurs s'étant particulièrement intéressés à la question. Ainsi, Luigi CONDORELLI relève que la Cour a conclu que « [l]es *contras* ne peuvent ni être assimilés à des organes des Etats-Unis, ni considérés comme agissant pour leur compte », *op. cit.*, p. 97

[500] CIJ, 27 juin 1986, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, §109, Rec. 1986 p. 62

La Cour pose ici une distinction entre l'assimilation du groupe à un organe *de facto* d'un Etat et la conclusion qu'un groupe agit en son nom (*on its behalf*). Une personne ou un groupe de personnes ne faisant pas partie de l'appareil d'État *de jure* peuvent être considérées comme des organes de fait de l'État, ou considérés comme agissant en son nom.

Un groupe est considéré comme un organe de fait s'il est possible de démontrer la dépendance et l'autorité unissant le groupe à l'Etat. Ces deux critères sont interdépendants, l'autorité de l'Etat sur un groupe armé étant, comme le souligne la Cour, mesure de la dépendance de celui-ci envers celui-là[501]; alors qu'un groupe est considéré comme agissant en fait pour le compte de l'Etat s'il agit sous son contrôle effectif ou ses instructions spécifiques.

Dans le premier cas, il est établi que la personne ou groupe de personne est un organe de l'État. Tous ses actes sont donc attribuables à l'Etat. Un organe *de facto* est un organe de l'Etat au même titre qu'un organe *de jure*. Le droit international prend en compte l'organisation de l'État réelle, concrète. Un État ne peut se soustraire à ses obligations en invoquant son droit interne; un organe de l'État reste un organe de l'État même s'il n'a pas ce statut d'après le droit interne, et même si la création de cet organe *de facto* est illégale d'après l'ordre juridique interne. Ainsi, s'il avait été conclu que la *Contra* était un organe *de facto* des États-Unis en se fondant notamment sur le financement et la fourniture d'armes, peu importe que ces activités aient été contraires au droit interne et menées clandestinement. Cette conclusion sur la nature de l'organe *de facto* mène à d'autres conclusions en matière d'imputabilité, notamment la question de leurs agissements *ultra vires*.[502]

Cette explication du rapport entre dépendance et autorité n'épuise cependant pas entièrement la question. D'abord, la Cour n'explique pas clairement ce qu'elle entend par dépendance. Elle souligne que les *contras* étaient largement dépendants des États-Unis en matière de financement et d'armement.

Le Nicaragua prétendait que cette force était une armée mercenaire, créée, conçue et organisée et commandée par les Etats-Unis, qui n'avait donc aucune réelle autonomie par rapport à cet État.[503] La Cour observe qu' « il semble bien cependant qu'une certaine

[501] *Ibid.*

[502] *cf. infra*

[503] *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, §114, Rec. p. 64

opposition armée au gouvernement existait en 1979-1980, avant même toute ingérence ou soutien des Etats-Unis »[504]. Le Nicaragua a admis l'existence de ces « bandes armées », sur l'efficacité militaire desquelles la Cour ne se prononce pas, mais qui semblait très réduite. Les témoins cités évoquent des bandes armées composées d'anciens membres de la garde nationale du régime Somoza. Une partie du mouvement *contra* (le FDN) serait issu de la fusion, organisée par la CIA, de diverses bandes d'opposition armée dispersées.[505] L'organisation de ces groupes, et leur transformation en un mouvement politique et militaire constitué, serait donc le résultat de l'action directe des États-Unis. L'autre branche du mouvement (l'ARDE) serait apparue de manière plus spontanée, et aurait tout au long du conflit conservé une plus grande autonomie vis-à-vis des États-Unis. La Cour en conclut que l'opposition armée au gouvernement nicaraguayen n'a pas été créée de toutes pièces par les Etats-Unis, même si l'assistance dont elle a bénéficié lui a permis de voir ses effectifs augmenter de façon spectaculaire. Ils seraient passés de 500 hommes au départ à 12 000 deux ans plus tard.[506]

Le fait que les États-Unis n'ont pas créé la force *contra* semble jouer un rôle déterminant dans le raisonnement de la Cour.[507] La présence d'opposants en lutte contre le gouvernement nicaraguayen, même d'une manière désorganisée et inefficace, est un élément essentiel pour arriver à la conclusion que le mouvement *contra* n'était pas un organe des États-Unis. S'il s'est apparu de façon autonome, il y a une présomption qu'il a conservé cette autonomie. Cette présomption ne peut être renversée que sous des conditions strictes.

Ensuite, la Cour détaille les montants et les modalités de l'aide financière des Etats-Unis[508]. Il est intéressant de souligner que cette aide a été inscrite au budget et faisait l'objet de dispositions législatives[509], et de débats au sein des organes législatifs. Des salaires ont été versés à d'anciens membres de la garde nationale; les armes, les munitions, le ravitaillement

---

504 *Ibid.* §93, Rec. p. 53

505 *Ibid.*

506 *Ibid*. §94, Rec. pp. 54-55

507 V. par exemple à ce sujet Marko MILANOVIC, « State Responsibility for Genocide », *EJIL* 2006, p. 577, pour qui la création du groupe armé par l'Etat est un élément important dans la détermination de la « dépendance totale » retenue par la Cour.

508 *Ibid.* §95, Rec. p. 55

509 v. par exemple §96, Rec. p. 56

et tout le matériel militaire étaient livrés par la CIA.[510] Les troupes étaient entraînées par des officiers argentins rétribués par la CIA, qui ont été progressivement remplacés par des agents de cette dernière.[511]

Les États-Unis auraient également conçu la stratégie et la tactique des *contras*. La Cour cite la déposition d'un témoin, M. Chamorro, ancien dirigeant de la FDN. Il « attribue pratiquement une autorité de commandement aux cadres de la CIA; selon lui, ceux-ci auraient « ordonné » ou « donné des instructions » à la FDN d'entreprendre diverses actions. »[512] Divers exemples sont cités par la Cour, selon lesquels des « directives tactiques » auraient été données. Il en ressort que la CIA avait une grande influence sur la stratégie des *contras*. Comme il a été indiqué plus haut, c'est l'autorité naturelle que possède celui envers qui un groupe de personnes est fortement dépendant.

L'étendue du soutien apporté aux *contras* est précisé:

« il est (...) établi que l'appui des autorités des Etats-Unis aux activités des contras a pris, au fil des années, diverses formes telles que le soutien logistique, la fourniture de renseignements sur les positions et les mouvements des troupes sandinistes, l'emploi de moyens de communication perfectionnés, l'utilisation de réseaux de transmission de campagne, la couverture radar. »[513]

En outre, « un certain nombre » d'opérations a été conçu et décidé « en liaison étroite » avec les conseillers américains, et grâce aux renseignements et à l'appui logistique fournis par ceux-ci[514]. Les États-Unis auraient également décidé de la nomination de dirigeants de la FDN, de la composition de l'organe dirigeant et de l'état-major de cette organisation, et même de son nom.[515]

---

510 *Ibid.*, §100, Rec. p. 59

511 *Ibid.*, §101, Rec. p. 59

512 *Ibid.*, §104, Rec. p. 60

513 *Ibid.*, §106, Rec. p. 61

514 *Ibid.*

515 D'après M. Chamorro, ancien dirigeant de la FDN. *Ibid.*,§112, Rec. p. 63

Un arrêt soudain de l'aide de la part des États-Unis aurait sans doute mené à brève échéance à la déroute des forces rebelles.[516] La Cour estime qu'

« il est établi que la force *contra* a, au moins à une certaine période, été tributaire des États-Unis au point de ne pouvoir mener ses activités militaires et paramilitaires les plus cruciales ou les plus significatives sans l'appui multiforme de ces derniers. »[517]

L'autorité globale des États-Unis sur les rebelles était donc très importante, ils avaient, par le biais de cette dépendance du groupe rebelle à leur égard, un droit de vie ou de mort sur eux. Il n'y a pas d'autorité plus élevée que celle qui permet de décider de l'existence d'une personne, ou d'une entité telle que le mouvement *contra*. La Cour elle-même relève les possibilités de contrôle sur les *contras* qu' « implique nécessairement » leur dépendance à l'égard de l'aide des États-Unis.[518]

Or, cette autorité générale n'a pas été jugée suffisante pour considérer le mouvement *contra* comme un organe de fait des Etats-Unis. Malgré ces éléments, la Cour estime qu'elle ne peut établir que les États-Unis ont élaboré la stratégie et les tactiques de l' « ensemble des opérations lancées par la force *contra* (...) à chaque étape du conflit », et conclut que l'autorité exercée par les Etats-Unis sur les *contras* n'est pas telle qu'on puisse les considérer comme agissant en leur nom[519]. La « totale dépendance »[520] des *contras* par rapport à l'aide des Etats-Unis n'a pas pu être démontrée, bien que l'assistance apportée par les Etats-Unis ait été essentielle à la poursuite de leurs activités; il est « impossible d'assimiler, juridiquement parlant, la force *contra* aux forces des Etats-Unis »[521]. Cette conclusion montre que la Cour entendait, dans un premier temps, déterminer si les *contras* étaient un organe *de facto* des Etats-Unis, s'ils pouvaient être, de manière générale, être considérés comme des organes des Etats-Unis. L'imputabilité d'opérations spécifiques commises par les *contras*, jugés par la Cour comme étant un groupe autonome envers les Etats-Unis, a été abordée dans un deuxième temps.

---

516 À ce sujet v. §109, 110 et 111, Rec. pp. 62-63

517 *Ibid*. §111, Rec. p. 63

518 *Ibid.* §109, Rec. p. 62

519 *Ibid.*§109, Rec. p. 62

520 *Ibid.*§110, Rec. p. 62

521 *Ibid.*

Il est légitime de se demander dans quelles conditions le comportement d'un groupe armé organisé peut être attribué à un Etat, si, malgré une dépendance si grande et une assistance à ce point fondamentale, les *contras* n'ont pu être assimilés à un organe de cet Etat. Un soutien prépondérant ou décisif ne suffit pas à attribuer les actes commis par un groupe armé à l'Etat, bien que le lien logique entre dépendance et contrôle soit affirmé par la Cour: « la force contra s'est trouvée à l'égard du Gouvernement des Etats-Unis dans une situation qui implique l'exercice par ce gouvernement du contrôle décrit (au §110) ».

Le contrôle s'est traduit par la sélection, l'installation et la rétribution des dirigeants de la force *contra*, ainsi que par « l'organisation, l'entraînement, l'équipement de la force, la planification des opérations, le choix des objectifs et le soutien opérationnel fourni ».[522]

La CIJ précise plus loin le critère dégagé pour déterminer l'imputabilité des actes des *contras* aux Etats-Unis; « le contrôle général exercé par eux sur une force extrêmement dépendante à leur égard »[523] ne suffit pas à les considérer comme des organes *de facto* de cet État. La Cour exige que soit démontrée la *totale dépendance*[524] des *contras* par rapport à l'aide des États-Unis, ce qui va plus loin qu'une « force extrêmement dépendante ». La différence peut être difficile à saisir, surtout lorsque la Cour, dans la même phrase, affirme d'abord que « les diverses formes d'assistance accordées par les États-Unis aux *contras* ont été essentielles pour permettre à ceux-ci de poursuivre leurs activités » avant de conclure qu'il est impossible de conclure à la totale dépendance de ceux-ci à l'égard de ceux-là, sauf dans les premières années de la rébellion. Si une assistance est essentielle à la poursuite d'activités, son interruption aurait pour conséquence l'arrêt de ces activités, privées précisément d'un élément essentiel à leur accomplissement. Il s'agit bien d'une façon de formuler la dépendance complète niée dans la deuxième partie de la phrase. Un groupe incapable d'agir sans assistance est bien entièrement dépendant du fournisseur de l'assistance en question.

Néanmoins, l'arrêt *Nicaragua* est parfois confus. La Cour semble parfois confondre les critères de définition d'un organe *de facto*, ayant pour conséquence l'attribution à l'Etat de l'ensemble des actes commis par l'organe, et de l'action « pour le compte » de l'Etat d'un groupe en principe autonome à son égard.

---

522 *Ibid.*§112, Rec. p. 63

523 *Ibid.*, §115, Rec. p. 64

524 Ce critère sera confirmé par la Cour dans l'arrêt du 26 février 2007.

Après avoir conclu que les *contras* n'étaient pas un organe *de facto* des Etats-Unis car ils n'étaient pas totalement dépendants à leur égard, la Cour soutient qu'une telle dépendance existait dans les premières années d'activité du mouvement, pour tempérer les conséquences de cette affirmation par l'exigence que le potentiel de contrôle inhérent à cette dépendance ait été effectivement utilisé par les Etats-Unis. La situation de dépendance totale qui était celle du mouvement *contra* dans les premières années de la rébellion n'est pas un élément suffisant pour l'assimiler à un organe des États-Unis. Il aurait été nécessaire que ceux-ci usent des possibilités de contrôle qu'implique cette dépendance.[525]

Dans l'affaire du *Génocide*, la Cour est plus claire, et n'exige plus que le contrôle ait été effectivement exercé. La preuve de la « totale dépendance » suffit, ce qui plus conforme avec la logique du raisonnement de la Cour. L'exigence de l'exercice du contrôle conduit à une confusion avec l'hypothèse de l'action pour le compte de l'Etat par un groupe considéré comme autonome envers l'Etat.

b) Contrôle effectif et instructions spécifique

Pour que l'action d'un groupe autonome soit imputable à l'Etat, il est nécessaire que celui-ci ait agi en fait pour son compte. La Cour exige la preuve qu'un *contrôle effectif* ait été exercé, ou des *instructions expresses* données, par les États-Unis sur les actions militaires des *contras* ayant donné lieu à des violations du droit international humanitaire pour que ces actions puissent leur être attribuées.

La Cour est allée au-delà de ce qu'elle a semblé exiger dans un premier temps, qui revenait à établir la dépendance générale des rebelles vis-à-vis des États-Unis. L'objet de l'analyse change: il ne s'agit plus de déterminer si les *contras* agissaient de manière générale au nom des États-Unis, c'est-à-dire s'ils étaient un organe *de facto* de cet État. Dans ce cas, l'ensemble de leurs actes leur auraient été imputables. Au contraire, il devient nécessaire d'apporter la preuve d'un contrôle effectif des États-Unis sur chaque action des *contras* ayant donné lieu à des violations du droit international humanitaire, ou que des instructions expresses de les commettre avaient été données.

525 *Ibid.*, §110, Rec. pp. 62-63

Cette variation, qui touche un point essentiel, n'apparaît pas clairement dans le raisonnement de la Cour. Ce raisonnement change subrepticement d'objet: la question sur laquelle la Cour se penchait dans toute son analyse, celle de la dépendance globale, et donc le contrôle général, des États-Unis sur les *contras*, c'est-à-dire sur l'imputabilité de principe de leurs actes, ou, dans ses propres termes, s'il « serait juridiquement fondé d'assimiler les *contras* à un organe du Gouvernement des États-Unis »[526], devient celle de l'ordre exprès, ou du contrôle effectif, des États-Unis sur les actes contraires aux droits de l'homme ou au droit humanitaire.[527] L'analyse passe du général au particulier, de la qualification juridique de principe des *contras* à des questions conjoncturelles à déterminer dans autant de cas particuliers.

Alors qu'il s'agissait de déterminer une fois pour toutes si la *Contra*, ou du moins la FDN, une partie de celle-ci, était un organe des États-Unis, il devient nécessaire d'établir que des ordres ont été donnés par ces derniers au cas par cas, pour chaque violation du droit international humanitaire ou des droits de l'homme commis par le mouvement rebelle, ou qu'ils avaient « le contrôle effectif des opérations militaires ou paramilitaires au cours desquelles les violations en question se seraient produites. »[528]

Par ailleurs, cela rend la tâche du demandeur d'autant plus ardue. S'il est possible de prouver des liens relativement stables s'étendant sur une longue période entre un État et un mouvement armé, surtout lorsqu'ils ont cette ampleur, il est plus difficile de prouver des ordres spécifiques de commettre un acte en particulier, ou le contrôle effectif de l'État à ce moment précis. Des ordres de violation des droits de l'homme ou du droit international humanitaire sont rarement officiels...Et s'il en existe des traces écrites, il sera concrètement difficile de les présenter au juge international. Le contrôle effectif sur une opération précise présente les mêmes difficultés de preuve. Au vu de l'appréciation de la Cour sur ce point, il est possible de se demander dans quelles conditions la preuve d'un tel contrôle pourrait être apportée, à moins d'établir que le détachement ayant mené l'opération au cours de laquelle les

526 *Ibid.*, §109, Rec. p. 62

527 *Ibid*., §115, Rec. p. 64

528 *Ibid.* Rec. p. 65

violations se sont produites était sous le commandement d'un officier des forces armées de l'État.[529]

Le premier critère concerne des *instructions spécifiques* de commettre des actes contraires au droit international. Toutefois, il semble que la Cour assimile les critères des « instructions et directives » et du « contrôle ». En effet, dans un premier temps, la Cour expose que, pour établir l'imputabilité aux États-Unis des actes contraires au droit international des droits de l'homme ou au droit international humanitaire commis par les rebelles, il aurait été nécessaire de prouver que leur perpétration avait été ordonnée ou imposée par le défendeur. Or, « ces actes auraient fort bien pu être commis par des membres de la force *contra* en dehors du contrôle des États-Unis. »[530] « En dehors du contrôle » semble équivalent à une absence d'ordres ou instructions, ou, pour le dire différemment, des ordres ou instructions supposeraient le contrôle.

Cependant, les actes commis par des auxiliaires employés par les services secrets des Etats-Unis, appelés « *UCLAs* », « rétribués par les Etats-Unis et agissant sur les instructions directes du personnel militaire ou des services de renseignement des Etats-Unis »[531], leur ont été imputés. La Cour juge que « bien qu'il ne soit pas établi que des militaires des Etats-Unis aient pris une part directe aux opérations, des agents des Etats-Unis ont participé à la préparation, au commandement, au soutien et à l'exécution de celles-ci »[532], et conclut à l'imputabilité aux Etats-Unis des opérations menées par les « *UCLAs* ». Ces personnes ont, en effet, agi en suivant les instructions d'agents des Etats-Unis ; ils se contentés d'exécuter les ordres reçus et n'avaient aucune marge de manœuvre.[533]

En deuxième lieu, un critère très restrictif est dégagé: l'Etat mis en cause devait avoir « le contrôle effectif des opérations militaires ou paramilitaires au cours desquelles les

---

[529] Ainsi, Tal Becker relève que « *([t]he fact that the ICJ required such decisive evidence of effective control to establish an agency relationship has been criticized for transforming the prospect of direct State responsibility for private conduct into little more than a theoretical possibility.* » *op. cit.*, p. 69

[530] CIJ, *Nicaragua*, Rec. p. 65.

[531] CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, arrêt du 27 juin 1986, Rec., p. 45, §75

[532] *Ibid.*, §86

[533] *Ibid.*, pp. 50-51

violations en question se sont produites »[534]. Il semble que, pour la Cour, le contrôle effectif d'une opération au cours de laquelle des actes contraires au droit international humanitaire ont été commis revienne à établir la preuve d'instructions spécifiques de commettre ces actes.

Cependant, ces deux termes ne sont en eux-mêmes pas équivalents. Des instructions ne supposent pas nécessairement le « contrôle effectif » ; un Etat peut très bien donner ponctuellement des instructions ou des directives à une entité demeurant autonome à son égard. Inversement, un groupe organisé, ou des membres d'un tel groupe, soumis au contrôle effectif d'un Etat, peuvent aller au-delà des ordres reçus. Ces hypothèses sont particulièrement concevables dans des hypothèses de conflit armé[535]. Cette hypothèse de comportement *ultra vires* est prise en compte par le droit international en ce qui concerne les organes *de jure*.[536]

Le choix de ces critères n'est pas expliqué par la Cour, qui ne fait aucune référence à des précédents ou à la pratique des Etats.[537]

Malgré le soutien de grande envergure accordé par les États-Unis à la guérilla des *contras*, la Cour a jugé que les violations du droit humanitaire que celle-ci a commises ne sont pas imputables aux États-Unis. Les instructions ou le contrôle des États-Unis devaient certes porter, non sur la commission des actes particuliers eux-mêmes, mais sur les opérations au cours desquelles ces actes ont été commis. La Cour dégage deux critères alternatifs, soit le « contrôle effectif » de l'Etat sur « les opérations militaires ou paramilitaires au cours desquelles les violations en question se seraient produites », ou des instructions spécifiques de les commettre. Le critère des instructions portant sur une action précise avait déjà été appliqué par la Cour dans son arrêt dans l'affaire des *Otages*.

---

534 *Ibid.*, p. 65

535 v. supra, s.1, §1, B, 2

536 cf. s.1 §3

537 Cette absence d'explication du fondement de ces critères, notamment de leur appartenance au droit coutumier, a été relevée par Antonio Cassese (« The *Nicaragua* and *Tadic* Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia », *EJIL* vol. 18, p. 653).

3. Les opinions des juges Ago et Schwebel

Le juge Ago, auteur des rapports de la CDI sur la question de la responsabilité des Etats, s'était penché sur la question de l'imputation, et entre autres sur la question de la responsabilité de l'Etat du fait de l'action de particuliers ne faisant pas partie de ses organes *de jure*. Il rappelle que les actes des organes de l'Etat lui sont imputables, même dans les cas « où les comportements en question se seraient déroulés en présence ou avec la participation de personnes ou de groupes n'ayant pas une telle qualification »[538]. L'ancien rapporteur spécial note, de même, la conformité de l'arrêt avec le projet de la CDI (anciens articles 8 et 11). Il affirme, en outre, qu' « il serait en contradiction avec les principes régissant la matière de voir dans des membres de la *contra* des personnes ou des groupes agissant au nom et pour le compte des Etats-Unis d'Amérique. »[539] Roberto Ago relève, par ailleurs, « un certain défaut d'argumentation juridique à l'appui de la position prise » par la Cour[540].

Le juge italien soutient la décision de la Cour, mais semble aller plus loin quand il estime que les seuls cas où il serait possible de considérer les *contras* comme des personnes agissant au nom et pour le compte des États-Unis « seraient ceux où certains membres de la *contra* auraient été spécifiquement chargés par des autorités des États-Unis de commettre pour le compte de celles-ci une action ou de remplir une tâche ponctuellement déterminée. »[541] Ce point de vue est très restrictif, en ce qu'il n'admet qu'une des deux hypothèses finalement retenues par la Cour, les instructions expresses, et ne mentionne pas l'action accomplie sous le contrôle de l'État, mais surtout en ce qu'il exclut *a priori* l'hypothèse de l'organe *de facto*, caractérisé par sa « totale dépendance » envers l'État, et qui a été prise en compte par la Cour. La définition d'un organe *de facto*, fondé sur la dépendance d'une part et le contrôle de l'autre, traduisant un rapport de longue durée, n'apparaît pas du tout dans l'opinion individuelle. Ce n'est que dans l'hypothèse tout à fait exceptionnelle[542]

538 Opinion individuelle du juge AGO,§15, Rec. p. 188

539 *Ibid.*, §16, Rec. p. 188

540 *Ibid.* §18, Rec. pp. 189-190

541 *Ibid.*, §16, Rec. p. 188

542 *Ibid.*, Rec. p. 188

des instructions expresses « qu'un comportement de personnes ou de groupes ne revêtant pas la qualité d'agents ou d'organes de l'État (...) p[ourrait] être tenu pour un fait de cet État. »[543]

Le critère dégagé par la Cour est précisé: pour que les actes de particuliers puissent être attribués à un Etat, ceux-ci doivent être « spécifiquement chargés » de « commettre pour le compte de (celui-ci) une action ou de remplir une tâche ponctuellement déterminée » [544] La notion d' « agir pour le compte » ne semble pas avoir été érigée en critère autonome; il est nécessaire de prouver des instructions spécifiques relatives à une action particulière. Cependant, cette distinction n'apparaît pas clairement dans l'opinion individuelle du juge italien. Cette confusion observable dans l'arrêt de la Cour est à mettre en relation avec l'évolution de l'énoncé de l'article 8 du projet de la CDI.

La problématique de l'imputabilité apparaît également dans l'opinion dissidente du juge Stephen Schwebel en lien avec la question du soutien fourni par le Nicaragua aux rebelles salvadoriens. L'opinion porte en particulier sur des points de fait, et les principaux points de droit abordés concernent la définition de l'agression et du droit corrélatif à la légitime défense individuelle et collective, mais le droit de la responsabilité internationale est également abordé.

Le juge Schwebel estime que « l'arrêt de la Cour sur la délicate question de savoir si l'aide à des troupes irrégulières peut équivaloir à une agression armée s'écarte du droit accepté - et souhaitable »[545], et est contraire à la position du Nicaragua, des États-Unis et d'El Salvador « corroborée par quarante ans de développement progressif du droit et d'interprétation autorisée des principes pertinents de la Charte des Nations Unies. »[546]

Le juge Schwebel cite un extrait du mémoire du Nicaragua qui, en faisant référence à l'article 8 du projet d'articles, expose que « (c)'est un principe élémentaire du droit international que la direction et le contrôle de bandes armées par un État soient imputables audit État et que celui-ci en soit responsable. »[547] D'autres références sont faites aux rapports

---

543 *Ibid.*, Rec. pp. 188-189

544 ibid. §16

545 Op. diss. Schwebel, §155, Rec. p. 332, v. également §160, p. 340

546 *Ibid.*

547 *Ibid.*, § 157, Rec. p. 332

Ago, à la doctrine, comme Rosalyn Higgins ou Ian Brownlie qui cite l'action des gouvernements par l'intermédiaire de bandes armées, de « volontaires » ou d'aide à des insurgés opérant sur le territoire d'un autre État comme constitutifs d'un « emploi de la force », à « la pratique constante des Nations Unies » qui « confirme l'idée que tout engagement substantiel dans les activités de groupes insurgés armés constitue une violation de l'interdiction de l'emploi de la force énoncée à l'article 2, paragraphe 4, de la Charte. »[548] L'opinion dissidente cite également la position officielle des États-Unis selon laquelle la fourniture d'armes, d'appui logistique, de moyens d'entraînement et d'autres moyens matériels par un État aux forces insurgées en lutte contre le gouvernement d'un autre État constitue un emploi de la force « juridiquement impossible à distinguer des opérations militaires de type conventionnel menées par des forces armées régulières ».[549]

Le juge dissident en conclut que la décision de la Cour ne serait pas conforme au droit, et serait incompatible avec la définition de l'agression adoptée par l'Assemblée générale dans sa résolution 3314 (XXIX), et notamment son article 3 g)[550], considéré par la Cour comme l'expression du droit international coutumier. Néanmoins, cette dernière disposition n'a pas pour objet de rendre les agissements des forces irrégulières imputables à l'État qui les envoie.[551] L'État est responsable du comportement de ses propres organes s'étant « substantiellement engagés » dans l'envoi de troupes irrégulières. Néanmoins, les dispositions de l'article 8 sont évoquées dans le même passage emprunté à l'argumentaire du Nicaragua, qui cite l'interprétation de Roberto Ago[552], englobant l'envoi de « volontaires » pour aider un mouvement insurrectionnel dans un pays voisin. Cependant, l'État ne serait responsable que des actes des personnes qu'il a envoyées, l'insurrection dans son ensemble ne

548 *Ibid.*, pp. 333-336. Des références sont notamment faites aux résolutions 2625 (XXV) sur les Relations amicales entre États et 3314 (XXIX) portant définition de l'agression.

549 *Ibid.*, §158, p. 339

550 D'après cet article, réunit les conditions d'un acte d'agression "l'envoi par un État ou en son nom de bandes ou de groupes armés, de forces irrégulières ou de mercenaires qui se livrent à des actes de force armée contre un autre État d'une gravité telle qu'ils équivalent aux actes énumérés ci-dessus, ou le fait de s'engager d'une manière substantielle dans une telle action."

551 La question de la définition de l'agression, et de l'ouverture du droit à la légitime défense individuelle et collective en cas d'engagement substantiel d'un État dans le soutien à un mouvement insurrectionnel dans un autre État ne fait pas partie du sujet et ne sera donc pas développée ici.

552 Rapport AGO, ACDI 1971, II p. 278

serait pas considérée comme agissant pour son compte, et en son nom. Par ailleurs, la question de l'imputabilité dans le droit de la responsabilité internationale et celle de la détermination d'une agression armée et de l'ouverture du droit à la légitime défense sont des questions différentes, qui n'utilisent pas forcément les mêmes critères.

B) L'influence de la jurisprudence de la CIJ sur le Projet d'articles de la Commission du droit international.

Le projet adopté en première lecture, en 1996, qui ne comportait pas de modification à ce sujet depuis les rapports Ago, indiquait qu'

« est aussi considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes si:

a) il est établi que cette personne ou ce groupe de personnes agissait *en fait pour le compte* de cet Etat ; ou

b) cette personne ou ce groupe de personnes agissait en fait des prérogatives de la puissance publique en cas de carence des autorités officielles et dans des circonstances qui justifiaient l'exercice de ces prérogatives. »

Alors que le Projet d'articles adopté en 2001 dispose que

« le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes est considéré comme un fait de l'Etat 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 Etat. »

Il est possible de noter que l'évolution de la définition de la CDI a suivi celle donnée par la CIJ.[553] Le premier critère restait à un niveau d'abstraction assez élevé: que signifie agir « en fait pour le compte »? Ce peut être au bénéfice de l'Etat, mais cela aurait été difficile à déterminer. Même si son application dans l'affaire des *Otages américains à Téhéran* a été

[553] *Cf. infra*

restrictive- l'action des étudiants islamistes n'était pas en tant que telle attribuable à l'Iran car il n'a pas été possible de prouver des instructions directes et précises de la part des autorités- ce critère permettait aussi une interprétation large. Il est même possible d'imaginer une personne ou un groupe de personnes agissant de fait pour le compte d'un Etat, sans contrôle effectif ni instructions précises de la part d'un organe *de jure* de ce dernier. C'est le cas de l'exercice spontané de prérogatives de puissance publique par des particuliers (*cf supra*), où de cas difficiles à classer, mais qui concernent l'action de personnes assimilées à des organes de l'État (cas *Zafiro* et *Stephens*).

Ce problème a été identifié par James Crawford dans son premier rapport, qui pose la question de la portée de l'expression « pour le compte de », et de savoir si elle se limite aux cas où il y a des instructions expresses ou si elle va au-delà.[554] Le rapporteur spécial estime qu'il est nécessaire d'« indiquer clairement que le comportement est attribuable à l'État non seulement lorsqu'il répond à des instructions expresses, mais également lorsqu'il intervient dans une situation dans laquelle l'État exerçait un pouvoir de direction et de contrôle. »[555] Le problème concerne maintenant la définition du caractère du « pouvoir de direction et de contrôle ». La formulation retenue ici, avec un article indéfini, laisserait supposer qu'il s'agirait d'un certain pouvoir de direction, assez largement défini. Il ne doit cependant pas s'agir d'un « contrôle générique », la direction et le contrôle doivent pouvoir être rapportés au comportement qui fait l'objet de la réclamation, ce qui est conforme à la conclusion de la Cour dans l'affaire *Nicaragua*. James Crawford évoque également « l'attribution à l'État d'un comportement qu'il a en fait autorisé », ce qui n'est pas nécessairement la même chose que le contrôle, les instructions ou les directives ; cela va plus loin, et couvre une action réalisée de manière spontanée « pour le compte de l'État » et que celui-ci n'a pas empêchée ni désavouée. L'idée d'autorisation implique dans une certaine mesure un contrôle - pour autoriser, il faut avoir la possibilité d'empêcher - mais ce n'est pas le contrôle tel que défini par la Cour dans l'affaire du Nicaragua, mais un contrôle plus large et général. De même, le Professeur Crawford a écrit que l'ampleur du contrôle nécessaire dépend des cas, ce qui laisse la porte ouverte à une interprétation plus flexible de ce critère.

La Cour internationale de Justice a précisé ce critère dans l'affaire du *Nicaragua*, suivie en cela par la Commission du droit international. Les critères adoptés sont plus

554 Premier rapport du rapporteur spécial J. CRAWFORD, ACDI 1998 vol. I, p. 245

555 *Ibid.*

concrets: une personne ou un groupe de personnes sont considérés comme ayant agi en fait pour le compte d'un Etat, lorsque leur action a eu lieu sous le *contrôle effectif* de cet État, ou a été menée en application d'ordres ou « d'instructions ou directives » de cet État. Ces critères semblent être apparus en premier lieu, pour la CIJ, comme des exemples concrets, comme un essai de définition de l'action pour le compte d'un Etat. Dans la version finale des articles de la CDI, les termes « pour le compte » ont été supprimés. La définition actuelle reprend ces critères plus concrets et plus restrictifs.

Les critères dégagés par la CIJ ont été remis en cause par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, à partir d'un arrêt qui a ouvert une des divergences les plus importantes dans le droit international contemporain. Le traitement de cette question par le TPIY a provoqué un vaste débat sur la pertinence et la nature des règles d'imputabilité, tout en rendant cette problématique encore plus complexe.

§2. La jurisprudence du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie

Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a dû examiner la question de l'attribution des actes commis par les Serbes de Bosnie à la République fédérale de Yougoslavie ainsi que des forces croates de Bosnie à la République de Croatie. Même si le TPIY n'avait pas pour compétence de juger de la responsabilité internationale étatique, sa jurisprudence sur ce thème a fait couler beaucoup d'encre, notamment du fait d'une divergence apparue avec la jurisprudence de la Cour internationale de Justice. Cette jurisprudence conserve tout son intérêt, notamment du fait du lien entre ces deux juridictions de la Haye. La Cour s'est par exemple largement appuyée sur les faits et les qualifications du Tribunal dans son arrêt au fond rendu sur l'affaire Bosnie-Herzégovine/Serbie-Monténégro.[556]

Le TPIY devait déterminer si le conflit en Bosnie-Herzégovine était un conflit interne ou international. Un conflit de prime abord interne est considéré comme international s'il oppose des forces appartenant à deux Etats distincts, c'est-à-dire si une partie au conflit

556 *cf infra*

interne agit pour le compte (*on the behalf of*) d'un autre Etat[557]. De cette détermination dépendait la possibilité d'appliquer le droit humanitaire relatif aux conflits armés internationaux.[558] Le Tribunal a utilisé pour ce faire les règles sur l'imputabilité issues du droit de la responsabilité internationale, dont la fonction est de fixer les conditions auxquelles des personnes ou entités ne possédant pas le statut d'organes *de jure* sont considérées comme agissant de fait pour cet Etat, et font partie de ses organes.[559] Il faut préciser que l'utilisation des critères d'imputabilité du droit de la responsabilité internationale n'était pas pertinente ici. Il ne s'agissait pas, dans ce cas, de se prononcer sur la responsabilité internationale d'un Etat, mais sur la question de l'internationalisation du conflit du fait de l'implication d'un Etat tiers dans le conflit opposant la Bosnie-Herzégovine à la « *Republika Srpska* ». La discussion de la jurisprudence du TPIY, de sa critique des critères dégagés par la CIJ et du critère alternatif proposé reste cependant indispensable, car le Tribunal a provoqué un vaste débat sur les critères de l'imputabilité à un Etat des actes d'entités non-étatiques.

La Cour internationale de justice, dans son arrêt portant sur *les Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* a jugé que, pour que les actes d'un groupe armé puissent lui être imputés, l'Etat devait exercer sur ceux-ci un contrôle effectif.[560] Ce critère est strict: l'entité subordonnée ne doit avoir aucune marge de manœuvre. L'aide substantielle et les instructions donnés par les États-Unis aux *contras* n'avaient pas suffi à leur imputer le comportement de ces derniers. Cette solution n'a pas été suivie par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (en appel), quoique le cadre et le but de l'opération d'imputation aient été différents, ce qui atténue l'impression de division de la jurisprudence internationale.[561] Contrairement à la Cour qui a retenu le critère du contrôle effectif, le Tribunal a considéré en appel que le contrôle global (*overall control*) exercé par la République Fédérale de Yougoslavie sur la République serbe de Bosnie était suffisant pour lui

[557] TPIY, Appel, *Procureur c. Dusko Tadic*, 1999, §84 ; Ch. de première instance I, *Procureur c. Tihomir Blaskic*, 2000, §76

[558] V. p. ex. André J.J. DE HOOGH, "Articles 4 and 8 of the 2001 ILC Articles on State Responsibility, the Tadic Case and Attribution of Acts of Bosnian Serb Authorities to the Federal Republic of Yugoslavia", *BYBIL* 2001, p. 255

[559] Antonio CASSESE, "The *Nicaragua* and *Tadic* Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia", *EJIL* vol. 18, p. 656

[560] *Cf. supra*, T2, ch. 1, s. 2, §1, A), 2.

[561] La Chambre de première instance du tribunal considère que les faits des deux affaires "diffèrent énormément" (§586), pour cependant arriver à une conclusion similaire.

attribuer les actes de cette entité. En outre, pour la CIJ le contrôle doit porter sur les actions spécifiques ayant mené à des violations du droit international, tandis que pour le TPIY il suffit que le contrôle de l'Etat porte sur l'ensemble de l'entité (ici l'armée des Serbes de Bosnie).

La jurisprudence du TPIY a été constante sur la question du critère d'imputabilité du comportement d'entités organisées et de leurs forces armées à leur Etat « patron » (B), suivant l'affaire *Tadic* (A).

A) L'affaire *Tadic*

Le jugement de première instance (1.) sera étudié avant l'arrêt de la chambre d'appel (2.)

1. Le jugement de première instance[562]

Le Tribunal est amené à examiner les liens entre l'armée de la RSFY (JNA), puis de la RFY (VJ), et celle des Serbes de Bosnie (VRS), ainsi qu'entre la RFY et la République serbe de Bosnie dans leur ensemble.

La Chambre de première instance explique qu'il lui appartient d' « examiner l'essence du critère de lien entre un organe ou agent *de facto*, en tant que force rebelle, et l'entité ou le commettant qui le contrôle, en tant que Puissance étrangère, soit la question plus générale de savoir si, même s'il existait un lien de grande dépendance d'une part, il existait un tel lien de contrôle de l'autre que, au plan des faits de la présente espèce, les actes de la VRS (…) peuvent être imputés au Gouvernement de la République fédérale de Yougoslavie (Serbie et Monténégro). » La Chambre ajoute cependant qu'à cette fin, il n'est pas suffisant de démontrer la dépendance, ni même la dépendance complète de l'armée des Serbes de Bosnie à l'égard de la RFY ou de ses forces armées. Celles-ci devaient avoir exercé « le potentiel de contrôle inhérent à cette dépendance », ou l'armée serbe de Bosnie devait s'être placée sous leur contrôle.[563] La Chambre a adopté dans la ligne de la jurisprudence *Nicaragua,* même si, en imposant l'exigence d'exercice du contrôle, la Chambre de première instance en a retenu

562 TPIY, Ch. de Première Instance, *Procureur c. Dusko Tadic, dit « Dule »*, ILR 124

563 *Ibid.,* §588 ; voir également le §605

l'interprétation la plus stricte.[564] Le large degré de dépendance d'une part et le contrôle qu'il permet de l'autre ne suffisent pas aux fins de l'imputabilité du comportement du groupe armé à l'Etat qui le soutient. Ce dernier doit avoir concrètement exercé un contrôle effectif sur l'entité non-étatique. La Chambre n'a toutefois pas précisé si ce contrôle devait avoir été exercé de manière générale ou à l'occasion d'une opération particulière.

L'armée des Serbes de Bosnie a été créée à partir des troupes serbes de l'armée fédérale[565]. Les liens entre les deux armées étaient très étroits. La création d'une armée serbe de Bosnie et le retrait apparent de l'armée de la RFY n'étaient au début du conflit qu'une manœuvre pour donner l'impression de suivre les exigences internationales portant sur le retrait des troupes fédérales de Bosnie-Herzégovine.[566] Pour le Tribunal étaient parties au conflit en Bosnie-Herzégovine « les forces des Serbes de Bosnie (...) contrôlant le territoire sous la bannière de la *Republika Srpska* et, au moins avant le 19 mai 1992, soutenues par la JNA (armée de la République fédérale socialiste de Yougoslavie) ou sous son commandement. »[567]

Par la suite, les unités de la VRS ont été créées sur la base des unités de la JNA; elles ont souvent conservé les mêmes officiers et ont reçu des armes de l'armée yougoslave; seuls les noms ont changé.[568] Le Tribunal indique plus loin que les officiers de la VRS étaient payés par la République fédérale de Yougoslavie[569]. Les soldats et officiers non-serbes de Bosnie servant dans la VRS étaient considérés comme détachés auprès d'elle tout en continuant d'être rémunérés par l'armée de la République fédérale de Yougoslavie (VJ) et peuvent ainsi être considérés comme des agents de la RFY.[570]

---

[564] *Cf. supra*, T2, ch. 1, s. 2, §1, A), 2., b.

[565] TPIY, Ch. de Première Instance, *Procureur c. Dusko Tadic, dit « Dule »*, §112

[566] *Ibid.*, §115, également sous le §606

[567] *Ibid.*, §563

[568] Par exemple: au §120: « le Corps de Banja Luka, 5e Corps de l'ex-JNA, fut incorporé à la VRS en Bosnie-Herzégovine et rebaptisé 1er Corps de la Krajina; le général Talic en garda le commandement. »

[569] *Ibid.*, §592 : « Bien qu'ils soient des Serbes de Bosnie, des officiers comme le général de corps d'armée Talic et le colonel Arsic, de même que les autres officiers du 1er Corps de la Krajina, continuaient de toucher leurs soldes de la République fédérale de Yougoslavie (Serbie et Monténégro)… »

[570] *Ibid.*, §601

La RFY et la République serbe de Bosnie avaient les mêmes buts de guerre. Le but géographiquement plus limité de cette dernière (unifier par la force l'ensemble des régions de Bosnie peuplées majoritairement de Serbes) s'intégrait pleinement dans l'objectif stratégique global de réaliser la création d'une « Grande Serbie ». Dans cette affaire, le Tribunal met en évidence l'identité des objectifs tactiques liés aux faits de la cause: le contrôle du district de Prijedor où se sont déroulés les faits reprochés à l'accusé (entre autres l'expulsion des habitants non-serbes) était un objectif important pour l'ensemble du conflit car il permettait de relier la RFY à la « République serbe de la Krajina », située sur le territoire de la République de Croatie. Les deux armées étaient en outre étroitement liées, notamment au niveau des structures, du financement, du détachement de personnels, de la fourniture de matériel, de la coopération lors d'opérations militaires ponctuelles.[571] Il y avait une coordination au plus haut niveau entre la VRS et la VJ, une ligne directe existait entre le général Mladic, chef d'état-major de la VRS, et l'état-major de la VJ à Belgrade.[572] Il n'y avait aucune nécessité pour la RFY d'exercer un véritable contrôle, puisque les buts de guerre des deux entités étaient identiques et les liens nombreux.

Le Tribunal observe que « la JNA a joué un rôle d'une importance cruciale dans la création, l'équipement, le ravitaillement, l'entretien et la dotation en effectifs du 1er Corps de la Krajina comme dans le cas d'autres unités de la VRS. » La Chambre de première instance juge que cela ne suffit pas à attribuer les actes de la VRS à la RFY ; encore faut-il que cette dernière ait exercé « la direction et le commandement sur les opérations militaires de la VRS »[573].

Ainsi, l'argument tiré du fait que les soldes de tous les officiers du « 1er Corps de la Krajina », et des officiers supérieurs de l'ensemble de l'armée serbe de Bosnie ont été payées par la RFY, ainsi que « le financement de l'ensemble » de cette armée ne peuvent établir que le potentiel de contrôle inhérent à cette dépendance financière, et ne suffisent pas à transformer la VRS en organe *de facto* de la RFY.[574]

---

571 Opinion dissidente de la présidente de la chambre, §11

572 TPIY, Ch. de Première Instance, *Procureur c. Dusko Tadic, dit « Dule »*, §605

573 *Ibid.*, §595

574 *Ibid.*, §602

Il n'existait pas entre l'état-major de la VRS et Belgrade de hiérarchie formelle, mais une coordination des opérations ; or, dans les termes de la Chambre de première instance, « coordination n'a pas la même signification que direction et commandement. »[575] Il a été fort justement observé que lorsque deux entités poursuivent le même objectif, il n'est nul besoin de commandement, la coordination suffit…[576] Les critères rigides de « direction et contrôle » ont ici montré leur limites : la RFY n'avait pas besoin d'exercer un véritable commandement sur une armée qui lui était très liée et qui poursuivait les mêmes objectifs stratégiques et politiques.[577] Comme l'a relevé la Chambre, les objectifs militaires et politiques de la RFY et de la République serbe de Bosnie étaient largement complémentaires.[578] La Chambre observe elle-même que dans ces conditions, il n'était pas nécessaire pour la RFY d'exercer un quelconque degré de contrôle effectif sur la République serbe de Bosnie.[579] Aussi longtemps qu'ils partageaient les mêmes objectifs, la coordination des opérations militaires et le soutien logistique étaient suffisants pour atteindre les buts de l' « effort de guerre global serbe. » La RFY ou ses forces armées n'ont donc jamais dirigé, ou « ressenti la nécessité d'essayer de diriger » les opérations militaires menées par les forces serbes de Bosnie.[580]

Malgré ces observations, la Chambre conclut que les forces armées de la république serbe de Bosnie ne pouvaient pas être considérées comme des organes *de facto* de la République fédérale de Yougoslavie à l'époque considérée.

L'application stricte des critères dégagés par la Cour internationale de Justice a été critiquée par le Président de la Chambre, le Juge Macdonald. Pour elle, « la création de la VRS était une fiction juridique »[581] : les seuls changements intervenus après le 19 mai 1992, date du retrait officiel de l'armée de la RFY de Bosnie-Herzégovine, ont concerné le nom des unités et les insignes; il n'y a eu aucun changement matériel dans les troupes présentes dans le

[575] *Ibid.,* §598

[576] Ainsi, dans les termes d'un auteur, « [f]irst to require proof that control had been exercised, and then to claim that considering the circumstances there really was no need for any exercise of control appears to be destructive of the whole effort. » André J.J. De HOOGH, *op.cit.*, p. 281

[577] Cf. à ce sujet l'opinion dissidente de la Présidente de la Chambre.

[578] TPIY, Ch. de Première Instance, *Procureur c. Dusko Tadic, dit « Dule »*, §603

[579] *Ibid.,* §604

[580] *Ibid.*, §605

581 Opinion dissidente du Juge MacDonald, §7

district de Prijedor.[582] Il s'agissait de pouvoir continuer les opérations militaires en Bosnie tout en maintenant une apparence de respect de la résolution du Conseil de Sécurité des Nations Unies exigeant le retrait des troupes de la RFY. Il est ainsi clair que la VRS n'a pas cessé d'être et d'agir comme un « élément intégré et décisif de l'effort de guerre serbe »[583], même si elle n'était pas formellement subordonnée aux autorités de Belgrade. Pour la Présidente de la Chambre, l'opération spécifique en cause (la prise du district de Prijedor) a été exécutée par la VRS « pour le compte de la République fédérale de Yougoslavie »[584].

L'identité des buts poursuivis par la RS et la RFY constitue une différence importante avec les faits de l'affaire *Nicaragua*[585]. Une autre différence de taille est que les contras formaient un groupe autonome par rapport aux Etats-Unis, alors que la VRS a fait partie de la structure de l'armée yougoslave. Comme l'indique précisément la juge dissidente, « les États-Unis n'ont pas créé l'opposition armée; les *contras* n'ont jamais fait partie de forces armées régulières des États-Unis; et les *contras* disposaient d'une structure en place distincte de la structure militaire des États-Unis. Dans l'espèce qui nous intéresse ici, il n'est pas contesté que la VRS a été créée par la République fédérale de Yougoslavie (Serbie et Monténégro) et que ses éléments constitutifs faisaient partie de l'organisation militaire de cette dernière avant d'acquérir une nouvelle dénomination »[586]. La tactique de la VRS a, en outre, clairement été élaborée par la JNA/VJ. Cela ressort clairement du fait que le corps des officiers et les structures de commandement sont restées les mêmes après le retrait allégué de la JNA[587]. La Présidente de la Chambre en conclut logiquement que dans les circonstances de l'espèce, le contrôle effectif n'était pas nécessaire du fait même que l'établissement et l'existence continue de la VRS sont la preuve d'un tel contrôle. De même, il serait impossible d'appliquer le degré de contrôle effectif issu de la jurisprudence de la CIJ, notamment de l'affaire du

582 *Ibid.,* §11

583 *Ibid.,* §8

584 *Ibid.,* §9

585 *Ibid.,* §29

586 *Ibid.,* §30

587 *Ibid.,* §31

Nicaragua. Ce critère ne correspondrait pas aux circonstances de fait et ne devrait pas être pris en considération.[588]

Le jugement de première instance sera réformé par l'arrêt d'appel, dont la conclusion va globalement dans le même sens que l'opinion dissidente de la Présidente de la Chambre de première instance, même si le raisonnement et la base juridique choisie sont différents.

2. L'arrêt d'appel.[589]

L'Accusation, dans son appel, affirme que le tribunal aurait dû se fonder sur les règles propres au droit international humanitaire, et non les règles du droit de la responsabilité étatique[590]. La référence à la jurisprudence Nicaragua de la Cour internationale de Justice ne serait pas pertinente.

Cependant, pour la Chambre d'appel, la détermination du caractère international ou interne du conflit revient à répondre à la question de savoir si les forces serbes de Bosnie pouvaient être considérées comme des organes *de jure* ou *de facto* de la RFY. La logique exigerait qu'il y ait une équivalence entre la détermination du caractère national ou international du conflit et l'imputation des actes de la VRS à la RFY.[591]

La Chambre d'appel affirme que les règles pertinentes, en l'espèce appartenant au droit international humanitaire, peuvent différer des règles du droit international général[592]. Pour la Chambre d'appel, dans le cadre de l'interprétation de l'article 4 de la Convention de Genève III[593], l'expression « appartenant à une partie au conflit », renvoie implicitement à

588 *Ibid.,* §32

589 TPIY, Chambre d'appel, *Tadic*, IT-94-1-A15 ILM vol. 38, 1999

590 *Ibid.,,* §69

591 Ce point sera traité plus en détail dans la section sur l'arrêt *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de Génocide* de la CIJ, T2, ch. 2, s1.

592 *Ibid.,* §90

593 Cet article définit les prisonniers de guerre, et prend en compte « les membres des autres milices et les membres des autres corps de volontaires, y compris ceux des mouvements de résistance organisés, appartenant à une Partie au conflit et agissant en dehors ou à l'intérieur de leur propre territoire ».

déterminer le contrôle[594]. La Chambre, après s'être référée au droit international humanitaire, se place toutefois sur le terrain du droit international général. Elle répond ainsi à l'Accusation qui affirmait que les critères dégagés par le droit de la responsabilité étatique ne trouvaient pas à s'appliquer en l'espèce, mais qu'il fallait se fonder sur des critères propres au droit international humanitaire. En effet, le droit international humanitaire ne contiendrait pas de critère propre pour déterminer quand des personnes privées peuvent être considérées comme se trouvant sous le contrôle d'un Etat[595], c'est à dire agissant comme des organes *de facto* de cet Etat. Elle est alors amenée à utiliser les règles du droit de la responsabilité internationale à cette fin. La Chambre d'appel rappelle justement que le point central, au-delà de la compétence différente de la CIJ et du TPIY, est ici une question préliminaire: celle de déterminer les conditions établies par le droit international dans lesquelles une personne n'appartenant pas à l'appareil d'un Etat peut être réputé agir comme un organe *de facto* de cet Etat[596].

Le rôle du Tribunal est bien, à la différence de la Cour, de mettre en œuvre la responsabilité pénale d'individus. Il lui est cependant nécessaire de définir en premier lieu le régime applicable, donc la nature du conflit qui a déchiré la Bosnie-Herzégovine; dans les termes du Tribunal, « *what is at issue is not the distinction between State responsibility and individual criminal responsibility. Rather, the question is that of establishing the criteria for the legal imputability to a State of acts performed by individuals not having the status of State officials*. » Avant de juger si les normes pertinentes du droit international humanitaire sont applicables, il serait nécessaire de répondre à cette question préliminaire d'après le droit international général. Cette utilisation du droit de la responsabilité internationale dans ce contexte est toutefois critiquable et ne répond à aucune nécessité logique.[597]

Le TPIY juge que le « test Nicaragua » ne serait pas convaincant.[598] Il faut préciser ici que dans l'affaire du *Nicaragua*, la CIJ a distingué deux « tests », correspondant à deux

---

[594] *Ibid*., §95. Comme le résume un commentateur de la jurisprudence du TPIY, « [f]or irregulars to qualify as lawful combatants requires control over them by a Party to the conflict, and correspondingly dependence on and allegiance of those irregulars to that Party. » André J.J. De HOOGH, *op. cit.*, p. 262

[595] *Ibid.,* §105

[596] *Ibid.,* §104

[597] V. *infra*, T2, Ch.2, s1

[598] TPIY, Appel, *Procureur c. Dusko Tadic*, §115

hypothèses distinctes.[599] La première, celle de l'organe *de facto*, nécessite la preuve de la dépendance totale du groupe envers l'Etat. Si cette preuve est apportée, l'ensemble du comportement du groupe sera attribué à l'Etat. La deuxième est celle de l'attribution du comportement d'une personne ou groupe de personne ayant agi en suivant les instructions ou sous le contrôle effectif de l'Etat ; dans cette hypothèse, seule l'action réalisée en suivant les instructions ou sous le contrôle de l'Etat lui est attribuable.

Or, la Chambre d'appel assimile de manière erronée les deux notions distinctes que sont l'organe *de facto* et l'imputation du comportement d'une personne ou groupe de personnes n'ayant pas la qualité d'organe sur le fondement de cette disposition.[600] Elle oppose, en outre, le critère du « contrôle global » à celui du « contrôle effectif » de manière erronée. En effet, le critère qu'elle propose, celui du « contrôle global », a pour effet d'attribuer à l'Etat l'ensemble des actes du groupe organisé soumis à ce contrôle.[601] Il s'agit donc d'un critère permettant d'identifier un organe *de facto* de l'Etat, et s'oppose en cela au critère qui a la même fonction dans la jurisprudence de la CIJ, c'est-à-dire la « totale dépendance ».

La compatibilité des critères dégagés par la CIJ tant avec la logique du droit international de la responsabilité qu'avec la pratique et la jurisprudence internationales est remise en cause. Le TPIY accepte la validité du « test Nicaragua », mais uniquement dans certaines hypothèses, et en conteste le caractère exclusif.[602] Cependant, au-delà de cette question, le raisonnement du Tribunal permettrait de mieux prendre en compte les activités menées par des Etats en utilisant des groupes armés que le critère strict de la « dépendance totale ».

Le « test *Nicaragua* » serait incompatible avec la logique du droit de la responsabilité internationale. La logique de la règle d'attribution codifiée sous l'article 8 est rappelée: « *the rationale behind this rule is to prevent States from escaping international responsibility by*

---

[599] V. *supra*, T2, ch. 1, s. 2, §1, A), 2.

[600] TPIY, Appel, *Procureur c. Dusko Tadic*, §112; au contraire l'Accusation note les deux critères distincts appliqués par la CIJ (§106)

[601] « In the case of an organised group, the group normally engages in a series of activities. If it is under the overall control of a State, it must perforce engage the responsibility of that State for its activities, *whether or not each of them was specifically imposed, requested or directed by the State*. » §122, les italiques sont du TPIY

[602] *Ibid.*, §124

having private individuals carry out tasks that may not or should not be performed by State officials»[603]. La *ratio* des règles d'imputation est de garantir l'effectivité du droit international; un Etat ne doit pas pouvoir échapper à sa responsabilité menant des activités contraires au droit international par le biais de personnes ou d'entités ne faisant pas formellement partie de sa structure. Une interprétation trop formaliste des normes gouvernant l'attribution permettrait à un Etat d'agir au travers de personnes n'ayant pas la qualité d'organes, desquelles il lui serait par la suite aisé de se dissocier en faisant observer qu'ils ne font pas partie de sa structure officielle. Le tribunal rappelle ici le fondement d'une règle qui est reconnue en droit international, et qui a été appliquée par la CIJ dans l'affaire *Nicaragua*. La divergence apparaît en ce qui concerne le degré de contrôle qui doit être exercé par l'Etat sur les personnes ou entités pour que leur comportement lui soit imputé. Celui-ci peut, selon la Chambre d'appel, varier d'après les circonstances.

La Chambre d'appel distingue deux hypothèses. La première est celle d'un individu ou d'un groupe d'individus (« *private individual* », « *an unorganised group of individuals* »). Des critères stricts doivent être appliqués afin d'établir qu'ils ont agi comme des agents *de facto* de l'Etat. L'Etat doit avoir ordonné la perpétration d'actes spécifiques (« *specific instructions concerning the commission of the breach* »[604]) - on retrouve ici un des critères adoptés par la CIJ dans l'affaire *Nicaragua,* et par la CDI - ou avoir rétroactivement approuvé l'action (hypothèse prise en compte dans l'article 11 du projet de la CDI).

La seconde hypothèse concerne un groupe organisé et structuré, comme une unité militaire ou un mouvement rebelle, qui se distingue notamment par l'existence d'une chaîne de commandement et de symboles d'autorité (« *an organised and hierarchically structured group* ».)[605] Les individus qui en sont membres font partie d'une hiérarchie et sont soumis à l'autorité du chef du groupe. Les critères de l'affaire *Nicaragua* ne seraient pas pertinents dans cette hypothèse. La Chambre d'appel juge qu'il n'est pas nécessaire de prouver des instructions spécifiques aux membres de ce groupe au sujet de chaque action mais qu'il est suffisant d'établir que le groupe se trouve sous le contrôle global (« *overall control* ») de

603 *Ibid.*, §117

604 *Ibid.*, §118

605 *Ibid.*, §120

l'Etat[606]. Ce cas relèverait également de l'attribution d'actes de personnes ne faisant pas partie de l'appareil d'Etat, sur le fondement de l'article 8. L'étendue du contrôle exigée serait simplement différente selon les cas. L'analyse a beaucoup été focalisée sur l'opposition portant sur l'étendue du contrôle, « global » ou « effectif », et moins sur les conséquences de l'application du critère du contrôle global : l'ensemble des actes commis par le groupe soumis au contrôle est imputable à l'Etat[607], ce qui en rapproche un tel groupe de la définition d'un organe de l'Etat. Ce critère, même si la distinction n'a pas été faite par le TPIY, doit servir à la définition d'un organe *de facto*.[608] Il ne peut d'ailleurs n'avoir que cette fonction : le contrôle global porte sur un groupe organisé, non sur un acte spécifique, il ne peut donc servir à imputer un acte spécifique à l'Etat exerçant le contrôle, mais l'ensemble des actes du groupe organisé sur lequel il est exercé.

Il est, en outre, difficile de considérer la RS et ses forces armées comme de simples particuliers. Il est concevable que des critères différents existent selon que l'on soit en présence de particuliers ou d'une entité politiquement organisée qui exerce un pouvoir sur une base territoriale. A ce titre, la distinction réalisée par la Chambre d'appel du TPIY est entièrement justifiée.

La jurisprudence de la Cour ne serait pas conforme à la pratique des Etats et la jurisprudence d'autres juridictions.[609] La divergence concerne, là encore, le degré de contrôle requis relativement à des groupes armés structurés. La Chambre d'appel fait en premier lieu référence à la sentence rendue par la Commission des réclamations Etats-Unis/Mexique dans l'affaire *Stephens*[610] (qui manque de précision, et concerne l'action d'un membre individuel

606 *Ibid.* §120. Cet argument est précisé plus loin: «In the case of an organised group, the group normally engages in a series of activities. If it is under the overall control of a State, it must perforce engage the responsibility of that State for its activities, *whether or not each of them was specifically imposed, requested or directed by the State*. » §122

607 *Ibid.*

608 Dans ce sens, v. Stefan TALMON, "The Responsibility of Outside Powers for Acts of Secessionist Entities", *ICLQ* 2009, p. 506: «the "overall control" test, however, was not intended to replace the Court's "effective control" test in the context of Article 8 of the ILC Articles on State Responsibility but was, in fact, used in lieu of its much more stringent "strict control" test to determine whether a secessionist entity qualified as a de facto organ in the sense of Article 4 of the ILC Articles on State Responsibility. »

609 TPIY, Appel, *Procureur c. Dusko Tadic*, §124s

610 Titre 2, Ch. 1, s.1, §2, A)

de forces irrégulières auxiliaires du gouvernement), ainsi qu'à l'affaire *Yeager* jugée par le Tribunal irano-américain des réclamations.[611] La référence à ces deux précédents n'est cependant guère pertinente dans la mesure où il ne s'agissait précisément pas de groupes armés organisés, ou d'attribution sur un fondement différent.

La Chambre d'appel développe un point de vue réaliste, dans le souci de garantir l'effectivité du droit international. La distinction opérée entre des « personnes et groupes de personnes » et des groupes organisés semble refléter adéquatement les exigences du droit de la responsabilité internationale contemporain, même si le Tribunal n'avait pas besoin de s'étendre sur la question, et assimile de manière erronée les critères relevant du droit de la guerre et ceux relevant de l'imputabilité dans le droit de la responsabilité internationale. La Chambre précise les éléments constitutifs de ce critère. L'aide financière et matérielle, ou la fourniture d'un refuge sur le territoire de l'Etat, ne sont pas suffisantes ; l'Etat auteur du contrôle doit coordonner et participer à l'organisation générale des activités du groupe.[612] L'identité des objectifs politiques et des buts de guerre, en particulier lorsque ceux-ci sont un agrandissement territorial, joue également un rôle important: « *where the controlling State in question is an adjacent State with territorial ambitions on the State where the conflict is taking place, and the controlling State is attempting to achieve its territorial enlargement through the armed forces which it controls, it may be easier to establish the threshold* ».[613] L'identité des buts de guerre et de la stratégie appliquée par la RFY et la RS a été mise en lumière dans le point précédent, traitant du jugement de la chambre de première instance. La coordination des deux entités pour la réalisation d'un but commun, sous la direction de l'Etat qui exerce le contrôle, serait donc une raison valable d'aménager le caractère strict des critères d'imputabilité retenus.[614] Les objectifs de la RFY et de la RS étaient, par ailleurs, l'unification des Serbes de Bosnie et de Serbie dans un seul Etat, ce qui impliquait à terme la disparition d'une *Republika Srpska* autonome. Le contrôle et la dépendance de celle-ci envers la RFY correspondaient à cette logique.

La Chambre d'appel examine par la suite les liens entre la RFY et la VRS (armée des Serbes de Bosnie). La structure de commandement et de contrôle liant la VRS à l'armée de la

[611] Titre 2, Ch. 1, s.1, §2, C), 2.

[612] *Ibid.*, §131

[613] §140

[614] Certains commentateurs retiennent également ces critères : A.J.J. De HOOGH, *op cit.*, p. 275

RFY (VJ), ainsi que la prise en charge de la solde d'officiers servant dans la VRS par la RFY, montre que la VRS et la VJ ne formaient pas deux armées distinctes, même après mai 1992 (« *did not (...) comprise two separate armies in any genuine sense* »)[615]. La Chambre d'appel énumère des éléments de preuve: le changement nominal n'a pas affecté la nature des objectifs et stratégies militaires; la VRS était soumise à la supervision de l'armée de la RFY; des unités de la VJ ont continué de combattre en Bosnie après son retrait officiel, fournissant ainsi une assistance militaire importante, voire décisive, à la VRS; enfin, les opérations menées par la JNA, donc sous le commandement de Belgrade, n'ont pas cessé immédiatement après le 19 mai. Pour la Chambre d'appel, « *the link between the VJ and VRS clearly went far beyond mere coordination or cooperation between allies* ».[616] Des ordres spécifiques n'étaient, dans ce contexte, pas nécessaires: les deux armées partageaient les mêmes objectifs militaires, et étaient du même avis.[617] La Chambre d'appel critique l'analyse trop formaliste de la Chambre de première instance, ainsi que la confiance accordée aux apparences d'autonomie entre les deux armées mises en place par les belligérants. Elle insiste sur la nécessité de mener une analyse fine et réaliste des liens entre la VRS et la VJ[618].

L'arrêt d'appel, à la différence de la première instance, se penche sur le processus de négociation ayant abouti aux accords de Dayton-Paris, qui viendrait confirmer le contrôle global exercé par la RFY sur les forces serbes de Bosnie. La RFY a, à de nombreuses reprises, agi au nom de la République serbe de Bosnie, ce qui traduit, selon le Tribunal, son contrôle politique sur cette entité.[619] La RFY s'est ainsi engagée, par les accords de Dayton-Paris ainsi que par une lettre adressée à différents Etats, à faire assurer le respect de ces engagements à la *Republika Srpska*.[620] On peut y voit un indice permettant de conclure que la RS était une administration locale subordonnée de la RFY, donc un organe *de facto* de cette dernière.[621]

Le Tribunal se fonde essentiellement sur la continuité entre l'ancienne armée populaire yougoslave (JNA) et ses successeurs, VJ et VRS, et l'identité, tant au niveau des structures

615 §151

616 §152

617 §153

618 §154

619 §159.

620 *Ibid.*

621 A ce sujet, De HOOGH, *op. cit.*, p. 276

que des objectifs stratégiques et de leur application tactique, entre l'armée des Serbes de Bosnie et l'armée de la RFY. La VRS était entièrement intégrée au dispositif global serbe, et, comme le précise le Tribunal, sa création a été déterminée par la volonté de la RFY de poursuivre ses propres objectifs politiques et militaires.

B) La confirmation du critère du « contrôle global » par la jurisprudence ultérieure du TPIY

Le raisonnement de l'arrêt d'appel dans l'affaire *Tadic* a été adopté par les autres formations du Tribunal. Ainsi, la chambre d'appel dans l'affaire du *Camp de Celebici* a confirmé le critère du contrôle global, dont l'application en première instance a été contestée par la défense.[622]

La chambre de première instance statuant dans l'affaire *Blaskic*[623], s'y est expressément référée[624] pour déterminer la nature du conflit opposant les forces croates de Bosnie (HVO), dont l'accusé faisait partie, à l'armée de Bosnie-Herzégovine. Elle a rejeté la demande de la défense visant à retenir les critères adoptés par la CIJ dans l'affaire *Nicaragua* et a confirmé le raisonnement de la Chambre d'appel dans l'arrêt *Tadic*.[625] Les ambitions du président de la Croatie, Franjo Tudjman, de rattacher certaines parties de la Bosnie-Herzégovine à la République de Croatie, projet partagé par les forces croates de Bosnie, ainsi que l'unité de principe entre les deux entités et l'aide matérielle et financière apportée par la Croatie aux autorités croates de Bosnie, sont ici également un élément essentiel du raisonnement du Tribunal, qui le mène à la conclusion que la Croatie exerçait un contrôle global[626] sur les Croates de Bosnie. Il observe, en outre, que les membres du HVO «voyaient Franjo Tudjman comme leur Président.»[627] En plus de l'identité des buts de guerre de la Croatie et de la Communauté croate de Bosnie, la Chambre relève le contrôle qu'exerçait

[622] TPIY, Ch. d'appel, *Zejnil Delalic e. a. (affaire « Celebici »)*, 20 février 2001, §8

[623] TPIY, Ch 1ère instance I, *Procureur c. Tihomir Blaskic*, 3 mars 2000

[624] *Ibid.*, §75

[625] *Ibid.*, §97

[626] *Ibid.*, §122

[627] *Ibid.*, §108

l'armée croate (HV) sur les forces armées croates de Bosnie (HVO). Des officiers de la HV prennent le commandement d'unités de la HVO sur l'ordre direct des autorités de la République de Croatie.[628] La Croatie exerçait également un contrôle politique sur les autorités croates de Bosnie ; le président de la Communauté croate de Bosnie consultait le président de la Croatie et suivait ses instructions.[629] Dans sa déclaration, le juge Shahabuddeen estime que si la chambre avait raison d'adopter les critères dégagés dans l'arrêt *Tadic (appel),* le critère le plus pertinent reste celui du contrôle effectif et du « test *Nicaragua* ». Le critère de « contrôle global » manquerait de précision et de clarté. L'argumentation reste cependant assez laconique. L'application du « contrôle effectif » dans l'affaire *Blaskic* n'aurait, d'après le juge Shahabuddeen, cependant pas mené à un résultat différent que l'application du « contrôle global ». Cette affirmation appelle de sérieuses réserves, compte tenu de l'application stricte faite par la CIJ dans l'affaire *Nicaragua*. C'est d'ailleurs précisément la volonté d'échapper à la conclusion qui aurait en principe découlé de l'application du « contrôle effectif » qui a mené la Chambre d'appel, présidée au demeurant par le même juge Shahabuddeen, à écarter ce critère au profit du « contrôle global ».

La notion de « contrôle global » est cependant précisée dans la jurisprudence ultérieure. Elle ne saurait être constatée uniquement par des « liens étroits » entre la Croatie et les Croates de Bosnie.[630] Il est indispensable de prouver que la République de Croatie « pourvoyait [au] financement [du HVO], à son entraînement et à son équipement, [lui] apportait un soutien opérationnel, et participait à l'organisation, à la coordination ou à la planification d'opérations militaires. »[631] Les deux angles du contrôle global relevés dans l'affaire *Tadic* sont précisés : il y a d'un côté l'aide matérielle, financière et opérationnelle, de l'autre la coordination des opérations militaires. L'aide suppose la dépendance de l'entité organisée envers l'Etat, et la dépendance entraîne le contrôle ; l'exigence de contrôle effectif, ou de mise en œuvre effective du contrôle, est réduite par la coopération et l'identité des objectifs du groupe organisé (ici les forces croates de Bosnie) et l'Etat (ici la Croatie).

[628] *Ibid.* §112; TPIY, Ch. de première instance, *Le Procureur c. Mladen Naletilic et Vinko Martinovic*, 31 mars 2003, §201

[629] *Ibid.*, §116

[630] TPIY, Ch. de première instance, *Le Procureur c. Mladen Naletilic et Vinko Martinovic*, 31 mars 2003, §198

[631] *Ibid.*

Des juridictions internes, comme l'*Oberlandesgericht* de Bavière, étaient arrivées à la même conclusion auparavant.[632] Dans l'affaire Djajic, celle-ci a jugé que le conflit faisant rage en Bosnie-Herzégovine était de nature internationale, que ce soit avant ou après le retrait officiel des forces de la RFY, le 19 mai 1992. Ce retrait n'aurait été qu'une apparence qui n'aurait en rien modifié la réalité de l'intervention de la RFY.[633] La juridiction allemande relève, à l'appui de son argumentation, les mêmes éléments que le Tribunal international, notamment l'identité des buts de guerre entre la RFY et les forces serbes de Bosnie, la remise d'armes lourdes et de matériel de guerre de la JNA à ces forces et les interventions de l'aviation yougoslave.

La jurisprudence arbitrale sur laquelle s'est basée la CDI pour définir le principe figurant à l'article 8 du projet concernait des actes de particuliers. Or, la jurisprudence plus récente s'est référée à ses travaux pour traiter de l'imputabilité d'organisation allant bien au-delà d'une « personne ou groupe de personnes ». Il est pourtant difficile de qualifier les organisations de guérilla nicaraguayennes, et *a fortiori* la République serbe de Bosnie et ses forces armées, de « particuliers », ou d'un simple « groupe de personnes ».[634] Le critère strict dégagé par la jurisprudence arbitrale, et adopté par la CDI, à savoir que n'est imputable à l'Etat que le comportement d'une personne ou d'un groupe de personne agissant effectivement pour son compte, c'est-à-dire sous son contrôle effectif ou ses instructions expresses, a cependant été utilisé dans des cas impliquant des groupes nombreux et bien organisés, voire des entités étatiques comme des régions sécessionnistes ou des Etats non reconnus par la communauté internationale.

Un critère dégagé afin de définir les conditions de l'imputation d'actes de particuliers, le contrôle effectif, a été purement et simplement transposé à des hypothèses très différentes. Il n'est pas judicieux de traiter des relations entre des Etats et des entités « quasi-étatiques », ou des groupes organisés militairement, comme des relations entre Etats et simples particuliers tels que présentées dans la section 1, §2 de ce chapitre. Un groupe

---

[632] *Oberlandesgericht* de Bavière, *Djajic*, arrêt du 23 mai 1997, NJW 1998, pp. 392-395 ; AJIL 1998, pp. 528-532.

[633] V. NJW 1998, p. 394 ; AJIL 1998, p. 530

[634] Dans le même sens, André J. J. De HOOGH relève que « the acts of the Bosnian Serb army, the VRS, were not those of private persons or of a private group ; they were the acts of an entity exercising governmental authority over large parts of Bosnian territory in concert with the Yugoslav army (the VJ) and on behalf of the FRY. » *op. cit.*, p. 275

organisé bénéficiera, de fait, d'une plus grande autonomie par rapport à l'Etat que de simples particuliers. C'est *a fortiori* le cas d'entités telles que la République serbe de Bosnie exerçant son autorité sur une partie du territoire d'un autre Etat. Par ailleurs, il est plus difficile de remplir des critères aussi stricts avec de telles organisations, dont l'existence s'inscrit par définition dans une certaine durée, qu'avec des individus employés par l'Etat de façon ponctuelle, pour remplir une mission bien précise. Il y a une différence d'ampleur et de mesure indéniable entre l'emploi par un Etat de particuliers pour remplir une tâche telle qu'un enlèvement en territoire étranger (hypothèses recouvrant la plupart des cas cités par la CDI dans son étude de la pratique étatique) et les relations entre un Etat et une entité « de type organisation armée ou Etat » coopérant dans le cadre d'un conflit armé.

La Cour internationale de Justice a néanmoins confirmé la validité de sa jurisprudence antérieure au sujet de ce type de situations dans un arrêt concernant précisément la question de l'imputabilité du comportement des forces serbes de Bosnie à la RFY.[635]

[635] L'apport de cet arrêt sera étudié dans le chapitre suivant, en même temps que d'autres appréhensions possibles de cas, nombreux, de relations entre une entité politiquement organisée, mais n'ayant pas la qualité d'Etat, et un Etat ayant joué un rôle important dans sa création et continuant de la soutenir.

Chapitre 2 L'organe *de facto* comme entité territoriale politiquement organisée

Les exemples de sécession, ou de tentatives de sécession, sont nombreux dans le monde contemporain. Dans de nombreux cas, les entités sécessionnistes sont créées et maintenues avec l'aide de puissances extérieures. Souvent, une seule puissance voisine de l'Etat victime de la tentative de sécession d'une de ses composantes apporte un soutien exclusif et considérable à l'entité sécessionniste.

S'il s'agit d'une simple aide, les actes de l'entité sécessionniste ne pourront en aucun cas être imputés à l'Etat concerné. Ce dernier sera responsable, du fait de ses propres organes, pour avoir violé l'obligation primaire de non-intervention dans les affaires internes d'un autre Etat. Cependant, le soutien peut s'avérer si important, voire décisif, que l'entité sécessionniste ne dispose pas de véritable autonomie envers l'Etat « intervenant » et peut être considérée comme un instrument de cet Etat, un organe de fait de cet Etat, ou une administration locale, une collectivité faisant, de fait, partie de cet Etat. Dans certains cas, l'intégration de l'entité sécessionniste dans l'Etat « intervenant » est d'ailleurs l'objectif plus ou moins avoué de cette intervention. C'était le cas notamment du conflit bosniaque, où le démembrement de la Bosnie-Herzégovine et l'association de la *Republika Srpska* à la Serbie était le but commun des dirigeants de ces deux entités.

La dépendance de l'entité envers son Etat « parrain » peut être difficile à prouver ; en général l'Etat « intervenant » affirme que l'entité sécessionniste est autonome à son égard. Son intérêt politique le poussera à prétendre que l'entité en question est un Etat indépendant, que son soutien reste limité, et ne dépasse pas ce qui normal et habituel entre Etats alliés, comme la Turquie dans le cas de la République turque du Nord de Chypre, la Russie dans le cas de la Transniestrie ou des régions sécessionnistes de Géorgie.

Ces entités posent des difficultés particulières au droit de la responsabilité internationale, dans la mesure où, comme elles n'ont pas la qualité d'Etat sur la scène internationale, leur responsabilité internationale ne peut être directement invoquée par d'autres Etats. Par ailleurs, leur Etat « d'origine », ne les contrôlant plus, ne peut en principe supporter la responsabilité de leurs actes. Enfin, selon les règles générales d'imputabilité, leur

comportement ne pourra généralement être attribué à l'Etat qui les a créées et qui continue de les soutenir ; celui-ci affirmant, en outre, leur totale indépendance à son égard.

La question de l'organe *de facto* en droit international général est abordé en premier lieu (s. 1), avant l'étude d'autres solutions concernant les relations entre une entité sécessionniste et un Etat (s2).

s1 Intérêt et pertinence d'une base d'imputabilité autonome: la consécration de deux bases distinctes par la Cour internationale de Justice.

La Cour a rappelé et précisé sa position sur l'imputabilité à un Etat d'actes de particuliers (§3) et systématisé sa jurisprudence sur l'organe *de facto* (§2). Il importe cependant, en premier lieu, de tirer au clair la confusion née de l'arrêt Tadic en première instance sur les relations entre droit des conflits armés et droit de la responsabilité internationale (§1).

§1 Le domaine d'application du droit des conflits armés face au droit de la responsabilité internationale.

La Cour devait, en premier lieu, déterminer la nature des obligations des Etats en vertu de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide. Un Etat peut voir sa responsabilité engagée sur le fondement de la Convention si des actes qu'elle prohibe ont été commis par un de ses organes ou une personne ou un groupe de personnes dont les actes lui sont juridiquement attribuables.[636] L'attribution des actes de génocide à l'Etat doit, en l'absence de *lex specialis*, être réalisée en application des règles d'imputabilité générales du droit de la responsabilité internationale, et notamment des critères de l'arrêt *Nicaragua*. Cette utilisation des règles de droit commun avait également été défendue par un auteur, qui estime

[636] CIJ, Arrêt, 26 février 2007, *Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-Monténégro)*, §179

que « *Genocide is an internationally wrongful act like any other, and the same basic rules of state responsibility should apply.* »[637] Si le génocide implique l'existence d'individus pénalement responsables, il est également susceptible de donner lieu à la mise en œuvre de la responsabilité internationale de l'Etat, si des actes de génocide lui sont attribuables en application des règles du droit international général.[638]

Dans le cadre de la détermination de l'imputabilité des actes de la VRS à la RFY, la Cour se penche sur la jurisprudence *Tadic* du TPIY, dans laquelle le Tribunal s'était écarté des critères dégagés par la Cour dans l'affaire *Nicaragua*, et conteste la pertinence du critère utilisé par le Tribunal, du moins en ce qui concerne la matière de la responsabilité des Etats. Elle admet que ce critère peut être valablement utilisé en matière de droit des conflits armés, mais ne se prononce pas sur ce point.[639] Elle conteste formellement le critère dégagé par la chambre d'appel du TPIY.

La Cour fait observer qu'elles ne se placent pas sur le même plan; la Cour devait juger la responsabilité internationale d'un Etat, alors que le Tribunal pénal devait, à un stade préliminaire, déterminer le caractère interne ou international du conflit. Le TPIY s'est penché sur une question « dont l'examen n'était pas nécessaire pour l'exercice de sa juridiction. »[640] Cependant, la Chambre d'Appel du TPIY avait clairement entendu appliquer les principes relatifs à l'imputabilité issus du droit de la responsabilité.

La Chambre d'appel avait assimilé les critères d'imputabilité selon le droit de la responsabilité internationale et de détermination de l'appartenance aux forces armées d'un Etat. Elle avait affirmé que

« *(l)ogically these conditions must be the same both in the case: (i) where the court's task is to ascertain whether an act performed by an individual may be attributed to a State, thereby generating the international responsibility of that State; and (ii) where the court must*

---

[637] Marko MILANOVIC, "State responsibility for Genocide", *EJIL*, vol. 17, n°3, p. 568

[638] *Ibid.*, p. 561. Cet auteur ajoute (p. 562) :

« *So, can a state commit a crime? Yes and no. A state can do nothing by itself – it can only act through individuals, who would in the overwhelming majority of cases be its de jure organs. But just as individuals can commit international crimes when acting in their official capacity, so can their criminal acts be attributed to a state.* »

639 CIJ, *Génocide*, §404

[640] *Ibid.*, §403

instead determine whether individuals are acting as de facto State officials, thereby rendering the conflict international and thus setting the necessary precondition for the "grave breaches" regime to apply. »[641]

Cette conclusion a été justifiée par certains auteurs, selon lesquels il serait difficilement concevable que des corps de règles différents pourraient, tous les deux, concerner l'attribution d'un comportement à l'Etat[642], ou que la définition de l'Etat en droit international pourrait différer.[643] Pour se prononcer sur la nature, interne ou internationale, d'un conflit comme celui s'étant déroulé entre la Bosnie-Herzégovine et les forces serbes de Bosnie, il serait nécessaire de déterminer si les activités armées du groupe peuvent être considérées comme des activités armées d'un autre Etat, en l'occurrence la RFY, c'est-à-dire si elles peuvent être attribuées à cet Etat. Il s'agirait là d'une opération de la même nature que l'imputation dans le cas de la détermination de la responsabilité internationale de l'Etat, même si les critères peuvent différer.[644]

La Cour internationale de Justice, au contraire, considère qu'

« aucune nécessité logique ne conduit à adopter forcément le même critère pour résoudre [c]es deux questions (…), qui sont d'une nature très différente : le degré et la nature de l'implication d'un Etat dans un conflit armé se déroulant sur le territoire d'un autre Etat, exigé pour que ledit conflit soit qualifié d'international, pourraient fort bien, sans contradiction logique, être différents de ceux qui sont exigés pour que la responsabilité de cet Etat soit engagée à raison de tel acte particulier commis au cours du conflit en cause. »[645]

La CIJ s'est justement opposée au TPIY sur ce point. Il n'y a, en effet, aucune exigence logique que ces deux questions soient régies par le même critère, car il s'agit de deux questions distinctes, se situant sur des plans différents. La question du degré

641 §104

642 Marina SPINEDI, "On the Non-Attribution of the Bosnian Serbs' Conduct to Serbia", *Journal of International Criminal Justice*, 2007, p. 833

643 André NOLLKAEMPER, "Attribution of Forcible Acts to States : Connexions Between the Law on the Use of Force and the Law of State Responsibility", in Niels BLOKKER and Nico SCHRIJVER (eds), *The Security Council and the Use of Force. Theory and Reality- A Need for Change ?*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2005, p. 151

644 *Ibid.*, pp. 832 et 837

645 CIJ, *Génocide*, §405

d'implication exigé pour qu'un conflit puisse être qualifié d'international relève d'un corps de règles primaires, celui du droit des conflits armés, d'une norme imposant aux Etats l'interdiction d'utiliser la force dans leurs relations internationales, alors que la question des critères exigés pour déterminer si un comportement donné est imputable à un Etat relève des règles secondaires du droit de la responsabilité internationale. Les deux corps de règles n'interviennent pas au même moment, ne se situent pas sur le même plan et ne sauraient donc être assimilées sans commettre une importante confusion.[646]

Cette confusion entre les deux points avait déjà été relevée et critiquée après le jugement de première instance dans l'affaire *Tadic*. La Chambre de première instance s'était également fondée sur les principes de la jurisprudence *Nicaragua* pour juger du caractère interne ou international du conflit opposant le gouvernement de Bosnie-Herzégovine aux forces serbes de Bosnie. Le recours aux critères de *Nicaragua* était inapproprié, parce que cet arrêt concernait la question, toute différente, de déterminer si les *contras* étaient un organe *de facto* des Etats-Unis ou agissaient pour son compte pour répondre à la question de l'imputabilité de leurs actes aux Etats-Unis aux fins de se prononcer sur leur responsabilité internationale. L'affaire *Tadic* ne concernait nullement la détermination de la responsabilité internationale d'un Etat, mais la caractérisation du conflit armé, comme préalable à la mise en œuvre de la responsabilité pénale individuelle ; l'utilisation de règles d'imputabilité issues du droit de la responsabilité internationale n'est pas pertinente et est contraire aux principes du droit des conflits armés.[647]

Il y eu une confusion entre des termes parfois utilisés indifféremment, mais à la signification et à la fonction différentes.

---

[646] Sur ce point, Marko MILANOVIC a écrit que "[*w]hat is not logical, however, except in an extremely strange circular sense, is the use of the international law of state responsibility for fashioning a test for this type of agency, as in Tadic the tests of state responsibility were used to establish* which part of the law of armed conflict applied in the first place." EJIL 2006, p. 585

[647] Theodor MERON, "Classification of Armed Conflict in the Former Yugoslavia : *Nicaragua*'s Fallout", *AJIL* n°92, 1998, p. 236, pour qui « *the problem in the trial chamber's approach lay not in its interpretation of* Nicaragua, *but in applying* Nicaragua *to* Tadic *at all. Obviously, the* Nicaragua *test addresses only the question of state responsibility. Conceptually, it cannot determine whether a conflict is international or internal. In practice, applying the* Nicaragua *test to the question in* Tadic *produces artificial and incongruous conclusions.* » *Ibid.*, p. 237

§2 l'organe *de facto* devant la CIJ : une interprétation restrictive

L'Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide a donné lieu à l'invocation par l'État requérant de la responsabilité de la Serbie-Monténégro (à l'époque République fédérale de Yougoslavie, actuellement Serbie) pour des faits commis par l'armée des Serbes de Bosnie, et en particulier les faits qualifiés de génocide par la Cour, le massacre de Srebrenica. Comme l'indique la Cour, il lui appartenait de déterminer si ces actes avaient été commis par des personnes ou des organes dont le comportement est attribuable, dans le cas particulier des événements de Srebrenica, à l'Etat défendeur.

La Cour reste dans la droite ligne de sa jurisprudence *Nicaragua,* à laquelle elle se réfère expressément[648]. Elle conclut que, malgré le soutien militaire et logistique important apporté par la RFY à la *Republika Srpska,* celle-ci ne peut être considérée comme un simple organe de celle-là. Les liens « puissants et étroits » entre les autorités de Belgrade et de Pale ne traduisent pas une dépendance complète; la Cour constate même, à la période principalement examinée en l'espèce (la mi-1995, lors du massacre de Srebrenica), « une relative, mais réelle, marge d'autonomie de la part (des dirigeants des Serbes de Bosnie) ». En outre, elle confirme sa jurisprudence antérieure lorsqu'elle précise que « le très important appui accordé par le défendeur à la Republika Srpska, appui sans lequel celle-ci n'aurait pu «mener ses activités militaires et paramilitaires les plus cruciales ou les plus significatives» (C.I.J. Recueil 1986, p. 63, par. 111), n'impliquait pas une totale dépendance de la Republika Srpska à l'égard du défendeur. »[649]

Dans son examen de l'imputabilité des faits de génocide commis à Srebrenica, la Cour relève, en premier lieu, que la RFY ne saurait en être tenue responsable du fait de ses organes *de jure*. Ni les forces armées de cet Etat, ni ses dirigeants politiques n'ont participé à l'exécution ou à la planification de ces massacres.[650] Par ailleurs, les autorités et forces serbes

---

648 CIJ, 26 février 2007, *Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-Monténégro),* §391

649 *Ibid.,* §394

650 *Ibid.,* §386

de Bosnie n'étaient pas des organes *de jure* de la RFY, « en ce sens qu'ils ne possédaient pas, en vertu du droit interne de cet Etat, le statut d'organes de celui-ci. »[651]

Par la suite, la Cour se penche sur l'argument du demandeur d'après lequel la République serbe de Bosnie, ses forces armées et divers groupes armés ayant opéré en Bosnie-Herzégovine pendant le conflit auraient été des « organes de fait » de la RFY, « de telle sorte que l'ensemble de leurs actes, et notamment les massacres de Srebrenica, devraient être regardés comme attribuables à la RFY, tout comme s'il s'agissait d'organes de cet Etat selon le droit interne de celui-ci »[652]. Cet argument est, comme le précédent, examiné sur le fondement de l'article 4 de la CDI, qui porte sur l'attribution à l'Etat du comportement « de ses organes », de droit ou de fait.

Il est nécessaire, avant de définir les critères d'identification d'un organe *de facto* (B), de préciser leur différence d'avec l'imputabilité du comportement de particuliers agissant sous le contrôle, ou en suivant les instructions et directives de l'Etat (A).

A) La distinction entre organe *de facto* et l'imputation d'actes de particuliers suivant les instructions, ou se trouvant sous le contrôle » de l'Etat.

Etudiée par la Commission du droit international dans le paragraphe traitant de l'imputabilité à l'Etat du comportement de ses organes, et sous la référence faite à l'article 4, l'imputation des actes d'organes *de facto* est clairement distinguée de l'imputation sur le fondement de l'article 8 du projet de la CDI.

Une certaine confusion avait longtemps entouré cette question, les deux notions ayant parfois été assimilées.[653] Il est vrai que la jurisprudence antérieure de la Cour, ainsi que le

[651] *Ibid.*cf chapitre 1

[652] *Ibid.*, §390

[653] Notamment par Claus KRESS, « L'organe de facto en droit international public. Réflexions sur l'imputation à l'Etat de l'acte d'un particulier à la lumière des développements récents », *RGDIP* 2001, p.93 ; le titre de son article assimile les deux notions pourtant distinctes : s'il s'agit d'un organe *de facto*, ce n'est pas l'acte d'un particulier, et vice-versa : soit c'est un organe, même *de facto*, soit c'est un particulier, c'est-à-dire une personne ne faisant pas partie de la structure de l'Etat. Frédéric DOPAGNE, « La responsabilité de l'Etat du fait des

projet d'articles de la CDI, n'avaient pas toujours été très clairs,[654] de même que la jurisprudence d'autres juridictions, notamment le TPIY. Dans l'affaire *Tadic*, la Chambre de première instance ne distingue pas clairement entre les deux cas. Si la présence de deux hypothèses distinctes est relevée par la Présidente de la Chambre dans son opinion dissidente, elle est à nouveau niée par la Chambre d'appel, qui les assimile.

Les termes « organe *de facto* », « action pour le compte de l'Etat » ou « personnes agissant selon les instructions ou sous le contrôle de l'Etat » ont souvent été utilisés indifféremment. Le TPIY et la CDI avaient eu tendance à ramener l'hypothèse de l'organe *de facto* et de l'article 8 à une seule, et plus précisément à la seconde. Des particuliers « agissant pour le compte de l'Etat » ont pu être qualifiés d' « agents de fait », et souvent été assimilés à des « organes de fait ».

La confusion a pu être alimentée par la proximité, en fait, des critères retenus pour l'une et l'autre base d'imputation. Le critère d'un organe de fait est sa totale dépendance envers l'Etat, qui traduit un degré très élevé de contrôle ; celui de l'article 8 est le contrôle effectif (ou les instructions expresses). Dans le premier cas, le groupe ou l'entité doivent être concerné par la « totale dépendance », de manière durable ; dans le second, ils doivent être soumis au contrôle ou suivre les instructions de l'Etat à l'occasion d'une activité spécifique. Entre les deux hypothèses, « *the focus shifts from the question of dependence to the question of control.* »[655]

Si la différence entre l'imputabilité du comportement d'un organe et celui de personnes n'ayant pas cette qualité est importante, tant au niveau de la nature que du régime juridique, il est vrai qu'elle demeure « souvent de simple degré dans la réalité des faits »[656].

---

particuliers : les causes d'imputation revisitées par les articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite », *RBDI* 2001, p. 496 assimile l'organe de fait à l'hypothèse de l'article 8 du Projet de la CDI. D'autres auteurs, comme Marko Milanovic, ont cependant relevé que dans l'affaire *Nicaragua*, la CIJ n'a pas formulé qu'un, mais bien deux « tests ». Marko MILANOVIC, "State Responsibility for Genocide", *EJIL* 2006, p. 576

[654] Par exemple Rapport Ago, ACDI 1971 II, vol. 1, §191

[655] Stefan TALMON, "The Responsibility of Outside Powers for Acts of Secessionist Entities", *ICLQ* 2009, p. 502

[656] Pierre-Marie DUPUY, « Crime sans châtiment, ou mission accomplie ? », *RGDIP* 2007, p. 251

Une certaine confusion a pu naître du texte de l'arrêt *Nicaragua*, où la Cour parle en premier lieu de totale dépendance, puis dit que l'autorité conférée par cette relation de dépendance aurait dû être exercée.[657]

Dans l'affaire de la *Convention pour la prévention et la répression du crime de* Génocide, la Cour indique clairement la différence entre ces deux hypothèses, et la démarche suivie.[658] Il s'agit, en premier lieu, de déterminer si le génocide de Srebrenica a été commis par des organes du défendeur, ce qui recouvre *a priori* tant les organes *de jure* que *de facto*. Les organes sont définis comme des « personnes ou entités dont le comportement est nécessairement attribuable [au défendeur], parce qu'elles sont les instruments mêmes de son action. » Il y a là un point important, qui souligne le caractère concret et réaliste du droit de l'imputabilité : sont des organes de l'Etat les personnes ou entités au travers desquelles il agit, qui sont ses instruments, qui lui permettent de réaliser ses politiques.

En second lieu, si le génocide n'a pas été commis par des organes du défendeur, il faut se pencher sur « une question d'une tout autre nature »[659], à savoir « si les actes en cause ont été commis par des personnes qui, bien que ne constituant pas des organes de l'Etat défendeur, ont agi cependant sur les instructions ou les directives ou sous le contrôle de ce dernier. »[660] Il s'agit là de l'hypothèse de personnes privées agissant en fait pour le compte de l'Etat, ou, comme le dispose l'article 8 du projet de la CDI, en suivant ses instructions, ses directives ou sous son contrôle. Dans ce deuxième cas, les particuliers ne deviennent pas des organes de l'Etat, même *de facto*, ils restent des particuliers, en principe autonomes envers l'appareil d'Etat, mais dont certains actes bien précis lui sont attribuables en raison de circonstances de fait particulières.

Cette distinction a également été appliquée par la Cour, de façon certes moins nette, dans l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo*[661]. La République démocratique du Congo prétendait que l'Ouganda était responsable des actes du Mouvement de Libération du Congo (MLC), un mouvement rebelle congolais auquel il avait apporté son soutien. Après

[657] Cf. *supra*, Ch. 1, s.2, §1, A), 2, a.

[658] CIJ, *Génocide*, §384

[659] *Ibid*., §397

[660] *Ibid*., §384

[661] CIJ, *Activités armées sur le territoire du Congo (République Démocratique du Congo c. Ouganda)*, Recueil 2005, p. 168

s'être penchée sur les conditions de la création du MLC et du contrôle prétendument exercé par l'Ouganda sur ce mouvement, la Cour observe, dans un premier temps, que le comportement du MLC n'était pas celui d'un « organe » au sens de l'article 4 du Projet de la CDI.[662] Il est vraisemblable que la Cour ait compris par ce terme un organe *de facto* de l'Ouganda, personne n'ayant soutenu qu'il aurait pu s'agir d'un organe *de jure* de cet Etat. En outre, il n'aurait pas été nécessaire pour cela de se pencher sur des questions de fait comme la création de ce mouvement rebelle, le soutien qui lui a été apporté ou le contrôle exercé. Après avoir exclu que le MLC était un organe, y compris *de facto*, de l'Ouganda, la Cour a jugé qu'elle de disposait d'aucun élément prouvant que le MLC avait agi «sur les instructions ou les directives ou sous le contrôle » de l'Ouganda au sens de l'article 8 du projet de la CDI.

La distinction entre l'organe *de facto* pris en compte par l'article 4 du projet d'articles et le comportement de personnes ou groupe de personnes relevant de l'article 8 a également été notée en doctrine.[663] De même, selon James Crawford, « l'expression « organe de l'Etat » s'entend de toutes les personnes ou entités qui entrent dans l'organisation de l'Etat et qui agissent en son nom. »[664] Il ressort tant de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice que du projet d'articles de la CDI sur la responsabilité des Etats que la règle de l'imputabilité à l'Etat du comportement de ses organes codifiée à l'article 4 dudit projet inclut tous les organes de l'Etat, *de jure* comme *de facto*. Le droit interne est indispensable afin de définir les organes d'un Etat, mais en aucun cas suffisant.

La position de la CDI a subi une évolution sur ce point. Le projet d'articles adopté en première lecture limitait la notion d'organe de l'Etat aux organes *de jure*. D'après son article 5, est attribuable à l'Etat le comportement de tout organe de l'Etat ayant ce statut d'après son droit interne.[665] En revanche, la disposition pertinente de la version finale dispose que l'organe de l'Etat « comprend toute personne ou entité qui a ce statut d'après le droit interne », ce qui signifie que la notion d'organe de l'Etat n'est pas limitée à ceux que le droit

[662] *Ibid* ., p. 226, §160

[663] V. dans ce sens Djamchid MOMTAZ, "Attribution of Conduct to the State: State Organs and Entities empowered to exercise Elements of Governmental Authority", in. James CRAWFORD, Alain PELLET, Simon OLLESON (eds), *op. cit.*, p. 243

[664] James CRAWFORD, *op. cit.*, p. 112

[665] Article 5 du projet adopté en première lecture (1996)

interne désigne comme tels mais englobe les organes *de facto*. Cette interprétation de l'article 4 est confirmée par le commentaire de la Commission du droit international.[666]

B) Les critères d'identification d'un organe *de facto*

Les critères de l'organe *de facto* d'après la jurisprudence de la CIJ sont énoncés (1) avant l'étude de la portée de leur application concrète (2).

1. La position de principe de la CIJ

La position de principe de l'arrêt *Nicaragua* est rappelée ; « une personne, un groupe de personnes » ou, ajoute la Cour « une entité quelconque » ne possédant pas le statut d'organe *de jure*, peut être assimilé à un organe de l'Etat aux fins de la mise en œuvre de la responsabilité internationale.[667] L'expression « entité quelconque » permet de prendre en compte ce qui dépasse un simple « groupe de personnes », à savoir les autorités d'un Etat non-reconnu ou ses forces armées. L'approche réaliste du droit international est affirmée en principe, même si son application pratique risque de la réduire à peu de choses.

L'Etat est pris en compte, par le droit international, dans son unité et sa réalité ; il faut « aller au-delà du seul statut juridique, pour appréhender la réalité des rapports entre la personne qui agit et l'Etat auquel elle se rattache si étroitement qu'elle en apparaît comme le simple agent ». En effet, « toute autre solution permettrait aux Etats d'échapper à leur responsabilité internationale en choisissant d'agir par le truchement de personnes ou d'entités dont l'autonomie à leur égard serait une pure fiction. »[668] Toute la logique du droit de la responsabilité internationale et de ses normes en matière d'imputation est résumée ici. L'Etat s'organise comme il l'entend, mais il ne peut ensuite éviter de tirer les conséquences de son organisation. Le droit international se borne à prendre en compte l'organisation que l'Etat s'est librement donnée ; son organisation réelle, et non purement formelle.

[666] James CRAWFORD, *op. cit.*, pp. 117-118

[667] *Ibid.*, §392

[668] *Ibid.*

Cependant, le critère retenu par la Cour est extrêmement strict. Un « degré particulièrement élevé de contrôle »[669] doit être établi. Seul une personne, groupe ou entité agissant « en fait sous la «totale dépendance» de l'Etat »[670] peut être qualifié d'organe de fait de celui-ci, ce qui suppose effectivement un contrôle très fort de l'Etat. Ce critère n'est pas défini, mais il pose clairement un seuil très élevé. Une dépendance considérable, telle celle qui caractérisait la relation des *contras* et des Etats-Unis, a été jugée insuffisante. Dans cette affaire, la Cour avait retenu, pour déterminer si le mouvement *contra* était un organe *de facto* des Etats-Unis, les critères parallèles de la « dépendance », d'abord sans qualificatif, et de l' « autorité ».[671] Dans cette affaire, le fait que le mouvement n'avait pas été créé par les Etats-Unis avait joué un rôle important dans la conclusion de la Cour ; il permettait de prouver une relative autonomie à leur égard.

Par la suite, la Cour a refusé de considérer la « *contra* » comme un organe de fait des Etats-Unis car sa dépendance à leur égard n'était pas totale.[672] Comme dans l'arrêt du 27 juin 1986, ce critère de « dépendance totale » est présenté comme un critère unique et général dans l'arrêt du 26 février 2007.[673] Il n'est pas nécessaire que l'Etat ait concrètement fait usage du pouvoir de contrôle que confère la totale dépendance du groupe à son égard.

Le critère retenu par la Cour pour établir qu'un groupe puisse être considéré comme un organe *de facto* d'un Etat est très strict, car la qualification d'un groupe comme tel emporte d'importantes conséquences, notamment l'attribution de l'ensemble des actes que l'organe a commis en cette qualité, y compris ceux commis *ultra vires*. Cette conséquence découle de l'identité du groupe : à partir du moment où il est un organe de l'Etat, même *de facto*, son

[669] *Ibid.*, §393

[670] *Ibid.* ; la Cour cite l'expression utilisée dans l'affaire *Nicaragua* (Recueil 1986, p. 63).

[671] La Cour devait «déterminer si les liens entre les *contras* et le Gouvernement des Etats-Unis étaient à tel point marqués par la dépendance d'une part et l'autorité de l'autre qu'il serait juridiquement fondé d'assimiler les *contras* à un organe du Gouvernement des Etats-Unis ou de les considérer comme agissant au nom de ce gouvernement» p. 62, §109

[672] *Ibid.*, §110

[673] A ce sujet, v. également Hervé ASCENSIO, « La responsabilité selon la Cour internationale de Justice dans l'affaire du génocide bosniaque », *RGDIP* 2007, p. 285

comportement est attribuable à ce dernier[674] sans qu'il soit nécessaire de prouver des instructions ou un contrôle de l'Etat.[675]

Toutefois, une exigence aussi grande risque de rendre ce concept entièrement inopérant. En effet, comment établir la totale dépendance d'un groupe envers l'Etat, surtout dans l'hypothèse qui est celle de cette affaire, où un groupe organisé et armé opérant sur le territoire d'un autre Etat, conserve le plus souvent une marge de manœuvre, « relative mais réelle », pour reprendre l'expression de la Cour. Celle-ci a, par ailleurs, estimé que l'« assimilation aux organes de l'Etat de personnes ou d'entités auxquelles le droit interne ne confère pas ce statut ne peut que rester exceptionnelle ».[676] Il ne risque guère d'en être autrement. La Cour semble même avoir écarté la possibilité concrète de ce qu'elle affirme en théorie.

Les caractéristiques propres de l'affaire - le groupe est organisé et hiérarchisé, le soutien étatique est important et systématique - justifient que l'Etat soit responsable des actes illicites commis par le groupe en question, même s'ils n'ont pas été spécifiquement ordonnés par l'Etat ou commis sous son contrôle effectif. Tous les actes du groupe sont, dans cette hypothèse, commis sous l'autorité de l'Etat et sont donc susceptibles d'engager sa responsabilité internationale.[677]

De même, pour Karine Bannelier et Théodore Christakis[678], le « critère extrêmement rigoureux de la « dépendance totale » (...), interprété comme une absence complète (ou quasi-complète) d'autonomie de la part de l'entité en question place la barre un peu trop haut », ce qui en rendrait l'utilité pratique négligeable.[679] Ce choix risque de mener à « créer des vides

---

[674] Cf. art. 4 Projet CDI, *supra*

[675] Comme le relève un auteur, " *the only thing missing for such an actor to actually be considered a proper organ of the state would be a determination to that effect by the state's own domestic law*." Marko MILANOVIC, "State Responsibility for Genocide", *EJIL* 2006, p. 577

[676] CIJ, *Génocide*, §393

[677] *Ibid.*, p. 661

[678] Karine BANNELIER, Théodore CHRISTAKIS, « Qu'est-ce qu'un génocide et quand un Etat est-il responsable pour ce crime? Analyse de l'arrêt rendu par la CIJ dans l'affaire Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro (26 février 2007) », *RBDI* 2007-1, p. 288-289

[679] Jörn GRIEBEL, Milan PLUECKEN, "New Developments Regarding the Rules of Attribution? The International Court of Justice's Decision in *Bosnia v. Serbia*", *Leiden Journal of International Law*, 2008, n°21,

juridiques dangereux »[680] ; en effet, la responsabilité d'ensemble pour la commission du génocide ne peut être imputée à la République serbe de Bosnie, celle-ci n'étant pas un Etat au sens du droit international, ni à la RFY, car les actes de la *Republika Srpska* ne lui sont pas attribuables.[681] En effet, bien que la *Republika Srpska* ait été largement dépendante de la RFY et soumise à un certain contrôle de sa part, la responsabilité des actions des autorités serbes de Bosnie ne peut être supportée par celle-ci.

2. L'application du critère de l'organe *de facto* aux faits.

L'application du critère de la dépendance totale aux faits a mené la Cour à conclure que la République Serbe de Bosnie n'était pas, en juillet 1995, un organe *de facto* de la République fédérale de Yougoslavie, malgré les liens nombreux et étroits qui existaient entre les deux entités. La Cour doit tenir compte de contraintes liées à sa compétence, fondée exclusivement sur la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide. Elle est compétente pour déterminer si des faits de génocide sont attribuables à la RFY. Or, elle a conclu à la commission d'un génocide que dans le cas du massacre de Srebrenica, en juillet 1995. Elle ne peut donc se prononcer sur les liens entre la *Republika Srpska* et la RFY qu'à cette date, à laquelle leurs liens, qui avaient été « puissants et étroits », avaient quelque peu perdu en intensité.[682] La base de compétence de la Cour l'empêchait également de se prononcer sur l'ensemble du conflit et notamment sur les violations du *jus ad bellum* et du principe de non-intervention commises par la RFY.

La Cour observe que les liens étroits entre la RFY et les autorités serbes de Bosnie laissaient à ces dernières « une relative, mais réelle, marge d'autonomie »[683].

Cependant, même à cette date, la RFY fournissait un très important appui à la *Republika Srpska*, sans lequel cette dernière « n'aurait pu «mener ses activités militaires et

---

p. 613. Les mêmes auteurs font remarquer que ce critère comporte un standard de preuve exceptionnellement élevé.

[680] Karine BANNELIER, Théodore CHRISTAKIS, *op. cit.*, p. 289

[681] Hervé ASCENSIO, *op. cit.*, p. 288

[682] La Cour se fonde notamment sur des dissensions apparues entre les dirigeants bosno-serbes et de la RFY.

[683] *Ibid.*, §394

paramilitaires les plus cruciales ou les plus significatives»[684]. Cela n'a pas suffi à conclure à sa « totale dépendance » envers la RFY, même si d'après les termes cités, cette dépendance était très importante, au point que sans l'aide reçue de la part de la RFY, les forces serbes de Bosnie n'auraient pu mener d'opération militaire de quelque envergure, et auraient été condamnées à l'inefficacité. Cette dépendance était donc très grande, mais non *totale*. La « dépendance totale » a certes été reconnue dans l'affaire *Nicaragua*, en ce qui concernait les débuts du mouvement *contra*[685]. Dans cette affaire, la Cour avait, en outre, exigé la preuve que les Etats-Unis avaient usé des possibilités de contrôle qu'implique cette dépendance, alors que cette condition a disparu dans l'affaire du *Génocide*. Il n'est, pour autant, guère possible de parler d'un adoucissement du critère de définition d'un organe *de facto*, mais plutôt d'une clarification de son régime et de sa différence avec l'hypothèse de l'article 8. La question était, en effet, rendue plus embrouillée par l'exigence de l'utilisation effective du contrôle, qui rapprochait le régime de l'organe de fait de celui de l'action « suivant les instructions ou sous le contrôle de l'Etat. »

Une approche globale des relations entre la RS et la RFY montre que l'application d'un critère aussi strict n'était pas adaptée aux circonstances de l'affaire. Il n'est pas apte à prendre en compte les relations existant entre un Etat et une autorité publique[686], une collectivité territoriale à mi-chemin entre un Etat non-reconnu et une dépendance *de facto* de la RFY, comme l'était la République serbe de Bosnie. Les liens entre les deux entités étaient nombreux et variés, et avaient également une histoire qu'il est nécessaire de prendre en compte afin d'appréhender la réalité de leurs relations. En effet, même si la Cour était limitée par sa base de compétence, il aurait été judicieux de ne pas s'arrêter aux liens entre la RFY et la République serbe de Bosnie et son armée constatés à un moment précis, mais de prendre en compte l'ensemble de leurs relations depuis la création de la RS, la dynamique des relations entre les deux entités plutôt que leur état à un point précis dans le temps.

La Cour relève que des liens étroits unissaient la RFY et la RS et constate « qu'il est établi que le défendeur mettait ainsi des ressources militaires et financières considérables à la disposition de la Republika Srpska et que s'il avait décidé de retirer ce soutien, cela aurait

[684] *Ibid.* La Cour cite l'expression utilisée dans l'arrêt *Nicaragua* (Recueil 1986, p. 63).

[685] CIJ, *Nicaragua*, p. 62, §110

[686] CIJ, *Génocide*, §389, assimile la RS a une « autorité publique »

grandement limité les options ouvertes aux autorités de la Republika Srpska »[687], en se fondant sur des éléments avancés par le demandeur et sur des constatations faites par le TPIY dans l'affaire *Tadic*.

Il est possible d'énumérer les différents éléments traduisant la dépendance de la RS envers la RFY :

- Fourniture d'armes et de matériel ;
- Identité des buts de guerre et coordination des actions militaires ;
- Dépendance de la RS dans la conduite de ses relations extérieures ;
- Financement de la RS par la RFY
- Paiement des soldes et nomination des officiers ;

Ces points ont déjà été abordés lors de l'examen de l'affaire *Tadic*.[688]

La nécessité d'appliquer des critères moins formalistes et plus réalistes est soulignée par l'opinion individuelle du vice-président de la Cour, le juge Al-Khasawneh. Il y avait « unité de buts, d'ethnicité et d'idéologie » entre les régimes de la RFY et de la *Republika Srpska*, le contrôle effectif de la première sur la seconde n'était donc pas nécessaire. La *Republika Srpska* se serait même comportée comme une subdivision territoriale de la RFY, sans réelle volonté d'autonomie envers celle-ci.[689] En effet, l'objectif poursuivi par les dirigeants de ces deux entités, ainsi que par ceux des Serbes de Croatie, était de regrouper l'ensemble des Serbes dans un seul Etat.

Par ailleurs, la création d'une armée serbe de Bosnie distincte de celle de la RFY relève de la fiction, mise en place par la RFY pour donner l'impression de se conformer à la résolution 752 du 15 mai 1992 exigeant le retrait de l'armée de la RFY. La VRS a hérité de l'armement et du matériel laissé par les forces armées de la RFY (JNA/VJ), les personnels et les unités serbes en Bosnie sont restées les mêmes avant et après le retrait théorique de

[687] *Ibid.*, §241

[688] T2, chapitre 1, s2, §2, A)

[689] Opinion dissidente du Juge *ad hoc* Mahiou, §105

l'armée de la RFY. Les forces de la JNA en Bosnie-Herzégovine ont simplement changé de nom pour devenir la VRS.[690]

A ce propos, un indice auquel la CIJ donne un poids important dans l'identification d'un organe *de facto* semble être celui de la création de cet organe par l'Etat. Dans l'affaire *Nicaragua*, la Cour avait refusé d'assimiler le mouvement « *contra* » à un organe des Etats-Unis en relevant notamment qu'ils ne l'avaient pas créé ; il existait déjà avant que les Etats-Unis ne lui fournissent une aide massive.[691]

De même, dans l'affaire des *Activités Armées sur le territoire du Congo*, la Cour a rejeté la thèse congolaise selon laquelle le mouvement rebelle congolais MLC aurait été un organe de l'Ouganda, notamment au motif « qu'il n'existe aucun élément de preuve crédible qui donne à penser que l'Ouganda a créé le MLC. »[692] Celui-ci aurait toujours conservé une grande autonomie vis-à-vis de l'Ouganda, qui n'aurait pas été affectée par le soutien limité reçu de cet Etat.

Le critère du « contrôle global » dégagé par le TPIY s'oppose davantage à celui de la « totale dépendance », qu'au « contrôle effectif » issu de la règle codifiée dans l'article 8 CDI[693], car il a pour effet d'attribuer à l'Etat l'ensemble des actes commis par le groupe soumis au contrôle. Il s'agit d'un critère de définition des organes *de facto*, même si la Chambre d'Appel du TPIY a placé le critère du contrôle global dans le cadre de l'attribution à l'Etat du comportement de personnes privées et a assimilé cette dernière hypothèse avec l'organe *de facto*.[694]

Ce critère a cependant été analysé par la CIJ dans le paragraphe relatif à « la question de l'attribution du génocide de Srebrenica au défendeur à raison de ses instructions ou de son contrôle ». La CIJ ne s'est donc pas directement prononcé sur le débat autour de la nécessité d'un critère plus large dans la détermination d'un organe *de facto* lorsqu'il s'agit d'une entité organisée. Le « contrôle global » aurait le défaut majeur de distendre excessivement le lien

[690] V. à ce sujet *supra*, l'examen de l'affaire *Tadic* (T2, chapitre 1, s2, §2, A).

[691] V. supra, ch. 3, s2., §1, A), 2.,a)

[692] CIJ, *Activités Armées*, Rec. 2005, p. 226, §260

[693] Olivier CORTEN, « L'arrêt rendu par la CIJ dans l'affaire du Crime de Génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie) : vers un assouplissement des conditions permettant d'engager la responsabilité d'un Etat pour génocide ? », *AFDI* 2007, p. 267

[694] *Cf. supra*, T.2, ch. 1, s. 2, §2, A), 2.

nécessaire entre les faits illicites et les organes de l'Etat aux fins de l'attribution. La Cour a tout à fait raison de rappeler le principe fondamental du droit de la responsabilité internationale, à savoir qu'un Etat n'est responsable que du comportement de ses propres organes, qu'ils soient *de jure* ou *de facto*, sauf dans les cas, comme celui de l'article 8 du projet de la CDI, où un Etat peut être amené à répondre du comportement de particuliers. Le principe est clair, un Etat n'est, en-dehors de ces cas exceptionnels, responsable que du fait de ses propres organes.

La définition de ses organes ne doit cependant pas être trop stricte, au risque de tomber dans l'écueil inverse, également relevé par la Cour, à savoir qu'un Etat ne doit pas pouvoir échapper à ses responsabilités en utilisant des personnes ou des entités qui n'auraient en réalité aucune autonomie à son égard.

§3 Le traitement de l'hypothèse de l'article 8 par la Cour

De manière plus claire et plus précise que dans le précédent du *Nicaragua*, la Cour procède à un raisonnement en deux temps. Après avoir conclu que les autorités ou forces armées serbes de Bosnie n'étaient pas un organe, *de jure* ou *de facto*, de la République fédérale de Yougoslavie, elle examine l'hypothèse codifiée par l'article 8 du Projet d'articles de la CDI, à savoir celle de l'attribution à l'Etat du comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes ayant agi sous son contrôle, ou en suivant ses instructions ou directives. Si l'application concrète de ce critère peut faire l'objet de réserves (B), il se situe dans la continuité de la jurisprudence de la Cour (A).

A) Un raisonnement dans la continuité de la jurisprudence de la Cour

La Cour rappelle sa distinction entre le cas de l'article 8 et l'organe *de facto*. Dans ce dernier cas, l'ensemble du comportement de l'organe accompli en cette qualité est attribué à l'Etat, alors que dans l'hypothèse de l'article 8, seul le comportement effectué dans les conditions citées est imputable à l'Etat.

Les « personne ou groupe de personnes » ne deviennent pas des organes, même *de facto*, de l'Etat, et la Cour a raison de le souligner au vu de la confusion régnant dans ce domaine. L'hypothèse codifiée dans l'article 8 du Projet de la CDI concerne précisément l'attribution du comportement de personnes n'ayant pas la qualité d'organes. Cependant, l'Etat est réputé être l'auteur de ces actes. Il a agi par le biais de personnes qui ne font pas partie de son appareil, que ce soit d'après son droit interne, ou en fait.

A l'argument du demandeur fondé sur la nature particulière du crime de génocide, qui justifierait que le contrôle effectif de l'Etat soit apprécié au regard de l'ensemble des opérations menées par le groupe concerné, et non de chaque acte spécifique, la Cour répond qu'il n'existe pas de *lex specialis* en la matière, et que le « génocide sera regardé comme attribuable à l'Etat si et dans la mesure où les actes matériels, constitutifs du génocide, commis par des organes ou des personnes autres que ses propres agents l'ont été, en tout ou en partie, selon les instructions ou sous la direction ou le contrôle effectif de cet Etat. » L'attribution à l'Etat de faits accomplis par des personnes n'étant pas ses organes, de droit ou de fait, dans les hypothèses prévues par l'article 8 trouve également à s'appliquer dans cette hypothèse.

La Cour reste dans la ligne classique au sujet de son interprétation de cette norme. Le contrôle au sens de l'article 8 signifie le « contrôle effectif ». De plus, comme elle l'avait jugé dans l'affaire du *Nicaragua*[695], « il est nécessaire de démontrer que ce «contrôle effectif» s'exerçait, ou que ces instructions ont été données, à l'occasion de chacune des opérations au cours desquelles les violations alléguées se seraient produites, et non pas en général, à l'égard de l'ensemble des actions menées par les personnes ou groupes de personnes ayant commis lesdites violations. »[696] Le contrôle ou les instructions doivent concerner une opération en particulier, mais pas forcément la commission des actes illicites eux-mêmes.

La CIJ affirme que l'article 8 reflète le droit international coutumier.[697] Cette affirmation n'est pas démontrée, elle se fonde uniquement sur l'autorité de la Cour elle-même (affaire *Nicaragua*) et de la CDI. Pour le professeur Cassese, le raisonnement qu'a suivi la

[695] Cf. *supra*, Titre 2, ch. 1, s.2, §1, A), 2., b.

[696] CIJ, *Génocide*, §400

[697] *Ibid.*, §398

Cour rappelle un « oracle ».[698] La Cour aurait dû justifier sa décision, et son refus du test proposé par le TPIY dans l'affaire Tadic, en se référant à des précédents judiciaires et à la pratique étatique.[699] La Cour aurait dû prouver que le critère du contrôle global ne correspondait pas à la pratique des Etats et à leur *opinio juris*. Cependant, il ne fait aucun doute que l'article 8 reflète le droit coutumier, au moins en ce qui concerne les individus et les groupes peu organisés. Tant la CIJ (dans les affaires des *Otages* et du *Nicaragua*) que le TPIY (*Tadic*) sont d'accord sur ce point. La pratique des Etats va également dans ce sens.[700] Le test du contrôle effectif issu de la jurisprudence *Nicaragua* ne concernerait que l'hypothèse d'individus isolés agissant pour le compte d'un Etat[701] ; la pratique validerait le critère du contrôle global s'agissant de groupes armés organisés. Il faut cependant rappeler que le « contrôle global » est davantage une alternative au critère de l'organe *de facto* (la « totale dépendance »). En outre, le principe du contrôle effectif appliqué aux groupes organisés serait en contradiction avec un principe qui fonde l'ensemble du droit de la responsabilité internationale, et qui a déjà été rappelé: un Etat ne peut éluder sa responsabilité vis-à-vis des autres Etats en utilisant des groupes d'individus n'appartenant pas à ses organes pour mener des actions susceptibles de leur causer des dommages. Dans cette hypothèse, ils sont responsables du comportement de ces groupes comme s'ils étaient des organes étatiques, même s'ils ont dépassé le mandat qui leur a été donné.[702] C'est en effet le cas de l'organe *de facto*, dans lequel l'ensemble du comportement adopté par l'organe *de facto* en cette qualité est attribuable à l'Etat, même celui étant *ultra vires*.

B) L'application du critère du contrôle effectif en l'espèce

[698] Antonio CASSESE, "The *Nicaragua* and *Tadic* Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia*"*, *EJIL* vol. 18 : "(1) *The Court in Nicaragua enunciated the test (as an apodictic truth in the Kantian sense, namely as enouncing an absolute and necessary truth), (2) the ILC upheld the same legal test (based only on Nicaragua); (3) hence the test is valid and reflects customary international law*."

[699] Ibid., p. 651 "*the Court should have proved that, if applied to state responsibility, "overall control" was unsupported by state practice and* opinio juris (p. 651)."

[700] Ch. 1, s.1, §2, B)

[701] *Ibid.*, p. 654

[702] *Ibid.*

Comme la Cour l'a montré dans sa jurisprudence antérieure[703], la règle énoncée à l'article 8 du projet de la CDI, souvent citée d'un bloc, comporte en réalité plusieurs critères : celui des instructions ou directives, et celui du contrôle.

Comme cette règle concerne l'imputabilité du comportement de personnes étrangères à l'appareil d'Etat, les critères retenus doivent être à la fois assez larges et assez stricts pour prendre en compte le « lien réel », et seulement lui, existant entre ces personnes et l'Etat. Si ce lien est prouvé, ces personnes ne sont pas qualifiées d'organes de l'Etat. Elles conservent leur caractère indépendant. Seul est attribué à l'Etat le comportement qu'elles ont adopté alors qu'elles suivaient ses instructions ou directives concernant une action, opération ou mission précise, ou alors qu'elles se trouvaient de manière ponctuelle et exceptionnelle sous son contrôle. Le contrôle doit porter spécifiquement sur l'opération au cours de laquelle le comportement objet de la plainte s'est produit.[704] En effet, comme il ne s'agit pas ici, par hypothèse, d'organes *de facto* de l'Etat, la détermination du contrôle ne saurait avoir pour fonction de lui attribuer l'ensemble du comportement de ces personnes. Dans l'affaire du *Génocide*, la CIJ a appliqué cette règle de manière stricte, selon la logique propre à cette règle, suivant en cela sa jurisprudence antérieure et la CDI.

D'après divers rapports étudiés par la Cour, l'attaque militaire de la VRS contre Srebrenica a été réalisée en coordination avec la RFY. Cependant, les exécutions ayant suivi la prise de la ville auraient résulté d'une initiative de l'état-major de l'armée serbe de Bosnie. La Cour cite plusieurs rapports concluant à l'absence de participation d'organes de la RFY aux événements. Cette conclusion n'est *a priori* guère à sa place, car il ne s'agissait pas ici de déterminer la responsabilité de la RFY du fait de ses propres organes, mais du fait des actes commis par la VRS. La présence de forces yougoslaves sur les lieux n'est donc en principe pas de nature à influencer la conclusion concernant l'article 8, mais elle aurait pu prouver une implication de la RFY. Les observations de la Cour portent plutôt sur une éventuelle coopération entre la VRS et la RFY, ce qui, si elle avait été prouvée, aurait plutôt mené à la conclusion de la responsabilité de cette dernière du fait de ses propres organes.

La Cour se réfère également à la conclusion du rapport du Secrétaire général de l'ONU selon laquelle le président de la RFY, Slobodan Milosevic, n'était pas directement

[703] L'affaire des *Otages* illustre le critère des « instructions spécifiques » ; ce critère est lié au « contrôle effectif » dans l'arrêt *Nicaragua*.

[704] Nicaragua, p. 62, 64 et 65, par. 109 et 115 ; James CRAWFORD, *op. cit.*, p. 111

impliqué dans les massacres de Srebrenica. A ce moment, l'état-major des Serbes de Bosnie n'obéissait pas au président Milosevic.[705] Ce dernier n'aurait pas été en mesure de donner des instructions ou directives aux forces serbes de Bosnie, qui « ne l'écoutaient pas ».[706] Cela signifierait également qu'à ce moment donné, il ne contrôlait pas les forces serbes de Bosnie.

Il est nécessaire de déterminer quelle action devaient être soumise au contrôle, aux instructions ou aux directives de la RFY pour que sa responsabilité puisse être engagée pour le génocide commis par les troupes de la VRS présentes. Est-ce le massacre lui-même ou l'opération militaire ayant abouti à la prise de Srebrenica ? D'après la jurisprudence antérieure de la CIJ et la CDI, si les instructions doivent viser l'acte spécifique, le contrôle doit porter sur l'opération ou cours de laquelle la violation alléguée s'est produite.

Ici, l'opération au sens de la jurisprudence de la CIJ et du commentaire de l'article 8 de la CDI est la prise de Srebrenica. Les massacres ont eu lieu après l'opération militaire proprement dite, mais ils en sont la conséquence directe. Le droit coutumier n'exige pas que les actes illicites aient eux-mêmes été soumis au contrôle. D'un autre côté, « le principe d'attribution ne s'étend pas aux comportements dont le lien avec l'opération considérée n'était qu'incident ou périphérique, et qui échappaient à la direction ou au contrôle de l'État. »[707] Les massacres ne peuvent être décrits comme incidents ou périphériques à la prise de l'enclave ; ils en étaient la conséquence directe, et étaient vraisemblablement prévus dès le début de l'opération.

La responsabilité de la RFY dépendait de la détermination de son contrôle sur l'opération militaire dans son ensemble, ou d'instructions visant spécifiquement à commettre les massacres.

En réalité, la Cour n'a pas distingué entre les instructions, les directives et le contrôle, et n'a pas expliqué la portée de ces termes. L'analyse de la Cour l'a conduite à conclure à l'absence d' « implication » de la RFY et de « coopération » entre la RFY et la VRS, ce qui fait plutôt penser à des hypothèses de participation directe et non au travers d'un groupe.

[705] CIJ, *Génocide*, §§285 et 408

[706] *Ibid.*, §285

[707] James CRAWFORD, *op. cit.*, p. 110

s. 2. L'Etat et les groupes organisés vus comme entités organisées ou des administrations locales

Le cas de relations durables et stables entre un Etat et une entité sécessionniste qu'il a contribué à créer est une hypothèse proche de celle de l'organe *de facto*. Cette problématique est étudiée au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme portant sur des cas de ce type et de la prise en compte de ces situations dans la pratique (§1), mais également au regard des règles gouvernant l'attribution de la responsabilité à un Etat autre que l'auteur direct du fait illicite, situations se retrouvant principalement dans des hypothèses de relations interétatiques gravement inégales (§2).

§1 La problématique des entités quasi-étatiques

Des cas d'entités pouvant être considérées comme des administrations locales de fait d'un Etat ont été abordés par la Cour européenne des droits de l'homme (A) et la Mission d'enquête sur le conflit russo-géorgien de 2008 (B).

A) La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

La Cour européenne des droits de l'homme s'est prononcée sur l'imputabilité des actes de certaines entités dans sa jurisprudence. Il s'agissait en premier lieu de déterminer si les actes visés par les requêtes dont elle était saisie, et commis par des entités n'ayant pas le statut d'Etat, et n'étant donc en tant que telles pas partie à la Convention, relevaient de la juridiction d'un Etat partie au sens de l'article 1 de la Convention.[708] Néanmoins, la Cour s'est également prononcée sur la question de l'imputabilité des actes de ces entités à des Etats parties.

[708] L'article 1 de la Convention de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales dispose :

Il s'agit, ici également, de répondre à la question de la définition de l'Etat, afin de déterminer si les Etats concernés engagent leur responsabilité en raison de la violation de normes primaires, donc pour leur attribuer ces violations (il ne s'agit pas dans ces affaires de violation de devoirs de *due diligence*, etc., envers les entités, mais les Etats sont réputés être eux-mêmes les auteurs des actes contraires à la Convention).

L'apport de la Cour à ce sujet ressort des arrêts *Loizidou* et *Chypre c. Turquie* (1.) et *Ilascu et autres c. Moldova et Russie* (2.)

1. Les affaires *Loizidou* et *Chypre c. Turquie*

Dans cette affaire, la Cour européenne des droits de l'homme devait se pencher sur la nature des liens entre la République de Turquie et la République turque du Nord de Chypre (« RTCN »).

La requête de Mme Loizidou, ressortissante de la République de Chypre, dirigée contre la Turquie, concernait des actes des forces armées turques et chypriotes turques, notamment l'interdiction de jouir de ses biens situés sur le territoire de la « RTCN ».

L'article 1er de la Convention européenne des droits de l'homme dispose que les Etats parties doivent respecter les droits et libertés reconnus par la Convention « à toute personne relevant de leur juridiction ». La Cour devait donc déterminer, dans son arrêt sur les exceptions préliminaires, si la requérante relevait de la juridiction de la Turquie, c'est-à-dire si la responsabilité de la Turquie était susceptible d'être engagée à raison de faits ayant eu lieu dans la zone nord de Chypre.

La Turquie affirmait que la Cour était incompétente pour connaître de la requête, car la Turquie n'aurait pas exercé sa juridiction sur Chypre du Nord. La simple présence de ses forces armées n'aurait aucune influence sur ce point ; elles agiraient au nom de la RTCN. La RTCN serait un Etat entièrement indépendant, dont le comportement ne saurait être imputé à la Turquie.[709]

« Les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention. »

[709] CEDH, 23 mars 1995, *Loizidou c. Turquie, Exceptions préliminaires*, req. n°15318/89, §56

Selon la requérante, au contraire, la Turquie serait responsable du comportement des autorités du Nord de Chypre, car elle a « matériellement le contrôle » de ce territoire. La « RTCN » ne serait qu'une administration locale de la Turquie, du comportement de laquelle cette dernière doit répondre. Comme le prétend la requérante, « [u]n Etat ne pourrait se soustraire à sa responsabilité juridique à raison de ses actes illégaux d'invasion et d'occupation militaire, puis de l'évolution ultérieure, en instaurant ou en permettant la création de telle ou telle forme d'administration locale, quelque nom qu'on lui donne. »[710] Les autorités du Nord de Chypre ne seraient pas davantage un Etat indépendant que l'Etat fantoche du Mandchoukouo mis en place par le Japon.[711]

Après avoir rappelé que la notion de juridiction au sens de l'article 1 de la Convention ne se limitait pas au territoire des Etats parties, et que ceux-ci peuvent voir leur responsabilité engagée lorsqu'ils exercent leur contrôle sur une région située hors de leur territoire national suite à une opération militaire, la Cour juge que l'obligation des Etats d'y assurer les droits et libertés garantis par la Convention découle de ce contrôle, même s'il ne s'exerce pas directement mais par le biais d'une « administration locale subordonnée ».[712] La Cour conclut que les actes à l'origine de la requête étaient « de nature à relever de la "juridiction" de la Turquie au sens de l'article 1 de la Convention. »[713] Il faut noter que le contrôle évoqué par la Cour porte sur un territoire, et non sur une entité ou groupe. Dans son arrêt sur le fond, la Cour relève également que la Turquie exerce, du fait de la présence importante de ses forces armées, « en pratique un contrôle global » (dans la version anglaise « *effective overall control* ») sur la partie Nord de Chypre.[714]

Il s'agissait en effet, dans un premier temps, de déterminer la juridiction de la Turquie dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme, et non sa responsabilité internationale en application du droit international général. Pour établir la juridiction de la Turquie, il suffit à la Cour de constater que, du fait de ses nombreux soldats présents, l'armée turque exerce « en pratique un contrôle global » sur la partie nord de Chypre. Il n'est pas nécessaire de prouver que la Turquie exerce un contrôle sur la politique et les actions des

[710] *Ibid.*, §57

[711] *Ibid.*

[712] *Ibid.*, §62

[713] *Ibid.*, §64

[714] CEDH, 18 décembre 1996, *Loizidou c. Turquie, fond*, req. n°15318/89, Rec. 1996-IV, fasc. 26, §56

autorités chypriotes turques.[715] Une certaine confusion entre les deux points – juridiction de l'Etat au sens de l'article 1 CEDH et imputabilité des actes visés par la requête – est perceptible quand la Cour écrit que du fait du contrôle global ou général exercé sur le territoire du nord de Chypre, la responsabilité de la Turquie est engagée « à raison de la politique et des actions de la « RTCN ».[716]

Il doit y avoir deux étapes qui ne sont pas très clairement distinguées : la détermination de la juridiction de la Turquie, et celle de l'imputabilité. La Cour ne peut juger l'affaire au fond que dans le cas ou la requérante relevait de la juridiction de la Turquie au sens de l'article 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme ; un Etat partie n'a en effet d'obligations en vertu de la Convention qu'envers les personnes « relevant de leur juridiction ».

Une fois établi que la personne relevait de la juridiction de l'Etat, se pose la question de l'imputabilité à l'Etat des faits reprochés.[717] La Cour déduit la seconde question de la réponse apportée à la première lorsqu'elle conclut que « le déni continu de l'accès de la requérante à ses biens dans le nord de Chypre et la perte de la maîtrise de ceux-ci qui en résulte pour elle sont une question qui relève de la "juridiction" de la Turquie au sens de l'article 1 (art. 1) et est donc imputable à cet Etat. »[718]

La question qui pose le plus de difficultés ici est donc celle de savoir si la Cour européenne des droits de l'homme, dans sa jurisprudence *Loizidou*, a entendu appliquer un critère d'imputabilité pour les actes d'une entité organisée telle que la RTCN. Une partie de la doctrine considère que ce n'est pas le cas. La Cour aurait jugé que la Turquie étend certes sa juridiction sur le Nord de Chypre, mais que les actes de la RTCN ne lui seraient pas imputables. La Turquie ne serait, dans cette hypothèse, que responsable du manque de *due diligence* de ses propres organes dans la prévention ou la répression des violations des droits de l'homme commises par des personnes privées dans un secteur se trouvant soumis à sa

[715] *Ibid.*, §56

[716] *Ibid.*

[717] Inversement, des actes peuvent être attribuables à un Etat sans pour autant que sa juridiction au sens de la Convention soit établie. Sur ce point, v. Marko MILANOVIC, "From Compromise to Principle : Clarifying the Concept of State Jurisdiction in Human Rights Treaties*"*, *HRLR* n°8 , 2008, p. 436s

[718] CEDH, *Loizidou, fond*, §56

juridiction.[719] Cependant, il n'est pas raisonnablement possible de comparer la RTCN, entité quasi-étatique, à une simple personne privée, ou de manière générale à un acteur non-étatique entièrement autonome vis-à-vis de la Turquie.

Il semble bien que la Cour ait entendu appliquer un critère permettant d'attribuer à la Turquie le comportement des autorités de Chypre-Nord.[720] Dans l'affaire *Chypre c. Turquie*, la Cour répond à l'argumentation de la Turquie concernant son absence de juridiction sur Chypre du Nord en soulignant que sa jurisprudence *Loizidou* comportait une « déclaration de principe quant à la responsabilité de manière générale de la Turquie au regard de la Convention à raison des mesures et actes des autorités de la « RTCN »[721]. Pour la Cour, la Turquie est bien responsable de l'ensemble des actes illicites commis par les autorités de la RTCN. En effet, « [é]tant donné que la Turquie exerce en pratique un contrôle global sur le nord de Chypre, sa responsabilité ne saurait se circonscrire aux actes commis par ses soldats ou fonctionnaires dans cette zone mais s'étend également aux actes de l'administration locale qui survit grâce à son soutien militaire et autre. »[722]

Si le droit européen des droits de l'homme ne forme pas un *self-contained regime*, et les principes du droit international général sont également applicables à cette matière, la Cour a souligné les particularités liées à sa mission, qui sont susceptibles d'expliquer l'application d'un critère aussi large que celui du « contrôle global » ainsi que la limitation de ce critère à ce contexte. La Cour doit tenir compte de la nature particulière de la Convention en tant qu'instrument de l'ordre public européen pour la protection des droits de l'homme, et éviter l'apparition de lacunes dans le système européen de protection des droits de l'homme. En effet, si la Cour avait conclu que la juridiction de la Turquie ne s'étendait pas à Chypre du Nord et que les actes de cette entité ne lui seraient pas attribuables, « les individus qui y résident se verraient privés des garanties fondamentales de la Convention et de leur droit de demander à une Haute Partie contractante de répondre des violations de leurs droits dans une procédure devant la Cour. »[723] Les critères appliqués par la Cour étaient donc grandement dépendants de l'objectif qu'elle cherchait à atteindre, à savoir éviter que n'apparaissent des zones dans lesquelles la Convention ne serait pas applicables, alors qu'elles se situent sur le

[719] V. p. ex. Marko MILANOVIC, *op. cit.*, HRLR n°8, 2008, p. 441s

[720] V. Dans ce sens, Syméon KARAGIANNIS, *op. cit.*, p. 175

[721] CEDH, GC, *Chypre c. Turquie*, req. n°25781/94, Rec. 2001-IV, §77

[722] *Ibid.*

[723] CEDH, *Chypre c. Turquie*, §78

territoire d'un Etat partie et sont soumises au contrôle d'un autre Etat partie. En tout état de cause, la Cour européenne des droits de l'homme n'avait sans doute pas l'intention de forger un critère d'applicabilité générale, et de remettre en cause la jurisprudence de la Cour internationale de Justice. Néanmoins, le raisonnement adopté par la Cour pourrait être transposé à d'autres domaines du droit international.

La Cour déduit le « contrôle global » de la Turquie du grand nombre de soldats présents. Il s'agit d'un indice pertinent, dans la mesure où une présence militaire importante confère un pouvoir de contrôle important. Cependant, d'autres éléments auraient pu être pris en compte pour renforcer cette conclusion, notamment que la RTCN a été créée suite à une invasion de l'armée turque, et sur une portion du territoire chypriote occupée par cette armée. Le mode de création de cette autorité publique suppose un large degré de dépendance envers la Turquie. Dans l'affaire du *Nicaragua*, le fait que le mouvement « contra » n'avait pas été créé par les Etats-Unis joué un rôle important dans la conclusion de la Cour internationale de Justice selon laquelle ce mouvement n'était pas un organe *de facto* des Etats-Unis. Ce point souligne, *a contrario*, que la création de la RTCN par la Turquie aurait pu être considérée comme un indice de poids pour conclure à son absence d'autonomie véritable à l'égard de cette dernière.

De même, l'identité de vues et d'objectifs entre les autorités turques et chypriotes turques sont un point important dans le sens de l'analyse de la RTCN comme une administration locale de la Turquie dans le Nord de Chypre. Ce dernier élément a, par la suite, joué un rôle important dans la détermination du contrôle global de la RFY sur les autorités et forces armées serbes de Bosnie par le TPIY dans l'affaire *Tadic*.[724] Dans l'affaire *Chypre c. Turquie*, la Cour s'est également fondée sur le contrôle global exercé en pratique par la Turquie sur la RTCN, et sur le fait que celle-ci survivait « grâce à son soutien militaire et autre » pour juger que sont imputables à la Turquie les violations des droits énoncés par la Convention commises par celle-ci.[725]

La dépendance est ici rajoutée au contrôle global, sans que le degré de cette dépendance soit précisé. La dépendance n'est, par ailleurs, pas présentée comme un critère supplémentaire, mais comme l'autre face du contrôle global : la Turquie peut exercer un contrôle global sur la RTCN du fait de sa dépendance envers elle. La formulation de la Cour

[724] Cf. *supra*, ch. 1, s.2, §2, A)

[725] CEDH, *Chypre c. Turquie*, §77

laisse entendre que cette dépendance est très forte, l'aide militaire « et autre » – on peut supposer économique – fournie par la Turquie étant nécessaire à la survie de la RTCN.

La République de Chypre relevait le contrôle militaire et économique global et exclusif exercé par la Turquie sur les autorités du nord de Chypre, dont la preuve serait « le pouvoir incontestable qu'[aurait] la Turquie de dicter le cours des événements dans la zone occupée. »[726] La Cour observe, par ailleurs, que l'imputabilité des actes des autorités turques du Nord de Chypre à la Turquie est indépendante de la question de la légalité de l'intervention turque de 1974. L'imputabilité dépend uniquement du contrôle de fait exercé par l'Etat sur l'entité dépendante.

La Cour européenne des droits de l'homme a clairement considéré que la RTCN était un organe *de facto* de la Turquie. En effet, elle la qualifie d' «administration locale subordonnée » dont la politique et les actions sont susceptibles d'engager la responsabilité de la Turquie. Il s'agit d'une administration locale, donc son comportement est imputable à l'Etat auquel elle appartient, comme le dispose l'article 4 du projet d'articles de la CDI.[727] Par ailleurs, la Cour précise que « sa politique et ses actions », de manière générale, sont susceptibles d'engager la responsabilité de la Turquie, sans se limiter aux faits qui auraient été accomplis en suivant des instructions spécifiques ou sous le contrôle effectif de cet Etat. Cette interprétation a été confirmée par la Cour dans sa jurisprudence ultérieure : elle juge dans l'affaire Chypre c. Turquie que « la responsabilité de manière générale de la Turquie au regard de la Convention à raison des mesures et actes des autorités de la « RTCN ».[728]

2. L'affaire *Ilascu*

La requête de quatre ressortissants moldaves, dirigée contre la République de Moldova et la Fédération de Russie, visait essentiellement des actes commis par les autorités de la « République moldave de Transnistrie » (« RMT »), une entité séparatiste contrôlant une partie du territoire de la Moldavie. La requête concernait en particulier leur arrestation, leur condamnation dans des conditions inéquitables, leur détention dans des conditions inhumaines et des actes de torture subis pendant leur détention.

[726] CEDH, *Chypre c. Turquie*, §71

[727] Cf. Titre 1, chapitre 1

[728] CEDH, *Chypre c. Turquie*, §77

La « RMT » a bénéficié du soutien de forces armées russes, qui sont demeurées sur le territoire transnistrien lors des événements entourant la désintégration de l'URSS. La 14ème armée russe a mis son arsenal à la disposition des forces séparatistes, et des militaires de cette formation ont participé aux combats. De ce fait, la Cour doit se pencher sur la nature des liens entre la Fédération de Russie et la « RMT ». La jurisprudence antérieure de la Cour dans les affaires *Loizidou* et *Chypre c. Turquie* est rappelée ; dès lors qu'un Etat exerce un contrôle global sur une zone située hors du territoire national, sa responsabilité ne se limite pas aux faits de ses propres organes, comme ses forces armées, mais s'étend aux actes de l'administration locale qui survit grâce à son soutien militaire ou autre.[729]

La Cour juge que la Russie est responsable des faits illicites commis par les séparatistes transnistriens. Cette conclusion est fondée sur le soutien militaire et politique qui leur a été accordé, ainsi que sur la participation directe aux combats de militaires de la 14ème armée russe stationnée en Transnistrie. La Fédération de Russie a « contribué, tant militairement que politiquement, à la création » de la RMT.[730]

Si la participation de militaires russes est suffisante pour engager la responsabilité internationale de la Russie, même s'ils n'avaient pas reçu d'instructions en ce sens[731], elle ne peut, à elle seule, traduire la « juridiction » de la Russie sur la RMT au sens de la Convention européenne des droits de l'homme. La Russie est, en ce qui concerne les actes commis par ses militaires, responsable internationalement du fait de ses propres organes. La participation de forces russes aux combats peut, cependant, être prise en compte comme un élément d'un soutien plus large. Il est cependant difficile de distinguer clairement entre le soutien fourni par la Russie aux séparatistes et la participation aux combats de troupes russes dans des circonstances aussi complexes, ces deux aspects étant, dans les faits, « intimement liés, voire inséparables, dès lors que c'est surtout le comportement de l'ex-14ème armée stationnée en Transnistrie qui permet de conclure au « contrôle global » de ce territoire par la Russie. »[732]

[729] CEDH, GC, *Ilascu et autres c. Moldova et Russie*, req. n°48787/99, Rec. 2004-VII, §316

[730] *Ibid.*, §382

[731] Cf. ch. 1

[732] Ioana PETCULESCU, « Droit international de la responsabilité et droits de l'homme. A propos de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 8 juillet 2004 dans l'affaire Ilascu et autres c. la République de Moldova et la Fédération de Russie », *RGDIP* 2005, p. 587

En revanche, en droit international, la différence entre ces deux hypothèses permet de clarifier la situation. Le soutien accordé aux séparatistes transnistriens permet d'imputer leurs actes à la Russie, sous certaines conditions. La Cour évoque simplement le « soutien militaire et politique ». On peut préciser que ce soutien a été décisif dans le conflit qui les a opposés aux forces armées moldaves.[733] La Cour observe que des unités russes ont combattu « avec et pour le compte » des force séparatistes. Les autorités russes ont également soutenu politiquement la création et la consolidation de la RMT.[734] Une fois le conflit armé terminé, la RMT a dû sa survie au soutien militaire, économique et politique de la Russie.[735] Les relations entre la 14ème armée russe et les autorités séparatistes sont caractérisées par une étroite coopération, tant au cours du conflit armé qu'en ce qui concerne l'arrestation et la détention des requérants.[736] Depuis la fin du conflit, la RMT continue de se trouver « sous l'autorité effective, ou tout au moins sous l'influence décisive, de la Fédération de Russie […] en tout état de cause, […] elle survit grâce au soutien militaire, économique, financier et politique que lui fournit la Fédération de Russie. »[737]

Comme dans les affaires concernant la République turque du Nord de Chypre, la Cour conclut à l'imputabilité des actes de l'entité sécessionniste (RTCN ou RMT) à l'Etat « patron » en se fondant sur l'aide décisive apportée à la création de l'entité, ainsi que l'aide de long terme en permettant la survie, qui confère à l'Etat une « autorité effective », ou une « influence décisive », sur le comportement de l'entité. En principe, la simple influence relève du domaine politique et ne suffit pas à définir une entité comme un organe *de facto* de l'Etat. Il y a ici une certaine maladresse sémantique de la Cour, qui pourrait faire croire à un élargissement abusif du champ de l'imputabilité aux entités soumises à une simple influence d'un autre Etat. Néanmoins, une influence « décisive » est de nature à mettre en évidence le contrôle exercé par l'Etat sur l'entité. L'absence de volonté d'extension de l'imputabilité du comportement des organes *de facto*, ou plutôt de la définition de ceux-ci, est traduite par la mise en parallèle de la notion d' « influence décisive » avec celle d' « autorité effective »,

[733] CEDH, *Ilascu*, §42s, part. §56s : des éléments de la 14ème armée russe sont passés avec armes et bagages du côté des séparatistes ; la 14ème armée a fourni des armes, munitions, matériels, etc. en grande quantité, permettant aux forces séparatistes de résister efficacement aux tentatives de l'armée moldave de reprendre le contrôle du territoire disputé.

[734] *Ibid.*, §381

[735] *Ibid.*, §382. Sur l'aide économique et financière, v. §390

[736] *Ibid.*, §383.

[737] *Ibid.*, §392

ainsi que par la continuité évidente entre cet arrêt et sa jurisprudence antérieure concernant la République turque de Chypre du Nord.

L'autorité effective et le contrôle global retenus par la Cour signifie que l'Etat est en position de se servir de l'entité ; il agit, de fait, par son biais. Il doit donc répondre des actes de ce qui n'est qu'un instrument à sa disposition, sans véritable autonomie à son égard. Le lien entre le soutien et l'autorité est implicite mais clair dans le raisonnement de la Cour : l'Etat a directement créé l'entité, il permet sa survie, et ce lien de dépendance implique le contrôle de l'Etat sur l'entité. Dans ces deux affaires, les entités séparatistes possédaient leur propre administration, et bénéficiaient sans doute d'une relative autonomie envers l'Etat dont elles dépendaient. Une marge d'autonomie faible, mais réelle, qui aurait empêché de considérer la RTCN et la RMT comme des organes *de facto*, respectivement de la Turquie et de la Russie. En cela, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme se différencie de celle de la Cour internationale de Justice.

S'il se fonde sur les règles du droit international de la responsabilité, le raisonnement de la Cour sur l'imputabilité des actes des autorités de la RMT à la Russie, comme du comportement de la RTCN à la Turquie, répond également à un souci propre à la Cour européenne des droits de l'homme, à savoir la volonté d'assurer la protection effective des droits reconnus par la Convention sur le territoire des Etats parties.[738] Les « exigences spécifiques » propres à la protection des droits de l'Homme et des libertés fondamentales ne conduisent cependant pas à créer une *lex specialis* pour cette matière, mais à l'interprétation souple des critères du droit international général, conformément au « choix pragmatique » fait par la CDI de ne pas trancher entre « contrôle effectif » et « contrôle global ».[739]

La Cour ne se fonde pas expressément sur le projet d'articles de la CDI sur le sujet de l'imputabilité. Comme dans les affaires concernant la RTCN, dont elle cite la motivation, la Cour juge que l'ensemble des actes de l'entité séparatiste est attribuable à l'Etat au contrôle duquel elle est soumise. La RMT peut, aux yeux de la Cour, être considérée comme une administration locale de la Fédération de Russie, un organe *de facto* de cette dernière, dont les actes lui sont imputables sur le fondement de l'article 4 de la CDI. La Cour ne se fonde pas sur l'article 8, auquel elle ne fait aucune référence. Elle ne juge donc, logiquement, pas nécessaire de prouver que l'arrestation, la détention et les mauvais traitements subis par les

[738] Ioana PETCULESCU, *op. cit.*, p. 589.

[739] *Ibid.* pp. 588-589

requérants aient été commis sur les instructions ou directives de la Russie, ou sous son contrôle. Il lui suffit de déterminer que la Russie exerçait un contrôle global sur la RMT, que celle-ci était une entité subordonnée à celle-là.

B) La question de l'imputabilité du comportement des autorités d'Abkhazie et d'Ossétie du Sud

Deux procédures judiciaires ont été engagées par la Géorgie contre la Russie suite au conflit armé d'août 2008. Ce conflit trouve sa source dans la sécession de deux régions géorgiennes, l'Abkhazie et l'Ossétie du Sud. Ces deux régions ont bénéficié d'un soutien important de la part de la Russie, avant son intervention directe à leur côté.[740]

La Géorgie prétend que les régimes des deux régions sécessionnistes sont en réalité au service de la Russie (« *proxy regimes* »), ce qui implique la responsabilité de la Russie pour le comportement des deux entités. Dans sa requête introductive d'instance contre la Russie devant la Cour internationale de Justice, la Géorgie se plaint des actes des organes *de jure* de la Russie ainsi que des « forces séparatistes d'Ossétie du Sud et d'Abkhazie agissant sous sa direction et son contrôle. »[741]

La Russie, dans le but de s'en servir comme des instruments eu service de ses ambitions, avec l'objectif à long terme de les intégrer dans la Fédération, aurait rendu les deux régions totalement dépendantes de son soutien. L'ensemble de leur comportement lui serait en conséquence directement attribuable.[742] Les forces armées sud-ossètes et abkhazes seraient en

[740] Pour un établissement détaillé des faits, v. le Rapport de la Mission d'enquête internationale en Géorgie, disponible sur www.ceiig.ch

[741] *Application de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie)*, Requête introductive d'instance du 12 août 2008, §2. La Cour a jugé qu'elle n'avait pas compétence pour connaître de la requête de la Géorgie dans un arrêt du 1er avril 2011 portant sur les exceptions préliminaires.

[742] Rapport, p. 135 et p. 211 ; CIJ , *Application de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie), demande en indication de mesures conservatoires*, 15 octobre 2008

réalité des agents ou organes *de facto* de la Russie et une simple continuation de ses forces armées. Elles auraient été sous la « dépendance complète » de la Russie.[743]

La Russie aurait eu le contrôle des mouvements armés abkhaze et sud-ossète depuis le début des années 1990. Il est intéressant de relever que la Géorgie entend prouver ce contrôle par le soutien de la Russie, qui aurait rendu ces mouvements dépendants à son égard.[744] Le régime sud-ossète aurait dû sa survie au soutien économique, financier, politique et militaire de la Russie, qui aurait utilisé son assistance pour exercer un contrôle sur ses politiques et ses actions.[745] La Russie soutient, pour sa part, que les entités sud-ossète et abkhaze ne pouvaient pas être qualifiées comme ses organes *de facto*, pas plus qu'elles n'étaient sous sa direction ou son contrôle effectif.[746]

La Mission était amenée à se prononcer sur le statut des deux entités sécessionnistes, et notamment sur leur qualité d'Etats indépendants.

En ce qui concerne, en premier lieu, l'Ossétie du Sud, la Mission observe que la Russie contrôlait *de facto* les institutions de l'entité sécessionniste, et plus particulièrement ses services de sécurité.[747] Le gouvernement sud-ossète, en particulier les ministères contrôlant les forces armées et les services de sécurité, et l'administration présidentielle étaient composés de ressortissants russes, ou d'Ossètes du Sud possédant la nationalité russe, ayant auparavant occupé des fonctions similaires en Russie.[748] Une majorité d'Ossètes du Sud possède la nationalité russe, et leur situation juridique, au regard du droit constitutionnel russe, est la même que celle de citoyens russes résidant sur le territoire de la Fédération de Russie.[749] La Mission considère que l'influence de la Russie sur l'Ossétie du Sud dans le domaine de la sécurité était décisive, au point de mettre en question sa prétention à l'indépendance.[750] La Russie exerçait son influence et son contrôle sur la prise de décision

[743] *Ibid.*, p. 210

[744] *Ibid.*, p. 135

[745] *Ibid.*, p. 138

[746] CIJ, *Application de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie), demande en indication de mesures conservatoires*, 15 octobre 2008, §75

[747] Rapport, vol. II, p. 132

[748] *Ibid.*

[749] *Ibid.*

[750] *Ibid.*, p. 133

dans de nombreux domaines de la politique intérieure et extérieure de l'Ossétie du Sud. Cette influence était systématique et exercée sur une base permanente, ce qui ne permet pas de parler d'un gouvernement sud-ossète indépendant.[751]

Cette conclusion porte sur le statut de l'Ossétie du Sud, et non directement sur l'imputabilité de son comportement. Elle ne se fonde donc pas sur les critères du droit de la responsabilité. Cependant, cette conclusion donne des éléments très importants sur la nature des liens entre la Russie et l'Ossétie du Sud. Cette dernière était soumise au contrôle de la première au point qu'on ne puisse parler d'autonomie véritable. Les termes de contrôle systématique, large et exercé sur une base permanente, ainsi que l'octroi de la citoyenneté russe à de nombreux résidents de la région, laissent supposer que la Russie considérait cette entité comme une de ses provinces. Elle peut être vue comme une administration locale subordonnée de la Russie.

Le cas de l'Abkhazie est proche, mais se différencie de celui de l'Ossétie sur plusieurs aspects. La plupart des résidents de cette entité possédaient également la citoyenneté russe. Cependant, le contrôle russe sur les institutions abkhazes aurait été moins important que sur les autorités sud-ossètes.[752] La volonté d'une véritable autonomie envers la Russie aurait été réelle en Abkhazie, même si ses organes de défense et de sécurité demeuraient largement sous le contrôle de la Russie. La Mission conclut qu'au moment du conflit russo-géorgien, l'Abkhazie n'était pas complètement sous le contrôle du gouvernement russe.[753]

La Mission s'est également penchée sur la question plus spécifique du soutien de la Russie à des milices d'Ossétie du Sud et du Nord (faisant partie de la Fédération de Russie) sous l'angle du *jus ad bellum*. A ce propos, la Mission considère comme équivalents l'article 3g de la résolution sur la définition de l'agression et l'imputabilité du comportement d'un organe *de facto*. Il s'agissait de déterminer si « *the military activity by North Caucasian irregulars and South Ossetian militia can be attributed to Russia. In that case, these military activities would eventually constitute an armed attack by Russia itself* »[754] et seraient donc susceptibles de justifier les opérations militaires géorgiennes par la légitime défense. La Mission affirme que les opérations militaires sud- et nord-ossètes sont attribuables à la Russie

[751] *Ibid.*

[752] *Ibid.*

[753] *Ibid.*, p. 134

[754] *Ibid.*, p. 258

si ces forces ont été «envoyées» par la Russie et si elles se trouvaient sous son « contrôle effectif ». La Mission utilise deux concepts différents dans la même phrase ; de manière générale, elle confond la question de la détermination de l'agression et du droit à la légitime défense avec celle de l'imputabilité sous l'angle de la responsabilité internationale.[755] L'article 3g de la résolution 3314 n'a pas pour fonction de définir un organe *de facto* de l'Etat.[756] Il s'agit de la formulation d'une règle coutumière interdisant aux Etats d'utiliser la force dans leurs relations mutuelles aux moyens de bandes armées. Si un Etat viole cette obligation, il sera responsable du fait de ses propres organes qui ont envoyé les bandes armées en question agresser un autre Etat.

En revanche, la Mission applique correctement les critères d'imputabilité dégagés par la CIJ. La Géorgie affirmait de manière générale que les deux entités et leurs forces armées se trouvaient sous le contrôle effectif de la Russie. Pour sa part, la Russie prétendait que les actes des deux entités sécessionnistes ne lui étaient pas attribuables. Pour répondre à cette question, la Mission d'enquête a appliqué, de manière stricte, les règles d'imputabilité du droit de la responsabilité internationale. Elle s'est fondée sur le Projet d'articles de la CDI et sur la jurisprudence de la Cour internationale de Justice.

Le raisonnement de la Mission est intéressant dans la mesure où il s'agit sans doute de la première instance internationale à pleinement prendre en compte la division entre « organes *de facto* » et « comportement sous le contrôle, instructions ou directives », déjà présente en droit international, mais explicitée par la CIJ dans l'affaire du *Génocide*.[757] Ainsi, elle estime que les actes des groupes armés ossètes (« volontaires » nord-ossètes et forces armées sud-ossètes) sont susceptibles d'être attribués à la Russie dans ces deux hypothèses.[758] Ces groupes peuvent être des organes *de facto* de l'Etat, au sens de l'article 4 du Projet de la CDI, s'ils se trouvaient sous la complète dépendance de la Russie et n'en étaient que les instruments, ou s'ils ont agi sous le contrôle, ou en suivant les instructions ou les directives de la Russie au sens de l'article 8 de la CDI.[759]

[755] Cf. *supra*, la divergence d'opinion entre le TPIY et la CIJ, s.1, §1

[756] Inversement, le « contrôle effectif » n'est pas un critère retenu par l'article 3 g pour définir l'agression.

[757] Cf. *supra*, s. 1, §2, A)

[758] Rapport, vol. II, p. 260

[759] *Ibid.*

L'analyse sous l'angle de l'article 8 est dans la ligne de la jurisprudence de la CIJ, dans la mesure où la Mission exige la preuve, qui n'a pu être rapportée, que les groupes armés se trouvaient sous le contrôle effectif de la Russie lorsqu'ils ont utilisé la force contre la Géorgie.[760]

En ce qui concerne la détermination de l'organe *de facto,* si les principes sont clairement posés, leur application aux faits est plus lacunaire. Concernant le premier aspect, la Mission se contente de rappeler la présence de nombreux ressortissants de la Fédération de Russie aux postes-clés du gouvernement d'Ossétie du Sud, mais conclut que les actes de cette dernière n'est pas attribuable à la Russie, donc qu'elle n'était pas un organe *de facto* de la Russie.[761] Cette conclusion n'est guère étayée, ni même très explicite, et est en contradiction avec les observations précédentes selon lesquelles la Russie exerçait un contrôle *de facto,* ainsi qu'une influence décisive, systématique et permanente sur l'Ossétie du Sud au point que celle-ci ne possédait aucune autonomie véritable vis-à-vis de la Russie.[762] En tout cas, ce contrôle, aussi important qu'il ait été, n'est pas de nature à établir la « totale dépendance » de l'Ossétie du Sud envers la Russie.

Cette conclusion paraît être en contradiction avec la jurisprudence de la Cour internationale de Justice. En effet, une entité peut être assimilée à un organe *de facto* d'un Etat lorsqu'elle est « dépourvu[e] de réelle autonomie »[763] à son égard, lorsque cette autonomie « serait pure fiction »[764]. L'Ossétie du Sud ne pouvait, d'après la Mission d'enquête, être considérée comme une entité indépendante envers la Russie, contrairement à l'Abkhazie, dont les institutions n'étaient pas complètement sous le contrôle du gouvernement russe. Même en application des critères stricts confirmés par la CIJ, l'Ossétie du Sud serait susceptible d'être considérée comme un organe *de facto* de la Russie.

Les cas dans lesquels les questions d'imputabilité à un Etat du comportement d'acteurs non-étatiques ont été examinées concernaient pour la plupart des entités quasi-étatique : la jurisprudence du TPIY concernant les autorités serbes et croates de Bosnie ; l'arrêt *Convention sur le Génocide* de la CIJ portant également sur les liens entre la République

[760] Rapport, p. 261

[761] *Ibid.*, p. 261

[762] Rapport, pp. 132-133

[763] *Génocide*, §394

[764] *Ibid.*, §392

serbe de Bosnie et la RFY ; la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme sur la RTCN et la Transniestrie ; les questions portant sur les relations entre les régions sécessionnistes de Géorgie et la Russie. Parmi les affaires les plus récentes, seule celle concernant le soutien apporté par l'Ouganda à un mouvement rebelle congolais ne concerne pas des entités territoriales politiquement organisées.

Un parallèle peut être dressé avec les relations entre Etats, lorsque celles-ci sont également caractérisées par une inégalité telle que la responsabilité des actes d'un Etat est susceptible d'être supportée par celui qui exerce, de fait, son contrôle.

§2 Attribution du fait illicite ou attribution de la responsabilité : Etats « fantoches » et dépendants

Le principe selon lequel la responsabilité peut être attribuée à un autre Etat que l'auteur réel de l'acte illicite a été affirmé par la doctrine et la jurisprudence classiques (A), et s'est également retrouvé dans la pratique (B).

A) L'attribution de la responsabilité à un État pour des faits commis par un autre État.

Ce sont des cas exceptionnels[765], dans lesquels « le comportement d'un organe de l'Etat qui n'agit pas en tant qu'organe ou agent d'un autre Etat [hypothèse relevant de l'article 6] n'en [est] pas moins imputable à cet autre Etat, et cela même si l'illicéité du comportement dont il s'agit tient (…) à la violation des obligations internationales du premier Etat. » Il s'agit d'exceptions au principe de « responsabilité indépendante », c'est-à-dire du principe que chaque Etat est seul responsable du comportement de ses propres organes.

L'hypothèse de la responsabilité indirecte de l'Etat, ou de sa responsabilité « pour fait d'autrui » fait l'objet du chapitre 4 (articles 16 à 19) du projet de la CDI. C'est le cas de la

[765] James CRAWFORD, *op. cit.*, p. 174

responsabilité d'un État du fait d'un autre État. Ce principe a également été appelée « responsabilité dérivée ».

Il existe plusieurs cas dans lesquels la responsabilité est mise à la charge d'un État autre que celui auquel est attribué le fait. L'Etat auteur matériel du fait et l'Etat qui en porte la responsabilité sont différents. Dans sa codification du droit de la responsabilité internationale, la CDI a relevé trois hypothèses distinctes :

- l'article 16 concerne l'aide et l'assistance d'un État dans la commission du fait illicite. Dans ce cas l'Etat n'est responsable que de son propre comportement dans la mesure où celui-ci a contribué à la commission du fait, par exemple où un État qui met son territoire à la disposition d'un autre État pour faciliter la commission d'actes d'agression. Il ne s'agit pas à proprement parler de responsabilité du fait d'un autre Etat ; l'Etat « complice » du fait illicite n'est responsable que du comportement de ses propres organes.[766] Ce point ne pose pas de problème particulier au sujet de l'attribution de la responsabilité, et ne sera donc pas traité.[767]

- l'article 17 traite le cas des directives données par un État à un autre État, ou du contrôle qu'il exerce sur l'Etat qui commet le fait illicite. Dans ce cas l'Etat « dominant » est responsable du fait illicite lui-même. En outre la « ratification » d'un fait illicite (art 11) peut concerner un fait commis par un autre État.

- l'article 18 concerne le cas de la contrainte exercée par un État sur un autre État. La responsabilité est attribuée à l'Etat qui exerce la contrainte.

Dans les deux derniers articles la responsabilité est attribuée à une autre personne juridique que celle qui a effectivement commis le fait illicite. Les États qui ont subi la contrainte ou le contrôle se sont comportés comme des organes de l'Etat dominant.

[766] James CRAWFORD précise que « l'Etat qui assiste est responsable à raison de son propre fait, c'est-à-dire pour avoir aidé délibérément un autre Etat à enfreindre une obligation internationale par laquelle ils sont tous les deux liés. Il n'est pas responsable du fait commis par l'Etat auquel il a prêté assistance. » *op. cit.*, p. 181

[767] Pour une étude récente sur le sujet, v. Georg NOLTE, Helmut Philip AUST, « Equivocal helpers – complicit States, mixed messages and international law », *ICLQ* 2009, p. 1s

1. Les directives et le contrôle

La responsabilité de l'Etat « pour fait d'autrui » est acceptée de longue date par la doctrine internationaliste, qui s'est fondée sur une jurisprudence et une pratique assez abondantes.

Dionisio Anzilotti a avancé la thèse de la représentation, dans le cas du protectorat, pour expliquer que l'Etat protecteur supporte la responsabilité internationale pour des faits illicites commis par l'Etat protégé. Cette théorie a été dominante pendant les décennies suivantes, et a été appliquée dans la jurisprudence internationale, notamment dans la sentence arbitrale de Max Huber dans *l'Affaire des Réclamations britanniques dans la zone espagnole du Maroc*, du 1er mai 1925, et devant la CPJI en *l'Affaire des Concessions Mavrommatis en Palestine*, du 30 août 1924.

Puis cette théorie a été soumise à la critique: en effet le seul rapport de représentation ne peut en principe à lui seul entraîner un changement de l'identité de la personne ayant à porter la responsabilité. Cette critique est logique, puisque dans la représentation le représenté ne perd pas sa personnalité internationale, mais en principe, seulement « confié » l'exercice de ses relations internationales à un autre État. Verdross a pour sa part défendu la théorie d'Anzilotti en se basant sur la jurisprudence internationale citée.

En réalité, dans *l'Affaire des Réclamations britanniques dans la zone espagnole du Maroc*, l'arbitre Max Huber a voulu éviter que l'introduction du protectorat n'entraîne une dilution de la responsabilité, aucun des deux États n'entendant la supporter. L'arbitre s'est basé sur l'effectivité, en observant que dans le cas d'un protectorat la tendance est à la disparition de la souveraineté du protégé au profit du protecteur. Il est donc logique qu'en conséquence celui-ci supporte la responsabilité pour un fait illicite commis par une entité sur laquelle il exerce une mainmise presque complète.

Concrètement, pour attribuer la responsabilité d'un fait commis par l'Etat protégé à l'Etat protecteur, la jurisprudence comme la pratique se sont davantage fondés sur l'existence d'un lien effectif de subordination entre deux États que sur la théorie de la représentation.

Le précédent de *l'Affaire des phosphates du Maroc* est quant à lui peu probant, n'ayant jamais été jugé au fond. On peut seulement constater que l'Italie met en cause la responsabilité de la France en tant que protecteur du Maroc, mais sans préciser si le

fondement de la responsabilité de la France est la représentation internationale de l'Etat protégé ou le contrôle exercé sur ce dernier État.

Selon la doctrine de la *Schutztheorie*, l'Etat « dominant » rend impossible pour l'Etat tiers lésé de se tourner contre l'entité « dominée » dans l'éventualité où elle aurait commis un fait illicite. L'Etat tiers n'aurait d'autre choix que de se tourner directement vers l'Etat dominant. Cette théorie n'a cependant, selon le rapporteur spécial Roberto Ago, jamais trouvé de base dans la pratique ou la jurisprudence internationale.

La doctrine majoritaire se fonde sur ce qui a été appelé la théorie du contrôle. Les auteurs défendant cette théorie considèrent qu'un État ne peut se voir attribuer la responsabilité découlant d'un fait illicite que s'il l'a commis en agissant en toute liberté. Dans le cas contraire, c'est à l'Etat qui exerce son contrôle de supporter les conséquences du fait dont il est à l'origine. En effet responsabilité et personnalité internationale - et donc souveraineté, indépendance - vont de pair.

Roberto Ago fait la distinction entre les cas de responsabilité directe de l'Etat dominant, du fait de ses propres organes, et de responsabilité indirecte, du fait d'autrui, dans le cas où le fait illicite est en lui-même imputable à l'Etat dominé, mais où celui-ci a agi dans un domaine où il subissait le contrôle de l'Etat dominant. La doctrine majoritaire défend la théorie du contrôle, avec parfois des distinctions selon les auteurs.

2. La contrainte

L'Etat matériellement auteur d'un fait illicite peut également éviter d'en supporter la responsabilité s'il l'a accompli sous la contrainte d'un autre Etat. Ce principe a fait l'objet de l'article 18 du projet de codification de la CDI.[768]

[768] L'article 18 dispose :

Contrainte sur un autre État

L'État qui contraint un autre État à commettre un fait est internationalement responsable de ce fait dans le cas où:

a) Le fait constituerait, en l'absence de contrainte, un fait internationalement illicite de l'État soumis à la contrainte; et

b) L'État qui exerce la contrainte agit en connaissance des circonstances dudit fait.

L'Etat auteur de la contrainte est responsable du fait illicite réalisé par l'Etat contraint. La contrainte doit être exercée délibérément pour amener un Etat à violer une obligation qu'il doit à un Etat tiers.[769] Elle est comprise comme une force qui ôte toute marge de manœuvre ; l'Etat sur lequel la contrainte est exercée doit n'avoir « d'autre choix que de faire ce que veut l'Etat qui exerce la contrainte. »[770] La contrainte étant assimilable à la force majeure, une circonstance excluant l'illicéité, la responsabilité de l'Etat ayant subi la contrainte est en principe exclue.[771] L'Etat auteur de la contrainte supporte l'entière responsabilité de l'acte.

B) L'attribution de la responsabilité dans la jurisprudence internationale et devant la CDI

La question de l'attribution de la responsabilité a été abordée dans la jurisprudence internationale (1) avant d'être étudiée par la Commission du droit international (2).

1. Les Etats dépendants dans la jurisprudence internationale

Le cas de l'Etat « fantoche » se rapproche de celui des États dépendants: l'Etat « dominant » peut se voir attribuer la responsabilité d'un fait commis par un État fantoche. Le cas de la « République de Salo » a contribué au développement de la jurisprudence en la matière, notamment par les affaires traitées par les commissions de conciliation États-Unis/Italie et France/Italie. Ces commissions ont néanmoins estimé que cet État constituait certes un gouvernement de fait, mais ne pouvait être considéré comme une simple *longa manus* de l'Allemagne

La question de la responsabilité de l'Etat pour des faits d'une entité étatique exerçant *de facto* le pouvoir sur une région a été examinée par la Commission de conciliation franco-

[769] James CRAWFORD, *op. cit.*, p. 187

[770] *Ibid.*

[771] *Ibid.*, p. 188. Selon le rapporteur spécial James Crawford, « l'assimilation de la contrainte à la force majeure signifie que dans la plupart des cas où l'article 18 est applicable, la responsabilité de l'Etat contraint vis-à-vis de l'Etat tiers lésé sera exclue. »

italienne. Les décisions rendues par la Commission sont intéressantes dans la mesure où elles traduisent l'application du droit international général, mais il faut garder à l'esprit qu'elle a été mise en place en exécution du Traité de paix de Paris du 10 février 1947, ce qui explique le caractère particulier de certaines décisions relatives à l'imputabilité à l'Etat d'actes commis par des personnes ou entités qui ne sont pas ses organes *de jure*. La Commission a ainsi fait application de critères d'imputabilité beaucoup plus larges que dans le cadre du droit international général, même lorsqu'elle s'y est référée, comme c'était le cas dans l'affaire évoquée plus bas.

L'affaire *Dame Mossé* concernait des actes de la République sociale italienne (ou « République de Salo »), qui contrôlait de fait le nord de l'Italie, après le renversement de Mussolini et l'installation à Rome d'un gouvernement favorable aux Alliés. La Commission a estimé qu'il suffisait, pour que des actes soient attribuables à l'Italie, qu'ils aient été pris « par celui qui exerçait, en fait, le pouvoir politique sur le territoire où les biens se trouvaient »[772], c'est à dire la République de Salo. Au contraire, selon le membre italien de la Commission, la République de Salo n'était pas un gouvernement qui exerçait en fait la souveraineté; il n'y avait pas de gouvernement de fait en Italie du Nord à cette époque, mais l'occupation allemande: « le soi-disant Gouvernement de Salo fut considéré, tant par l'Italie que par les Nations Unies, comme une *longa manu*, c'est-à-dire un organe de l'occupant »[773]; les mesures contestées ne seraient en tout état de cause pas attribuables à l'Italie, mais à la puissance occupante. On peut en effet considérer que les Alliés n'avaient pas voulu rendre les autorités italiennes responsables d'actes commis par une entité qui contestait leur légitimité, pendant une occupation étrangère, en outre à une époque ou elles combattaient à leurs côtés.[774] Dans l'hypothèse où la République de Salo ne pouvait être tenue pour un simple organe de fait de l'Allemagne, mais comme une entité *de facto* en rébellion contre le gouvernement *de jure*, ses actes ne pouvaient être attribués à l'Italie, dans la mesure où le droit international reconnaît qu'un Etat ne peut être tenu pour responsable des actes d'un pouvoir de fait dirigé contre lui et échappant à son contrôle. Cependant, la Commission a estimé que d'après le Traité de Paris, l'Italie doit répondre des faits de guerre commis, non seulement par le gouvernement fasciste

772 Commission de conciliation franco-italienne, *Dame Mossé*, décision n°144 du 17 janvier 1953, R.S.A. vol. 13, p. 492

773 *Ibid.*, p. 495

774 *Ibid.*, p. 496

qui était le gouvernement *de jure* de ce pays jusqu'à la chute de Mussolini en 1943, et ses agents et organes, mais aussi par la République sociale italienne constituée sous tutelle allemande[775], ainsi que par les forces allemandes[776].

L'Italie a, de même, dû répondre d'actes de pillage commis par des inconnus[777] ; dans l'affaire *Selosse*[778], l'Italie a été jugée responsable du pillage des biens par des inconnus, du fait de la mesure d'internement prise à l'encontre du requérant par les autorités italiennes et de l'absence de mesures prises pour éviter ce pillage.

Dans son septième rapport, Roberto Ago a distingué entre deux hypothèses d'Etats « fantoches » ou dépendants. Lorsque l'entité, présentée comme un Etat indépendant, est en réalité entièrement soumise à l'Etat l'ayant créée, son comportement est directement attribuable à ce dernier Etat. L'entité est alors assimilée à un organe de l'Etat, à une de ses collectivités territoriales ou à un territoire dépendant. Dans une hypothèse plus fréquente, l'« Etat fantoche » est un sujet distinct de droit international, mais est soumis à un régime de contrôle de l'Etat auteur de sa création. Dans ce cas, l'Etat dépendant est réputé être l'auteur des faits illicites, mais la responsabilité de l'Etat « dominant » est engagée s'il a effectivement exercé son pouvoir de contrôle.[779] Néanmoins, dans les cas cités en exemple plus haut, les entités ne sont généralement pas considérées comme des sujets du droit international. Elles pourraient alors, comme cela a été fait, par exemple par la Cour européenne des droits de l'homme dans sa jurisprudence précitée, être considérées comme des administrations locales ou des territoires dépendants de l'Etat « parent », auquel leur comportement serait alors attribuable.

---

[775] Par exemple, la décision *consorts Estassy*, décision n°166, 2 décembre 1953, R.S.A. vol. 13, p. 575 estime que l'Italie doit verser une indemnité du fait de « pillages effectués à diverses reprises par des troupes néo-fascistes (i.e. de la République de Salo) » ainsi que par des personnes non identifiées.

[776] Raymond GOY, « La jurisprudence de la Commission franco-italienne de conciliation et l'interprétation du Traité de paix avec l'Italie », *Annuaire Français de Droit international*, 1959, p. 326

[777] v. décision n°94, *Gris*, 14 avril 1951

[778] décision n°147, rendue le 23 janvier 1953, R.S.A. vol. 13 p. 550

[779] ACDI 1978, vol. II, 1ère Partie, p. 53, note 105

2. Le contrôle devant la Commission du droit international

Dans le cas où un Etat a agi en suivant les directives ou sous le contrôle d'un autre Etat, la responsabilité du fait illicite est attribuée au second Etat, même s'il a été matériellement commis par le premier. L'Etat qui a donné les directives ou exercé le contrôle est responsable du fait lui-même, « dès lors qu'il a contrôlé et dirigé le fait dans son intégralité ».[780]

Les cas de liens de subordination formelle, comme le protectorat, à propos desquels la jurisprudence internationale avait exposé certains principes, n'existent plus depuis la décolonisation. Il s'agit donc de se pencher sur la question de l'intérêt actuel de la norme de droit international codifiée dans l'article 17. Comme l'a relevé le Rapporteur spécial, James Crawford[781], le souci premier de l'arbitre dans l'affaire des *Réclamations britanniques dans la Zone espagnole du Maroc*, dans laquelle la responsabilité internationale de l'Etat protecteur à raison des faits commis par l'Etat protégé a été affirmée, était d'éviter la disparition de toute responsabilité pour les faits commis par l'Etat protégé. En effet, dans ce cas de protectorat, comme l'Etat protégé n'exerçait plus lui-même ses relations internationales, les Etats tiers éventuellement lésés par un acte illicite étaient dans l'incapacité de se tourner vers son auteur direct. Il était justifié dans ces conditions que l'Etat protecteur réponde du comportement illicite de l'Etat protégé, celui-ci ne disposant, par ailleurs, que d'une autonomie très limitée vis-à-vis du protecteur.

Ce raisonnement pourrait également être pertinent dans d'autres hypothèses où il est impossible de mettre en œuvre la responsabilité de l'auteur réel du fait illicite en raison de son absence de capacité juridique internationale. Il s'agit des cas d'Etats non-reconnus, ou d'entités sécessionnistes, comme dans les exemples évoqués plus haut. Ces entités, qui ne

[780] James CRAWFORD, *op. cit.*, p. 182

L'article 17 du Projet de la CDI dispose :

Directives et contrôle dans la commission du fait internationalement illicite

L'État qui donne des directives à un autre État et qui exerce un contrôle dans la commission du fait internationalement illicite par ce dernier est internationalement responsable de ce fait dans le cas où:

a) Ledit État agit ainsi en connaissance des circonstances du fait internationalement illicite; et

b) Le fait serait internationalement illicite s'il était commis par cet État.

[781] *Ibid.*, p. 183

possèdent pas le statut d'Etat en droit international, sont généralement soumises au contrôle d'un Etat « protecteur ».

Ce contrôle n'est toutefois pas suffisamment étroit pour permettre de les considérer comme des organes *de facto* de cet Etat. En outre, si un comportement spécifique peut être attribué à l'Etat « protecteur » sous l'angle de l'article 8, cette base d'imputabilité ne prend en compte que des situations ponctuelles, et non les relations de dépendance, coopération ou contrôle à long terme qui s'établissent généralement dans ces hypothèses. Ces entités ne possédant pas la personnalité juridique internationale, elles ne peuvent répondre elles-mêmes de leur comportement. Dans le même temps, leur autonomie envers leur Etat « parrain » est trop grande pour que leur comportement lui soit directement attribué.

Cette situation est à l'origine d'un vide juridique, de situations dans lesquelles la responsabilité de faits graves ne peut être attribuée à aucun sujet de droit international, alors même qu'il s'agirait de faits internationalement illicites s'ils avaient été commis par un Etat. La difficulté a été résolue par la Cour européenne des droits de l'homme, lorsqu'elle a jugé que la Turquie devait supporter la responsabilité des actes de la « République turque du Nord de Chypre », ou la Russie de la « République moldave de Transniestrie ». Cependant, cette solution n'est pas entièrement satisfaisante dans la mesure où, en élargissant le critère de l'organe *de facto*, elle prend ses distances avec la position de la CIJ et crée une diversité de critères d'attribution dommageable à la cohérence du droit international.

La règle coutumière codifiée dans l'article 17 du Projet de la CDI ne concerne cependant qu'un comportement précis, et n'a pas pour objet d'attribuer tout comportement de l'Etat « dominé ». Le simple pouvoir d'un Etat de donner des instructions ou d'exercer son contrôle sur les activités d'un autre Etat dans un domaine particulier n'a pas pour conséquence d'attribuer au premier Etat tous les actes du second dans le domaine en question.[782] Comme dans le cas de l'article 8, les « directives » ou le « contrôle » doivent porter sur un fait illicite précis, un comportement spécifique.

Le « contrôle » au sens de cette norme va au-delà d'une simple influence, ou à l'exercice d'une surveillance ; il doit s'agir de « l'exercice d'une domination » qui doit porter sur le comportement illicite.[783] Les directives doivent elles aussi porter sur le fait illicite, et ne

[782] *Ibid.*, pp. 184-185

[783] *Ibid.*, p. 185

doivent pas être trop générales. Dans les termes du rapporteur spécial, l'expression « donner des directives » signifie que l'Etat « dominant » exerce une « direction effective opérationnelle ».[784]

Contrairement à ce que l'on pouvait déduire de la jurisprudence ancienne, qui appréhendait des relations inégales inscrites dans une certaine durée, les cas d'attribution de responsabilité codifiés par la CDI n'ont pour objet que d'imputer à un Etat autre que celui qui a matériellement commis le fait illicite un fait précis. Seule est concernée la responsabilité pour un fait illicite spécifique, commis sous le contrôle, en suivant les directives ou sous la contrainte d'un autre Etat. Ces normes ne sont donc, en tant que telles, pas aptes à prendre en compte des relations de long terme, telles que celles existant entre certaines entités et certains Etats, dans le cadre de l'attribution de la responsabilité, comme les règles régissant l'organe *de facto* ne suffisent généralement pas à appréhender ces relations dans le cadre de l'attribution d'un fait illicite.

Conclusion du titre 2

Le droit de la responsabilité internationale contemporain connaît plusieurs cas d'imputation à l'Etat du comportement de personnes ne possédant pas la qualité d'organe *de jure*, donc ne faisant pas formellement partie de l'appareil d'Etat. Il est possible de tracer une distinction entre deux ensembles principaux :

- l'imputabilité du comportement de personnes ou d'un groupe de personnes qui fait partie de l'appareil d'Etat réel, c'est-à-dire qui en sont des organes *de facto* de l'Etat, et
- l'imputabilité du comportement de personnes ou de groupes de personnes ne faisant pas partie de l'appareil d'Etat, même *de facto,* mais dont le comportement est, exceptionnellement, attribué à l'Etat sur la base d'un lien factuel entre la personne ou le groupe et l'Etat, ou sur la base de la nature du comportement en question.

Pour qu'une personne ou un groupe de personnes puisse être qualifiée d'organe *de facto* d'un Etat, il est nécessaire de prouver sa « totale dépendance » envers l'Etat. Dans ce

[784] *Ibid.*

cas, tous ses actes commis *ès* qualités sont attribuables à l'Etat, comme pour un organe *de jure*. L'organe *de facto* est régi par l'article 4 du Projet de la CDI.

Le comportement d'une personne ou d'un groupe de particuliers peut être attribué à l'Etat, par exception, dans deux hypothèses. Dans la première, la personne ou le groupe doit avoir assuré des fonctions publiques dans un cas de carence ou d'absence des autorités officielles.[785] Dans la seconde, la personne ou le groupe de personnes doivent avoir agi sous le contrôle effectif, ou en suivant les instructions ou directives de l'Etat.[786] Dans ces deux cas, seul le comportement spécifique, correspondant à un exercice de fonctions publique, ou réalisé dans les conditions citées, est attribuable à l'Etat. Les autres actes de ces personnes restent des actes de particuliers qui ne sont pas imputables à l'Etat. Les particuliers restent des personnes privées, ils ne deviennent pas des organes, même *de facto*, de l'Etat. Ils ont parfois qualifiés d'agents *de facto*, ou de fonctionnaires de fait.

Dans les deux cas, aucune distinction n'est faite par le droit international général selon qu'il s'agisse d'une personne, d'un groupe inorganisé, d'un groupe organisé politiquement et/ou militairement, ou encore d'une entité organisée sur une base territoriale et y exerçant un pouvoir politique et d'administration. Ces trois derniers cas sont tous compris sous l'appellation « groupe de personnes », malgré leurs différences. Cette absence de distinction et de nuance entre des cas très différents, comme un simple groupe de particuliers et une entité qui est assimilable à une autorité publique, a été critiquée, et a mené à la défense ou, dans certains cas, à l'adoption de critères variables. Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme s'est fondée sur les relations d'ensemble entre une entité sécessionniste et un Etat pour qualifier celle-là d'« administration locale » de celui-ci. La nécessité de critères moins rigides permettant de juger au cas par cas, selon les spécificités de chaque espèce, a également été défendue par le juge Al-Khasawneh, pour qui « *different types of activities, particularly in the ever evolving nature of armed conflict, may call for subtle variations in the rules of attribution.* »[787]

[785] Article 9 du Projet d'Articles de la CDI

[786] Article 8 du Projet d'Articles de la CDI

[787] CIJ, *Génocide*, Opinion individuelle du Vice-Président, §39

Conclusion de la première partie

L'imputabilité d'un comportement illicite à l'Etat est fondée sur deux types de liens entre l'Etat et l'individu ou l'entité auteur du fait. Ce dernier peut posséder le statut d'organe *de jure* de l'Etat, ou avoir été habilité par l'Etat à exercer des fonctions publiques en son nom. S'il ne possède pas ce statut, donc s'il s'agit d'une personne privée, son comportement n'est en principe pas attribuable à l'Etat. Son comportement peut cependant être attribuable à l'Etat s'il est uni à ce dernier par des liens de fait. Il peut être considéré comme engageant l'Etat sur le plan international par son comportement, bien qu'il ne possède pas le statut d'organe de l'Etat d'après son droit interne. Le droit international se réfère largement au droit interne pour circonscrire les organes de l'Etat, mais joue également un rôle autonome dans la définition des comportements qui sont susceptibles de lui être rattachés.

La détermination de la responsabilité étatique se fonde largement sur l'imputabilité du comportement. Cependant, la question de l'attribution de la responsabilité apparaît dans le cas de relations entre deux Etats. Cette problématique, dont la caractéristique est que la responsabilité à raison du fait illicite est attribuée à un sujet autre que celui auquel le fait est imputable est, de manière générale, spécifique aux relations entre deux sujets de droit international. Elle est très présente dans le domaine de la responsabilité des organisations internationales, et rendue particulièrement complexe par les rapports permanents entre les organisations internationales et leurs Etats membres. En effet, les organisations internationales sont créées par des Etats qui continuent d'exercer sur elles une forte influence ; parallèlement, du fait de leur manque de moyens propres, les organisations internationales agissent souvent par l'intermédiaire des Etats membres. La détermination du titulaire de la responsabilité dépend ainsi de l'état des rapports juridiques et factuels entre l'organisation et ses membres.

2ème partie. La problématique de l'imputabilité d'un fait illicite à une organisation internationale ou à ses Etats membres

La spécificité des organisations internationales en tant que sujets dérivés du droit international a d'importantes conséquences au niveau des principes gouvernant la responsabilité internationale. Une étude de la responsabilité des organisations internationales est indissociable de celle de leurs membres. En effet, les organisations internationales sont créées par d'autres sujets du droit international, principalement des Etats, qui conservent une grande influence sur la détermination des activités de l'organisation. Dans le même temps, les organisations sont dépendantes des ressources et des moyens qui leur sont alloués par les Etats membres. Elles agissent souvent par l'intermédiaire des Etats membres ou de leurs organes. Ces liens complexes d'influence et de contrôle mutuels ont des conséquences directes sur la responsabilité des organisations comme de leurs Etats membres. Les règles d'attribution doivent refléter la réalité du mode d'activité des organisations internationales et permettre au tiers lésé de pouvoir demander réparation à l'entité qui a effectivement commis le fait illicite.[788]

Le sujet de l'imputabilité d'un fait illicite dans le droit de la responsabilité des organisations internationales implique de se pencher sur plusieurs éléments certes distincts, mais tous liés à la question essentielle de cette matière, qui est celle des conséquences des rapports mutuels entre l'organisation et ses Etats membres sur l'attribution de la responsabilité. Le thème de cette partie nécessite d'étudier la question de la responsabilité des Etats membres trouvant son origine dans un fait de l'organisation ou dans un de leurs faits propres réalisé en relation avec l'organisation en plus de celle de l'imputabilité d'un fait illicite à l'organisation au sens strict.

Il est donc nécessaire de se pencher tant sur la responsabilité de l'Etat à raison du comportement d'une organisation dont il est membre (titre 1) que sur la détermination de la responsabilité de l'organisation internationale, qui peut trouver son origine dans son fait propre ou à raison du comportement d'un Etat membre (titre 2).

[788] Alexander ORAKHELASHVILI, "Division of Reparation between Responsible Entities", in. James CRAWFORD, Alain PELLET, Simon OLLESON (eds.), *op. cit.*, p. 653

Titre 1. La responsabilité de l'Etat à raison du comportement d'une organisation dont il est membre

Avant de déterminer les conditions de l'imputabilité d'un fait illicite à une organisation internationale, il convient de se pencher sur la question générale de la capacité de l'organisation à être responsable à raison d'un fait illicite, et plus spécifiquement sur celle de la responsabilité des Etats à raison de faits de l'organisation dont ils sont membres. En effet, les Etats membres possèdent une forte influence sur la définition des politiques et le choix des activités de l'organisation internationale.

La question de la responsabilité de l'Etat à raison du fait d'une organisation internationale dont il est membre est liée à celle de la personnalité internationale de l'organisation, et à l'opposabilité de celle-ci aux tiers. La personnalité juridique internationale de l'organisation signifie sa capacité à être responsable des faits illicites qui lui sont attribuables.[789] Il n'existe par ailleurs aucun principe général de responsabilité subsidiaire des Etats pour les faits des organisations dont ils sont membres (chapitre 1). Le fait illicite d'une organisation internationale est cependant susceptible, sous certaines conditions, d'avoir des incidences sur la responsabilité des Etats membres (chapitre 2).

[789] L'article 3 du projet de la CDI sur la responsabilité des organisations internationales dispose : « Tout fait internationalement illicite d'une organisation internationale engage sa responsabilité internationale. » La notion de « fait de l'organisation » est étudiée dans le deuxième titre de cette partie.

Chapitre 1. La responsabilité internationale de l'organisation, raison de l'exclusion de principe de celle de ses membres.

Les organisations sont des sujets de droit international[790], et sont en tant que telles soumises au droit international général. Elles sont en conséquence susceptibles d'être considérées comme responsable de tout acte illicite qui leur serait imputable.[791] Si la qualité de sujet de droit international des organisations internationales n'est plus guère contestée, la portée de leur personnalité juridique internationale continue d'être l'objet de débats. La personnalité dans un ordre juridique permet d'être titulaire de droits et d'obligations. Le sujet de droit doit répondre de la violation d'une de ses obligations. Qu'une organisation internationale soit responsable d'un fait illicite qui lui est imputable[792] ne fait aucun doute. Possesseur de la personnalité juridique internationale, l'organisation internationale a donc la capacité d'être responsable.

Certaines particularités de l'organisation internationale sont néanmoins susceptibles d'avoir une influence sur ce principe. L'organisation internationale est un sujet de droit international institué, dérivé, créé par des Etats. Les Etats y conservent un rôle important. Les organisations internationales ne soit pas des sujets entièrement indépendants et souverains, elles sont formées d'Etats, et « restent unies par des liens multiples aux Etats qui les composent et demeurent à bien des égards dans leur étroite dépendance. »[793] Cette place déterminante des Etats membres de l'organisation pose la question de leur responsabilité à raison d'un fait illicite commis par l'organisation. S'il est généralement admis que l'organisation porte la responsabilité primaire à raison de ses actes, la question d'une responsabilité subsidiaire des Etats membres s'est posée, notamment lorsque des difficultés à obtenir réparation de l'organisation se sont présentées. Face à ces difficultés, les tiers lésés par le comportement de l'organisation se sont retournés contre les Etats membres. Il faut

[790] Alain PELLET, Patrick DAILLIER, Mathias FORTEAU, *op. cit.*, §383

[791] Pierre-Marie DUPUY, *op. cit.*, p. 156

[792] La question de ce qui constitue un « fait de l'organisation » est étudié dans le deuxième titre de cette partie

[793] Pierre-Marie DUPUY, *op. cit.*, p. 156

néanmoins conclure à l'absence d'une règle générale de droit international prévoyant la responsabilité subsidiaire des Etats membres d'une organisation internationale à raison de faits illicites de celle-ci. Des éléments atténuant cette absence de responsabilité subsidiaire des Etats membres sont apparus, souvent de manière empirique, afin d'éviter un vide juridique qui permettrait aux Etats de contourner leurs obligations en se servant d'une organisation internationale. Ceux-ci sont souvent liés à un comportement propre des Etats, dont la responsabilité ne découle jamais de leur seule qualité de membre. La responsabilité de l'Etat trouve toutefois son origine dans le fait de l'organisation ; elle est liée à la responsabilité de l'organisation.[794]

Une des conséquences de la personnalité juridique des organisations internationales est leur capacité à être responsables à raison des faits internationalement illicites qui leur sont imputables. L'imputabilité du fait illicite à l'organisation internationale, à la fois conséquence et indice de sa personnalité internationale, peut également constituer un obstacle du fait que les organisations ne peuvent que rarement être attraites devant une juridiction internationale (section 1). Les membres d'une organisation internationale ne supportent cependant aucune responsabilité, directe ou subsidiaire, à raison d'un fait illicite de l'organisation (section 2).

s. 1 La capacité de l'organisation internationale d'être internationalement responsable des comportements qui lui sont attribuables

La personnalité juridique permet d'agir en tant que sujet autonome. L'organisation internationale devient un sujet de droit, susceptible d'être titulaire, en propre, de droits et d'obligations. Il peut notamment être titulaire d'obligations mises à sa charge par le droit de la responsabilité internationale si une violation de ses obligations internationales peut lui être imputée. L'organisation internationale, comme tout sujet de droit, est responsable du manquement à ses obligations[795]. La responsabilité pour un manquement à ses obligations permet aux tiers de faire valoir leurs prétentions directement auprès de l'organisation. Elle a

[794] Ce sujet est traité dans le deuxième chapitre de ce titre.

[795] Pierre KLEIN, *op. cit.*, p. 2 : La capacité des organisations internationales à la responsabilité dans les différents systèmes juridiques où elles mènent leurs activités est « incontestable ».

cependant été vue comme recelant un risque pour les tiers. Les moyens concrets d'engagement de la responsabilité sont, en effet, moins développés dans le cas des organisations internationales que dans celui des Etats. Cette constatation a nourri l'argumentation en faveur de la responsabilité subsidiaire des Etats membres.

La responsabilité internationale, en tant que conséquence et indice de la personnalité séparée d'une organisation internationale (§1), peut se révéler poser des difficultés particulières aux personnes se plaignant de leur activité (§2).

§1. La personnalité juridique des organisations internationales, fondement de leur responsabilité

La relation nécessaire entre responsabilité et personnalité a été soulignée à de nombreuses reprises. La responsabilité internationale des organisations internationales suppose qu'elles possèdent la personnalité juridique internationale, qu'elles sont des sujets de droit international distincts des Etats membres. La personnalité internationale de l'organisation, donc son existence effective dans l'ordre international, est indispensable à sa capacité à se voir imputer les actes illicites qu'elle a commis. La responsabilité des organisations internationales du fait des comportements illicites qui leur sont imputables est une « conséquence nécessaire »[796] de leur personnalité juridique. C'est précisément la possession de la personnalité juridique internationale qui distingue les organisations internationales de simples organes communs à plusieurs Etats[797], comme l'administration tripartite de Nauru.[798] Les Etats doivent directement supporter la responsabilité du comportement d'un organisme qui ne serait que leur instrument, sans posséder aucune autonomie à leur égard, aucune volonté propre.[799]

[796] Alain PELLET, Patrick DAILLIER, Mathias FORTEAU, *op. cit.*, §478

[797] Philippe SANDS, Pierre KLEIN, *Bowett's Law of International Institutions*, 6th Edition, Sweet and Maxwell, London, 2009, § 15.001

[798] CIJ, *Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie)*, arrêt du 26 juin 1992 (Exceptions préliminaires), *Rec.* p. 258, §47

[799] *Cf. infra*, chapitre 2

Pour avoir la personnalité internationale, l'organisation doit posséder une volonté distincte[800]. La personnalité morale de droit international des organisations internationales a été reconnue par la CIJ dans l'avis consultatif du 11 avril 1949. Cette personnalité juridique internationale distincte de celle des États qui la composent dépend de la volonté de ces États telle qu'elle transparaît dans l'acte constitutif de l'Organisation, où elle trouve son fondement, sans qu'une disposition la lui attribuant expressément ne soit nécessaire.[801] De telles attributions expresses sont, par ailleurs, particulièrement rares, et insuffisantes : l'organisation doit posséder une volonté autonome, distincte de celle des Etats membres. Ce critère est considéré comme la « pierre angulaire » de la personnalité internationale[802], son « critère fondamental ».[803]

Les Organisations internationales sont, comme les États, des personnes morales qui agissent par l'intermédiaire d'individus ou de groupes. Les organisations internationales sont des sujets « secondaires » du droit international, dans la mesure où elles sont elles-mêmes composées d'Etats, qui sont à la fois à l'origine de leur création et des exécutants de la volonté de l'organisation. La question de l'attribution de la responsabilité internationale est rendue plus complexe par cette double position de l'Etat envers l'organisation, à la fois fondateur et exécutant.

La personnalité morale des organisations internationales, et donc leur capacité à répondre de leurs actes en droit international, dépend de la volonté des États, sujets primaires et de plein droit du droit international. Les organisations internationales restent souvent étroitement liées à leurs créateurs, et en sont parfois très dépendantes; d'où des difficultés pour distinguer leur volonté de celle de leurs membres, et d'opérer l'imputation de leurs actes.[804] En tant que sujets institués par les Etats, elles « demeurent à bien des égards dans

800 Rosalyn HIGGINS, "The Legal Consequences for Member States of the Non-Fulfilment by International Obligations of their Obligations towards Third Parties", *Annuaire de l'Institut de Droit International*, vol. 66-I, 1995, p. 254

801 Alain PELLET, Patrick DAILLIER, Mathias FORTEAU, *op. cit.*, §383

802 Joe VERHOEVEN, *La reconnaissance internationale dans la pratique contemporaine*, Pedone, Paris, 1975, p. 199

803 Jean SALMON, AIDI vol. 66-I, p. 340

804 Manuel PEREZ GONZALEZ, « Les organisations internationales et le droit de la responsabilité », *RGDIP*, 1988, p. 69

leur étroite dépendance »[805]. Ces derniers ont tendance à essayer d'orienter l'action des organisations qu'ils ont créées dans un sens conforme à leurs intérêts, et pour ce faire à essayer de « s'en assurer le contrôle au moins partiel »[806]. Cependant, les organisations bénéficient souvent d'une certaine autonomie vis-à-vis de leurs membres, due à la dynamique créée par l'institution d'organes qui leur soient propres. Elles sont souvent le lieu de jeux de pouvoir complexes, et, si leur action est soumise à la volonté des Etats, l'inverse est également vrai : des Etats peuvent agir sous le contrôle ou en suivant les instructions de l'organisation.[807] La création d'une organisation a précisément pour effet de brider, de contraindre la liberté d'action des Etats, même si le transfert de compétences à l'organisation est fondé sur une base volontaire.

Les organisations internationales sont des sujets du droit international, et sont en tant que telles responsables des violations du droit international qu'elles commettent. Leur capacité d'être responsable des violations du droit international qui leur sont imputables peut être déduite de leur capacité à être titulaire d'obligations internationales, et donc de leur personnalité juridique internationale.[808] Ce principe est résumé par Ian Brownlie, qui estime que *« if an organization has a legal personality distinct from that of the member states, and functions which in the hands of states may create responsibility, then it is in principle reasonable to impute responsibility to the organization.* »[809] Si elle est la conséquence de la personnalité internationale de l'organisation, la responsabilité est également « souvent présentée comme le test ultime de l'effectivité de la personnalité juridique d'une entité

[805] Pierre-Marie DUPUY, *op. cit.*, p. 156

[806] *Ibid.*

[807] A ce sujet, Pierre-Marie DUPUY écrit qu'on ne peut réduire l'organisation internationale « quelle que soit la dépendance dans laquelle elle reste par rapport à ses membres, à un regroupement fragile de souverainetés rivales. Elle constitue aussi une entité corporative, distincte d'un point de vue juridique de chacun des Etats qui la composent.» *Ibid.*, p. 183, également p. 191.

[808] C. F. AMERASINGHE, *Principles of the institutional law of international organizations*, OUP, 2005, 2nd ed., p. 399

[809] Ian BROWNLIE, *Principles of Public International Law*, 6th ed., Oxford University Press, p. 655

donnée ».[810] D'autres auteurs soulignent également le lien logique entre la personnalité juridique de l'organisation et sa capacité à répondre de ses actes sur le plan international.[811]

La responsabilité de l'organisation est fonction de sa personnalité juridique, et dépend donc de « la manière dont est conçue l'organisation »[812], soit comme un sujet indépendant, ou tout au moins bénéficiant d'une certaine autonomie, vis-à-vis des Etats membres, soit comme un simple instrument à leur disposition. Elle peut être déduite de la volonté des États fondateurs d'attribuer des organes propres à l'organisation, une mission spécifique, bref traduisant le « caractère d'une Organisation placée, à certains égards, en face de ses membres. »[813]

La personnalité juridique des organisations internationales est fonctionnelle, elle est soumise au principe de spécialité et limitée par le traité constitutif.[814] La responsabilité internationale de l'organisation est cependant susceptible d'être engagée pour tous les actes qui lui sont imputables, et dans tous les cas ou la responsabilité d'un comportement peut lui être attribuée, qu'ils entrent ou non dans le cadre de ses pouvoirs.[815]

Les organisations internationales forment un ensemble uni, et il n'est pas possible de faire une différence, aux fins de l'attribution de la responsabilité, entre les actes des organes les plus intégrés de l'organisation, comme le secrétariat, et les organes composés de représentants d'Etats. D'après Finn Seyersted, écrivant à propos de l'ONU, il résulte de la personnalité juridique distincte de l'organisation que les Etats membres, que ce soit en cette qualité ou en qualité d'Etats membres de l'organe directeur, ne peuvent être tenus responsables des actes de l'organisation. En effet, « *this would require a clear delegation of*

---

[810] Pierre KLEIN, *op. cit.*, p. 5 ; de même, Rosalyn Higgins souligne que « *one of the indicia of international personality is that the entity concerned can bring claims or have claims brought against it.* » *op. cit.*, p. 254

[811] « *Legal personality implies not only the capacity to bring claims, as in the Reparations Case, but also the responsibility of the organisation for its own illegal acts.* » Derek BOWETT, *The Law of International Institutions*, 4ème éd., Stevens, Londres, 1982, pp. 362-363 ; « *Liability is (…) generally presented as the logical corollary of the powers and rights conferred upon international organisations.* » Philip SANDS, pierre KLEIN, *op. cit.*, n°15-090

[812] Manuel PEREZ GONZALEZ, *op. cit.*, p. 66

[813] CIJ, *Réparations des dommages subis au service des Nations Unies,* Avis consultatif du 11 avril 1949, Rec. p. 174

[814] V. par exemple Pierre-Marie DUPUY, *op. cit.*, pp. 190s

[815] Manuel PEREZ GONZALEZ, *ibid.*, p. 68

powers, which the Charter does not contain »; cela mènerait, en outre, à transformer l'Organisation en une sorte de fédération, ce qui n'était pas voulu.[816] Les Etats membres agissent en tant qu'organe de l'organisation, et non directement en tant qu'Etats isolés.[817] Dans le cas d'une organisation qui possède la personnalité internationale, c'est-à-dire une volonté distincte de celle de ses membres, l'action de ces derniers dans les organes de décision de l'organisation est sans influence sur l'imputabilité du comportement de l'organisation.[818] Leur acte collectif est, dans cette hypothèse, considéré comme un acte de l'organisation ; cette dernière en supportera également la responsabilité.

Dans le cadre de la prise de décision au sein d'une organisation internationale, le vote ne crée pas d'obligations à l'égard de l'Etat, il n'est pas un acte unilatéral de l'Etat. Un Etat n'est pas responsable du comportement illicite de l'organisation réalisé en application d'une décision adoptée avec sa voix[819], sauf si le vote peut être assimilé à une aide ou assistance dans la commission du fait illicite, ce qui requiert que l'acte n'aurait pu être adopté sans le vote de l'Etat.[820] L'organisation est en principe seule responsable des faits illicites qu'elle a commis ; la responsabilité des Etats membres de l'organe de décision qui ont adopté l'acte ayant mené à la violation d'une de ses obligations par l'organisation internationale ne peut être engagée.[821] Le vote n'exprime pas de manifestation unilatérale de volonté. En effet, l'Etat n'est pas lié du fait de son vote positif, mais par la décision prise selon la procédure prévue par le traité constitutif de l'organisation dont il est membre. L'obligation découle de la force conférée à l'acte adopté et non de l'expression de la volonté de l'Etat.

L'organisation internationale doit être suffisamment distincte pour posséder une personnalité autonome face aux Etats fondateurs et assez cohérente pour former un « centre d'imputation » de relations juridiques internationales qui lui sont particulières ».[822] La

[816] Finn SEYERSTED, *Common Law of International Organizations*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, p. 90

[817] AIDI 1995, Rapport de Rosalyn HIGGINS, p. 388

[818] *Ibid*.

[819] Evelyne LAGRANGE relève que « du vote ne naît pas de responsabilité individuelle », *La représentation institutionnelle dans l'ordre international*, Kluwer Law International, La Haye, Londres, New York, 2002, p. 326

[820] Pierre KLEIN, "The Attribution of Acts to International Organizations", in James CRAWFORD, Alain PELLET, Simon OLLESON (eds), *op. cit.*, p. 308

[821] Dans ce sens, v. Evelyne LAGRANGE, *op. cit.*, p. 332

[822] Pierre PESCATORE, *Les relations extérieures des Communautés européennes, contribution à la doctrine de la personnalité des organisations internationales*, RCADI t. 103, 1961, II, p. 30

création d'un sujet de droit international nouveau a précisément pour objet de créer un acteur unique, qui a pour fonction de centraliser l'action de différents Etats dans un domaine particulier. L'action sera celle de l'organisation, réalisée en son nom propre, et non plus celle de chaque Etat, ce qui implique que la responsabilité internationale pouvant éventuellement découler de cette action sera également celle de l'organisation. Dans les termes de Charles de Visscher[823] « le régime de la personnalité juridique est un régime de concentration : concentration des volontés orientées vers la poursuite des fins statutaires ; concentration des responsabilités par l'imputation exclusive à la personne juridique des conséquences civiles des décisions collectives régulièrement formées » ; ou, dans les termes d'Evelyne Lagrange, « la personnalité morale confère à la collectivité organisée son unité juridique. »[824] La création d'une organisation internationale par des Etats a précisément pour but de créer une personne nouvelle qui supportera la responsabilité de l'action qu'elle a pour but d'accomplir. L'organisation agit en son nom propre, et non en représentation de ses membres.[825] L'organisation, en tant que sujet de droit international, est titulaire de droits et d'obligations, et, en cas de violations de ces dernières, est seule responsable.[826] Cette conclusion a mené à des difficultés particulières, notamment liées à la grande rareté des cas dans lesquels un tiers lésé peut se tourner contre une organisation devant une juridiction internationale. Des contournements ont été imaginés, qui n'ont cependant mené qu'à une plus grande confusion dans ce domaine.[827]

§2. La situation des tiers face aux risques spécifiques aux organisations internationales

Les organisations internationales sont responsables des faits qui leur sont imputables. Cependant, certains modes de règlement des différends, notamment judiciaires, qui peuvent être utilisés à l'encontre d'Etats sont inopérants à l'égard des organisations internationales.

[823] Cité par Pierre KLEIN, *op. cit.*, p. 431, in RDILC 1936, p. 475.

[824] Evelyne LAGRANGE, *op. cit.*, p. 8

[825] *Ibid.*, p. 45

[826] Comme l'observe Pierre KLEIN, « [l]a personnalité permet (…) en règle générale de désigner l'organisation comme seule titulaire des engagements auxquels elle souscrit et, partant, comme seule responsable de leur violation. » p. 431

[827] Cf. section 2, sur la responsabilité subsidiaire des Etats membres

Dans certaines hypothèses, des tiers se sont estimés lésés par les difficultés inhérentes à la mise en œuvre de la responsabilité d'une organisation internationale.[828] De nombreux contournements de cette difficulté ont été imaginés, le plus courant étant d'invoquer l'absence de personnalité internationale d'une organisation particulière afin de mettre en cause la responsabilité directe des Etats membres. Les traités multilatéraux de protection des droits de l'homme ne sont, sauf exceptions, ouverts qu'à l'adhésion des Etats, même s'ils sont souvent l'œuvre d'organisations internationales.[829] La difficulté s'est présentée en particulier devant les organes de la Convention européenne des droits de l'homme.

Cet état de fait, bien que portant sur une question de recevabilité, peut avoir une incidence sur la question de l'imputabilité de l'acte litigieux lui-même, ou au moins de la responsabilité pour cet acte, tant le désir d'assurer l'efficacité du système européen de protection des droits de l'homme a pu pousser à la tentation de modifier certains points du droit de la responsabilité des Etats et des organisation internationales. Comme l'a présenté un auteur, « [f]ace à l'impossibilité à laquelle se trouve confronté l'individu de mettre directement en cause une organisation internationale devant les organes de surveillance de Strasbourg, il est tentant d'essayer de faire supporter la responsabilité de la violation à un Etat qui, lui, serait partie à la Convention. »[830] L'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme va, bien entendu, régler le problème en ce qui concerne les actes de cette dernière[831] ; la question peut néanmoins également se poser à propos du comportement d'autres organisations. Il faut également souligner que cette tentation a surtout été émise par la doctrine, la Cour européenne des droits de l'homme étant demeurée réservée sur ce sujet.

La volonté d'éviter que les Etats ne contournent leurs obligations en se réfugiant derrière la personnalité internationale indépendante d'une organisation internationale, l'impossibilité d'attraire une organisation devant la CIJ, ainsi que les craintes liées à l'insolvabilité de l'organisation, ont également été un argument présenté en faveur de la

[828] Par exemple lors de l'affaire du Conseil international de l'Etain, v. infra

[829] Robert KOLB, Gabriele PORRETTO, Sylvain VITE, *L'application du droit international humanitaire et des droits de l'homme aux organisations internationales – Forces de paix et administrations civiles transitoires*, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 239

[830] Pierre APRAXINE, « Violation des droits de l'homme par une organisation internationale et responsabilité des Etats au regard de la Convention européenne », *RTDH* 1995, p. 16

[831] Adhésion prévue par l'article 6 al. 2 du TUE tel que modifié par le Traité de Lisbonne

responsabilité subsidiaire des Etats membres de l'organisation à raison de faits illicites commis par celle-ci.[832]

Les questions liées à la personnalité juridique distincte des ex-Communautés européennes ont fait l'objet d'une jurisprudence abondante des organes de la Convention européenne des droits de l'homme.

Des requêtes visant des comportements attribuables à l'Union européenne ont été dirigées contre celle-ci ou contre la totalité des Etats membres. Ces requêtes formées contre des actes communautaires ont été déclarées irrecevables sur le fondement de l'absence de compétence *rationae personae* de la Cour lorsqu'elles visaient expressément les Communautés européennes. En revanche, la Cour a pu éviter de répondre directement à la question d'une éventuelle responsabilité collective de l'ensemble des Etats membres, lorsque la requête était dirigée contre ceux-ci.

Le premier de ces cas est celui d'une requête de la CFDT dirigée à titre principal contre les Communautés européennes, et subsidiairement contre « la collectivité de leurs Etats membres » et « leurs Etats membres pris individuellement ».[833] Le syndicat se plaignait de n'avoir pas été désigné par le Conseil des Communautés européennes comme organisation représentative appelée à établir des listes de candidats pour le Comité consultatif de la CECA, bien qu'elle eut été de par son importance la seconde parmi les cinq organisations reconnues comme représentatives en France. La Commission européenne des droits de l'homme a déclaré la requête, en ce qu'elle est dirigée contre les Communautés européennes, « qui ont leur personnalité juridique propre »[834], irrecevable *rationae personae,* celles-ci n'étant pas parties à la Convention[835], et bénéficiant ainsi d'une « immunité totale » à son égard.[836] Elle arrive à la même conclusion en ce qui concerne la « collectivité des Etats membres », notion qui n'a pas été définie par la requérante, mais que la Commission a assimilé au Conseil des Communautés européennes. Après avoir déclaré la requête irrecevable *rationae personae* en

[832] *Cf. infra*

[833] Commission européenne des droits de l'homme, *Confédération française démocratique du travail c. Communautés européennes, subsidiairement la collectivité de leurs Etats membres et leurs Etats membres pris individuellement,* déc. du 10 juillet 1978, Req. n° 8030/77

[834] *Ibid.*, §2

[835] *Ibid.*, §3

[836] Frédéric KRENC, « La décision *Senator Lines* ou l'ajournement d'une question délicate », *RTDH* 2005, p. 124

ce qui concernait la France, celle-ci n'ayant pas encore accepté le droit de recours individuel, la Commission a jugé que la responsabilité des autres Etats membres ne peut être engagée du fait de leur participation aux décisions du Conseil des Communautés européennes, ceux-ci n'ayant pas « dans les circonstances de l'espèce, exercé leur "juridiction" au sens de l'article 1er de la Convention. »[837] La Commission n'a donc reconnu aucune responsabilité secondaire et collective des Etats membres des Communautés européennes à raison de faits de ces dernières, en se fondant sur l'autonomie des Communautés à l'égard de leurs membres. Elle n'a, en effet, pas accepté de reconnaître une « collectivité des Etats membres » qui aurait existé en dehors d'une institution de l'organisation. Reconnaître la possibilité que les Etats membres, pris collectivement, doivent répondre des actes pris par l'organisation internationale dont ils sont membres, serait revenu à nier la personnalité juridique internationale distincte des Communautés européennes. La responsabilité d'une « collectivité des Etats membres » des Communautés européennes, distincte et parallèle à cette dernière, aurait vidé de sa substance l'autonomie de l'organisation.

Une autre requête, également dirigée contre « les Communautés européennes, subsidiairement, la collectivité de leurs Etats membres et leurs Etats membres pris individuellement »[838], à raison d'actes d'organes des Communautés européennes, a été jugée irrecevable en ce qu'elle est dirigée contre celles-ci. La Commission examine ensuite « la question (...) de savoir si l'acte mis en cause, accompli par un organe des Communautés européennes, est susceptible d'engager la responsabilité de chacun des douze Etats membres des Communautés européennes sur le terrain de la Convention. »[839] La Commission ne se prononce pas sur ce point, et déclare la requête irrecevable pour non-épuisement des voies de recours internes aux Communautés. D'autres requêtes dirigées contre la Communauté européenne ou une institution ont systématiquement été déclarées irrecevables *rationae personae*.[840] Cette solution a été confirmée plus récemment par la Cour européenne des droits de l'homme, qui a jugé que « même en tant que détentrice des pouvoirs souverains ainsi transférés, l'organisation internationale concernée ne peut, tant qu'elle n'est pas partie à la

[837] *Ibid.*, §7

[838] Commission EDH, *Mme Dufay*, déc. du 19 janvier 1989, req. n°13539/88. La requérante se plaignait des conditions de son licenciement par le Parlement européen et de la procédure suivie devant la CJCE.

[839] Ibid., §2

[840] P. ex. ComEDH, déc. du 8 mai 1985, *Dalfino c. Belgique et Communautés européennes*, req. n°11055/84, et ComEDH, déc. du 5 octobre 1987, *Associazione spirituale per l'unificazione del mondo cristiano c. Italie et Parlement européen*, req. n°11574/85

Convention, voir sa responsabilité engagée au titre de celle-ci pour les procédures conduites devant ses organes ou les décisions rendues par eux ».[841]

Face à l'impossibilité d'attraire directement une organisation internationale devant la Cour européenne des droits de l'homme, des requêtes ont été dirigées contre l'intégralité de leurs Etats membres, mettant en cause la responsabilité des Etats membres de l'organisation du fait des actes de celle-ci. Si toute forme de véritable responsabilité secondaire a été refusée par la Cour, les Etats peuvent être responsables pour n'avoir pas pris les précautions nécessaires lors du transfert de pouvoirs réalisé au profit de l'organisation.[842]

Face à l'absence de moyen de mettre directement en œuvre la responsabilité de l'organisation, des requêtes ont été dirigées contre les Etats membres de l'OTAN également parties à la Convention européenne des droits de l'homme. Toutefois, la Cour européenne des droits de l'homme ne s'est pas prononcée sur la question de la responsabilité des Etats membres de l'OTAN à raison de faits commis durant l'opération militaire contre la République fédérale de Yougoslavie.[843]

Malgré ces problèmes d'ordre procédural, et quels que pourraient être ses avantages pour les tiers entrant en relation avec une organisation, aucune règle imposant la responsabilité subsidiaire des membres d'une organisation n'est apparue en droit international.

s. 2 L'absence de responsabilité directe et subsidiaire des Etats membres à raison d'un fait illicite de l'organisation.

La responsabilité subsidiaire des Etats membres d'une organisation ne se fonde pas sur un comportement spécifique qui leur serait attribuable, mais uniquement sur leur qualité de membre. La responsabilité subsidiaire des Etats membres d'une organisation internationale a

[841] CourEDH, GC, arrêt du 30 juin 2005, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi c. Irlande*, §152

[842] Cf. infra, chapitre 2

[843] Ce point est traité dans la section 2 de ce chapitre.

été invoquée par des tiers dans plusieurs cas. Les créditeurs qui ont pu avoir des difficultés à recouvrer leurs créances auprès d'une organisation internationale se sont retournés contre leurs membres (Etats ou autres organisations internationales), comme dans l'affaire du Conseil international de l'Etain. La jurisprudence, quoique d'une ampleur limitée, apporte des éclairages importants sur cette question de l'existence d'une règle de droit international prévoyant la responsabilité subsidiaire (§1). Cette question a également donné lieu à de nombreux débats doctrinaux (§2). Si la responsabilité subsidiaire n'est pas imposée par le droit international, elle peut cependant être acceptée par les Etats membres, implicitement ou expressément (§3).

§ 1 La responsabilité subsidiaire des membres d'une organisation internationale dans la jurisprudence

Dans plusieurs cas, un tiers s'est retourné contre les Etats membres de l'organisation internationale pour des obligations de cette dernière. La pratique et la jurisprudence à ce sujet sont rares. Il est néanmoins possible de distinguer entre plusieurs hypothèses. Deux affaires concernaient des relations commerciales et financières entre l'organisation et des sociétés de droit interne. Elles ont été tranchées par des juridictions internes, le plus souvent sur la base du droit privé. Le raisonnement de ces juridictions a toutefois fait appel aux principes du droit international, quoique d'une manière limitée. Ce recours au droit international permet cependant d'étendre les solutions retenues à des hypothèses de litiges entre une organisation et d'autres sujets du droit international. Ces affaires permettent d'illustrer l'hypothèse d'un litige s'élevant entre l'organisation et des créanciers, sur le fondement de relations contractuelles. Dans ce cas, la personnalité de l'organisation est opposable aux tiers, ceux-ci, ayant accepté de traiter avec elle, sont supposés l'avoir reconnue.

La seconde hypothèse est celle du tiers « involontaire », qui n'ayant pas reconnu l'organisation, prétend être victime d'un fait illicite commis par celle-ci. Dans ce cas se pose la question de la possibilité pour l'Etat tiers de se retourner directement contre les Etats membres de l'organisation, ceux-ci supportant dès lors la responsabilité à raison de faits commis par l'organisation. Ici, la personnalité internationale de l'organisation n'est pas, en principe, remise en cause en tant que telle. Cependant, les arguments présentés par l'Etat tiers

portent le plus souvent sur l'absence de personnalité de l'organisation, sur sa dépendance envers ses Etats membres.[844]

Cette distinction entre tiers « volontaires » et « involontaires », et responsabilité d'origine « contractuelle » et « délictuelle », distinction en principe non pertinente en droit international, a été défendue dans la doctrine. Un tiers lié à l'organisation par des relations contractuelles ne peut invoquer la responsabilité des membres de l'organisation si celle-ci n'est pas prévue par le traité constitutif. Au contraire, dans un cas de responsabilité délictuelle (*torts*), la relation étant involontaire, le tiers doit bénéficier d'une protection aussi large que possible.[845] La possibilité pour le tiers involontaire de se tourner directement contre les membres de l'organisation a été présentée comme une exigence d'équité.[846]

Même si cette distinction n'emporte guère de conséquences pratiques, elle sera suivie ici, car elle a nourri des arguments défendant la responsabilité subsidiaire, voire principale et conjointe avec l'organisation, des Etats membres d'une organisation internationale.

A) La responsabilité subsidiaire envers les tiers « involontaires »

Lors de la campagne de bombardements aériens conduite par l'OTAN contre la République fédérale de Yougoslavie, plusieurs Etats ont invoqué la responsabilité des Etats membres de l'alliance. La République fédérale de Yougoslavie estimait que les Etats membres étaient responsables du recours à la force. Face à l'impossibilité d'attraire l'OTAN devant la Cour internationale de Justice, la Yougoslavie a invoqué la responsabilité de ses Etats membres-du moins de ceux qui ont effectivement participé aux opérations militaires-pris individuellement.

[844] Les questions de l'opposabilité de la personnalité internationale des organisations et de la responsabilité des membres en cas d'absence d'autonomie de l'organisation à leur égard sont traitées dans le chapitre 2, section 1.

[845] Karl ZEMANEK, AIDI 1995, vol. 66-I, p. 328

[846] Sienho YEE, "The Responsibility of States Members of an International Organization for its Conduct as a Result of Membership or their Normal Conduct associated with Membership", in. in Maurizio RAGAZZI (ed.), *International responsibility today, Essays in Memory of Oscar Schachter*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2005, p. 449

Ainsi, dans sa plaidoirie pour la République fédérale de Yougoslavie, Ian Brownlie affirme que les Etats membres de l'OTAN ayant participé à l' « opération force alliée » sont conjointement responsables des actes de la structure de commandement militaire de l'OTAN. Il se fonde cependant sur l'opinion que l'OTAN n'aurait pas de véritable autonomie vis-à-vis de ses membres, dont elle ne serait qu'un instrument.[847] Comme le commandement militaire de l'OTAN serait une « entreprise commune » des Etats membres, ses actes leur seraient solidairement attribuables.[848]

La question de l'existence d'une responsabilité conjointe ou solidaire des Etats membres d'une organisation a été évoquée par le Canada, pour exclure cette possibilité, à moins que le traité constitutif n'en dispose autrement.[849] L'affaire n'a cependant pas été jugée au fond.[850]

La Cour européenne des droits de l'homme a également connu de requêtes dirigées contre des Etats membres de l'OTAN pour le bombardement du bâtiment de la radiotélévision serbe, commis lors de l'opération militaire contre la République fédérale de Yougoslavie.[851] La question de la responsabilité subsidiaire des Etats membres n'a pas été directement abordée dans l'arrêt. Cependant, la France, un des Etats attraits devant la Cour, a affirmé que l'OTAN possédait une personnalité juridique internationale distincte de celle de ses Etats membres, et que le bombardement n'était donc pas imputable aux Etats défendeurs mais à l'organisation elle-même.[852] Cette thèse n'a pas été présentée par les autres Etats défendeurs. La doctrine semble partagée sur la question.

Ainsi, les professeurs Gérard Cohen-Jonathan et Jean-François Flauss estiment que l'OTAN possède la personnalité juridique internationale[853], et qu'en conséquence le principe

---

[847] CIJ, *Licéité de l'emploi de la force (Exceptions préliminaires)*, arrêts du 15 décembre 2004, procédure orale, CR 1999/14. L'action conjointe des Etats membres de l'OTAN conduirait logiquement à leur responsabilité conjointe (CR 1999/25, p. 16).

[848] *Ibid*.CR 1999/25

[849] CR 1999/27, p. 10

[850] CIJ, *Licéité de l'emploi de la force (Exceptions préliminaires)*, arrêts du 15 décembre 2004

[851] Cour européenne des droits de l'homme, GC, *Bankovic e. a. c. Belgique e. a.*, déc. du 12 décembre 2001, req. n° 52207/99

[852] *Ibid.*, §32

[853] Dans le même sens, v. Marten ZWANENBURG, *Accountability under International Humanitarian Law for*

demeure celui de la responsabilité internationale de l'organisation.[854] De même, pour le professeur Alain Pellet, il découle de sa personnalité juridique internationale que l'OTAN est seule responsable des éventuelles violations du droit international « commises par les forces *de l'OTAN* »[855]. Les forces nationales sont mises à la disposition de l'organisation, et sont considérées comme des forces de l'organisation, à l'instar des forces de maintien de la paix de l'ONU.

Cette conclusion a été mise en doute. Le voile de la personnalité morale de l'OTAN serait « bien transparent »[856], les organes de décision de l'organisation ne disposant pas d'un pouvoir de décision autonome par rapport à celui des Etats membres.[857] Le « caractère institutionnel minimaliste » de l'OTAN justifierait que, même s'il s'agissait d'une action collective réalisée dans le cadre d'une organisation internationale, la responsabilité des Etats membres y ayant participé puisse être engagée, en même temps que celle de l'organisation[858], ou de manière exclusive. En effet, à la différence des forces de maintien de la paix de l'ONU, les Etats participants ne concluent pas d'accord de mise à disposition des troupes avec l'OTAN ; celles-ci opèrent sous leur propre drapeau.[859] Les contingents nationaux ne deviennent ni des organes de l'organisation, à la différence des opérations de maintien de la paix de l'ONU, ni n'agissent sous son contrôle opérationnel, celui-ci continuant de relever des

---

United Nations and North Atlantic Treaty Organization Peace Support Operations, Thèse, Leiden, p. 67, disponible sur https://openaccess.leidenuniv.nl/handle/1887/15471

[854] Gérard COHEN-JONATHAN, Jean-François FLAUSS, « Cour européenne des droits de l'homme et droit international général (2001) », *AFDI* 2001, p. 435

[855] Alain PELLET, « L'imputabilité d'éventuels actes illicites – Responsabilité de l'OTAN ou des Etats membres », in Christian TOMUSCHAT (ed), *Kosovo and the international community. A legal assessment*, Kluwer, The Hague, 2002, p. 199. Les italiques sont dans l'original.

[856] Philippe WECKEL, « Chronique de jurisprudence internationale », *RGDIP* 2002, p. 447

[857] Robert KOLB, Gabriele PORRETTO, Sylvain VITE, *op. cit.*, p. 172

[858] Laurence BOISSON DE CHAZOURNES, « La Cour internationale de Justice aux prises avec la crise du Kosovo : à propos de la demande en mesures conservatoires de la République fédérale de Yougoslavie », *AFDI* 1999, p. 467

[859] Philippe WECKEL, « Le droit des conflits armés et les organisations internationales », in Madjid BENCHIKH (dir.), *Les organisations internationales et les conflits armés*, L'Harmattan, 2001, p. 102

Etats.[860] Les Etats membres seraient donc seuls responsables d'éventuels faits illicites commis lors de l'opération du Kosovo.

En effet, tant la décision de déclencher l'attaque aérienne que celles concernant le choix des cibles – ces deux éléments ont été visés par la requête de la RFY devant la CIJ, le second devant la CEDH dans les requêtes *Bankovic et autres* – ont été prises à l'unanimité des membres de l'organisation. Comme elles ont cependant été prises par l'organisation elle-même, elle en porterait la responsabilité[861], ce qui n'exclurait pas la responsabilité des Etats membres. Torsten Stein se fonde sur le fait que les décisions ont été prises à l'unanimité pour affirmer que tous les Etats membres en sont responsables.[862] La prise de décision à l'unanimité de manière systématique prouverait que l'OTAN est un organe commun à une union d'Etats, et non une organisation internationale possédant une personnalité distincte.[863] Le caractère structurel de l'unanimité comme mode de prise de décision aurait pour conséquence la perte de toute autonomie par l'organisation.[864]

Toutes les décisions, tant au niveau politique du Conseil de l'Atlantique Nord que du Comité militaire de l'OTAN, ont été prises par consensus.[865] Par ailleurs, les Etats ont préservé leur pouvoir de commandement opérationnel, c'est-à-dire qu'ils pouvaient refuser de s'associer à une action militaire déterminée. D'après le Manuel de l'OTAN, chaque Etat conserve son entière souveraineté et la pleine responsabilité de ses décisions.[866] Ces éléments mettent en évidence le fait que les Etats ont conservé le contrôle de l'engagement de leurs troupes pendant le déroulement de l'opération « Force alliée », et qu'ils doivent supporter la

[860] Pierre KLEIN, *Les organisations internationales dans les conflits armés : la question de la responsabilité internationale, ibid.*, p. 181

[861] Torsten STEIN observe que le choix des cibles a été fait au niveau de l'OTAN, et non des contingents nationaux, et serait donc susceptibles d'engager la responsabilité de l'organisation. Torsten STEIN, "Kosovo and the international community. The attribution of possible internationally wrongful acts : responsibility of NATO or of its member States ?" , in Christian TOMUSCHAT (ed), *Kosovo and the international community. A legal assessment*, Kluwer, The Hague, 2002, p. 190

[862] *Ibid.*, p. 191

[863] Tarcisio GAZZINI, "NATO Coercive Military Activities in the Yugoslav Crisis (1992-1999)", *EJIL* 2001, p. 424

[864] Albane GESLIN, *op. cit.*, p. 566

[865] Robert KOLB, Gabriele PORRETTO, Sylvain VITE, *op. cit.*, p. 166-167

[866] Cité par Robert KOLB, Gabriele PORRETTO, Sylvain VITE, *op. cit.*, p. 168

responsabilité à raison des faits illicites éventuellement commis.[867] Il serait « indéniable » que les faits sont imputables à des organes des Etats défendeurs.[868] Cette conclusion, qui se fonde sur la détermination du titulaire du contrôle effectif sur l'opération, est entièrement conforme aux règles gouvernant l'imputabilité d'un fait illicite à l'Etat.

L'absence de reconnaissance de l'OTAN par la RFY, ainsi que certaines particularités de cette organisation[869] ont également été relevées : alliance militaire, elle n'a pas été créée pour développer des relations avec des Etats tiers, à la différence d'une organisation « civile » comme le Conseil international de l'Etain.[870] L'OTAN aurait davantage été un instrument des Etats dans la réalisation de l'opération « Force alliée » que la force ayant pris son initiative.[871] Chaque Etat demeurerait responsable des activités de ses forces armées engagées dans une action de l'OTAN.[872]

Cependant, des compensations pour des « dégâts collatéraux » ont été payées directement par l'OTAN. Le cas de compensations versées à des ressortissants bulgares pour la destruction involontaire de leur habitation à Sofia est cité par Henry Schermers.[873] Au contraire, le bombardement de l'ambassade de la République populaire de Chine à Belgrade par les forces aériennes des Etats-Unis engagées dans l'opération de l'OTAN, survenu dans la nuit du 7 au 8 mai 1999, a donné lieu à des « regrets » de l'OTAN, mais également à des excuses de la part des Etats-Unis.[874] Un accord sur la réparation des dommages subis a été conclu entre les Etats-Unis et la Chine.[875] Les Etats-Unis ont donc assumé la responsabilité des actes commis par leurs forces armées engagées dans le cadre d'une action de l'OTAN, cependant sans reconnaître la commission d'un acte illicite.

---

[867] *Ibid.*, p. 168-169

[868] Robert KOLB, *op. cit.*, p. 421

[869] Torsten STEIN, *op. cit.*, p. 192

[870] *Cf. infra*

[871] Torsten STEIN, *op. cit.*, p. 187

[872] Tarcisio GAZZINI, *op. cit.*, p. 425

[873] Henry SCHERMERS, Niels BLOKKER, *International Institutional Law* (4ème éd.), Martinus Nijhoff Publishers, §1590A

[874] « Chronique des faits internationaux », RGDIP 1999, p. 733

[875] *Ibid.*, p. 947; v. également Sean MURPHY, "Ex Gratia Payments for Bombing of Chinese Embassy in Belgrade", *AJIL* n°94, 2000, p. 127

Des vues différentes quant à la personnalité internationale de l'OTAN ont été défendues : certains auteurs défendent la responsabilité exclusive de l'OTAN, d'autres la responsabilité exclusive des Etats membres, ce qui revient à nier la personnalité internationale de l'OTAN, d'autres enfin la responsabilité de l'OTAN couplée à la responsabilité subsidiaire des Etats membres. La question est liée à celle de l'opposabilité de la personnalité internationale de l'OTAN aux tiers ne l'ayant pas reconnue.[876] Néanmoins, dans ce cas les arguments avancés portaient plutôt sur l'existence même de la personnalité internationale de l'OTAN que sur une éventuelle responsabilité secondaire des Etats membres.

B) La responsabilité subsidiaire dans une hypothèse de relations contractuelles

Ces deux cas présentent certaines particularités, notamment de nombreux éléments de droit international privé, et leur traitement par des tribunaux arbitraux, et des juridictions internes.

Les deux affaires trouvent leur origine dans des obligations issues de contrats conclus entre une organisation internationale (le Conseil international de l'Etain et l'*Arab Organization for Industrialization*) et des sociétés privées. Ces deux cas sont cependant pertinents pour cette étude, car la question de la responsabilité des Etats pour les actes d'une organisation dont ils sont membres doit être examinée sous l'angle du droit international, qu'il s'agisse d'obligations internationales ou non. La détermination de la personnalité juridique de l'organisation et de ses conséquences relève du droit international, « loi personnelle » de l'organisation.[877]

1. L'affaire *Westland Helicopters/AOI*

L'*Arab Organization for Industrialization* (AOI) était une organisation internationale créée par quatre Etats, l'Egypte, les Emirats Arabes Unis, l'Arabie Saoudite et le Qatar, dans le but de développer une industrie militaire. En 1978, elle a conclu un contrat avec la société

[876] *cf.* chapitre 2

[877] C. F. AMERASINGHE, *op. cit.*, p. 414 et p. 417

britannique *Westland Helicopters Ltd* portant sur la fabrication d'hélicoptères par une société conjointe. En 1979, une crise politique éclata entre les Etats membres suite au rapprochement entre l'Egypte et Israël et à la perspective de la conclusion d'un traité de paix entre ces deux Etats. Les Emirats Arabes Unis, l'Arabie Saoudite et le Qatar annoncèrent leur intention de mettre fin à l'existence de l'AOI à compter du 1er juillet 1979.

Au cours de la procédure arbitrale et judiciaire complexe qui a suivi, la société *Westland Helicopters* a, suite à la dissolution de l'AOI, invoqué la responsabilité des Etats membres pour les obligations de cette dernière.

Dans sa sentence du 5 mars 1984[878], portant sur la compétence, la Cour d'arbitrage de la CCI se penche sur la question de savoir si les quatre Etats membres de l'organisation sont liés par les obligations contractées par l'AOI, et en particulier par la clause d'arbitrage liant l'AOI à *Westland Helicopters*. Malgré le « caractère supranational »[879] de l'AOI, la responsabilité secondaire des Etats membres n'est pas exclue *a priori* par la Cour d'arbitrage.

La personnalité juridique distincte de l'AOI est niée par la Cour d'arbitrage, qui estime que l'AOI s'identifie avec les Etats, l'autorité dominante de l'organisation étant un Comité supérieur composé des ministres compétents de chaque Etat. Cela suffit à la Cour d'arbitrage pour affirmer que l'AOI n'avait pas de personnalité juridique distincte. Cet argument est particulièrement surprenant ; en effet, les Etats membres conservent en principe un pouvoir déterminant dans toutes les organisations internationales. Aucune conclusion n'est tirée de cette conclusion, ce point étant curieusement présenté comme un argument subsidiaire.

La question de la responsabilité des Etats membres pour les actes de l'organisation est examinée à la lumière des dispositions des actes constitutifs de l'organisation, qui ne l'excluent ni ne la prévoient. La Cour d'arbitrage conclut qu' « [à] défaut d'une disposition excluant explicitement ou implicitement la responsabilité des 4 Etats, cette responsabilité subsiste. Car, en règle générale ceux qui s'engagent dans des transactions à portée économique sont censés répondre des obligations qui en résultent. Faute par les 4 Etats d'avoir exclu formellement leur responsabilité, les tiers qui ont contracté avec AOI pouvaient

[878] Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale, *Westland Helicopters United c/ Arab Organization for Industrialization, United Arab Emirates, Kingdom of Saudi Arabia, State of Qatar, Arab Republic of Egypt, Arab British Helicopter Company*, sentence du 25 mars 1984, JDI 1985, p. 232

[879] *Ibid.*, p. 238

légitimement compter sur leur mise en jeu de celle-ci. »[880] Cette conclusion n'est guère convaincante car elle n'est pas fondée sur des arguments de droit international solides. La Cour d'arbitrage se fonde surtout sur des comparaisons avec les sociétés commerciales en droit interne.

La Cour de justice du canton de Genève[881] a annulé la sentence arbitrale, en soulignant qu'il est illogique de relever dans un premier temps que l'AOI est une organisation relevant du droit international public, pour ensuite l'assimiler à un type de société commerciale, la société en nom collectif, existant dans le droit interne de certains Etats.[882]

Le Tribunal fédéral suisse[883] a confirmé cette décision en jugeant que la personnalité juridique de l'AOI distincte de celle des Etats membres empêche que ceux-ci soient liés par la clause d'arbitrage conclue entre l'organisation et la société Westland.

Le Tribunal conclut à la possession par l'AOI d'une personnalité internationale distincte de ses membres (« totale indépendance juridique de l'organisme par rapport aux Etats fondateurs »)[884]. Le rôle prédominant joué par les Etats membres et le fait que l'autorité suprême soit composée de représentants des Etats ne viennent pas remettre en cause la personnalité et l'autonomie de l'organisation, ni ne mènent à la conclusion que les actes de l'AOI engagent *ipso facto* ses membres. La clause d'arbitrage conclue par l'AOI n'engage que celle-ci, et non les Etats membres. Comme le relève le professeur Dominicé, « la notion même de personne juridique (…) implique autonomie, entité distincte de ses membres »[885].

Une sentence du 21 juillet 1991 d'un tribunal arbitral constitué dans le cadre de la Chambre de commerce internationale, dans cette même affaire, a reconnu la personnalité de l'AOI et en a conclu que l'organisation était responsable de ses propres actes. Par ailleurs, le tribunal a expressément jugé qu'il n'existait aucune règle de droit international public

[880] *Ibid.*, p. 239

[881] Cour de justice du canton de Genève, arrêt du 3 novembre 1987, Revue de l'arbitrage, 1989, p. 514 ; ILR 80, p. 622

[882] *Ibid.*, Revue de l'arbitrage, 1989, p. 519

[883] Tribunal fédéral suisse, arrêt du 19 juillet 1988, extraits en français (original) dans Revue de l'arbitrage, 1989 ; texte intégral en traduction anglaise, ILR 80 p. 652

[884] *Ibid.*, Revue de l'arbitrage 1989, p. 526

[885] Christian DOMINICE, « Le Tribunal fédéral face à la personnalité juridique d'un organisme international », *Revue de droit suisse*, 1989-I, p. 533

imposant aux Etats membres d'une organisation une responsabilité secondaire à raison des actes de celle-ci. La responsabilité des Etats membres a été déduite, dans ce cas particulier, de divers éléments susceptibles de provoquer l'attente légitime des tiers que les Etats membres feraient face aux obligations financières de l'organisation.[886]

2. L'affaire du Conseil international de l'Etain

La responsabilité conjointe ou subsidiaire des Etats membres d'une organisation internationale pour ses activités a été invoquée par les créanciers du Conseil international de l'Etain. Suite à de nombreuses interventions sur le marché international de l'étain, qu'elle était chargée de gérer, cette organisation internationale s'était trouvée dans l'incapacité d'honorer ses obligations financières, qui portaient sur des sommes considérables. Sa responsabilité directe a été mise en cause, principalement devant les juridictions anglaises. Cependant, face à l'insolvabilité de l'organisation, ses créanciers se sont retournés contre ses Etats membres en invoquant leur responsabilité conjointe ou subsidiaire pour les obligations de l'organisation.[887]

La dissolution du CIE a eu de nombreuses conséquences judiciaires devant les juridictions anglaises. Il n'est pas utile ici d'en relever tous les éléments, dont de nombreux tenaient à des points de droit anglais. Cependant, les juges anglais ont, dans certains cas, fait référence au droit international lorsqu'il leur appartenait de se prononcer sur la question d'une éventuelle responsabilité des Etats membres de cette organisation.

La mise en cause directe des Etats membres du CIE se heurtait à la personnalité internationale distincte de cette dernière, qui a été reconnue par les juridictions anglaises. Sur ce point, un des arguments des créanciers du CIE se fondait sur la prétendue existence d'une règle de droit international affirmant la responsabilité conjointe et solidaire des Etats membres d'une organisation internationale en cas de défaut de paiement de ses dettes. Cette responsabilité des Etats membres serait de principe, et ne pourrait être exclue qu'au cas où une disposition expresse du traité fondateur de l'organisation le prévoit. L'argument était

[886] « *it invited « the trust of third parties contracting with the Organization as to its ability to cope with its commitments because of the constant support of the member states*"; cette sentence, non publiée, est citée par Rosalyn Higgins, *op. cit.*, pp. 393-394. La question des garanties faites par les Etats est traitée dans le chapitre 2.

[887] Pierre Michel EISEMANN, « L'épilogue de la crise du Conseil international de l'Etain », *AFDI* 1990, p. 678

fondé sur un parallèle hasardeux avec certaines dispositions de droit interne, surtout de pays de droit romano-germanique, sur les sociétés commerciales.[888]

La *Court of Appeal* a exclu la responsabilité des Etats membres pour les dettes du CIE en se fondant sur le droit international, applicable à la question de la détermination de la personnalité internationale du CIE et de ses conséquences en matière de responsabilité. Le juge Kerr a étudié le texte du traité régissant le CIE, le 6ème Accord international sur l'étain, et conclut à l'absence d'intention des parties d'être liées envers les tiers par les obligations contractées par le CIE dans l'hypothèse de leur non-respect. La responsabilité secondaire des Etats membres n'est pas exclue en principe[889], mais, afin qu'elle puisse être mise en œuvre, il aurait fallu qu'elle soit expressément prévue par le traité.[890] Le juge Kerr, tout en soulignant la grande incertitude existant en droit international autour de cette question, et l'absence de jurisprudence décisive, a estimé qu'aucune règle générale du droit international ne proclamait la responsabilité des Etats membres d'une organisation internationale pour les dettes de cette dernière.[891]

Il est rejoint en cela par le juge Ralph Gibson, qui, bien que d'avis que la question concernant les obligations des Etats membres en droit international ne puisse être jugée par les juridictions anglaises, dont la compétence est limitée aux lois d'Angleterre et du Pays de Galles[892], a étudié la question sous l'angle du droit international. Il estime que la personnalité internationale de l'organisation internationale exclut toute responsabilité secondaire de ses membres, à moins qu'une disposition du traité fondateur aille dans ce sens.[893] Elle ne peut être déduite simplement de l'absence de toute disposition qui l'exclut.

---

[888] C. F. AMERASINGHE, "Liability to Third Parties of Member States of International Organizations : Practice, Principle and judicial precedent", *AJIL*, n°85, 1990, p. 263

[889] ILR p. 107

[890] Royaume-Uni, Court of Appeal, *Maclaine Watson & Co Ltd v. Department of Trade and Industry*, 27 avril 1988, ILR 80, pp. 101s

[891] *Ibid.*, p. 109

[892] *Ibid.*, p. 150

[893] *Ibid.*, p. 170 « *I cannot accept that public international law requires or permits the liability of members of an international organisation such as the I.T.C. to be established simply by reference to whether there is or is not an express exclusion of liability.* » Le juge ajoute plus loin : « *Where the contract has been made by the organisation as a separate legal personality, then, in my view, international law would not impose such liability upon the members, simply by reason of their membership, unless upon a proper construction of the constituent*

Une opinion dissidente a été émise par un des juges de la *Court of Appeal*. Le juge Nourse a estimé, en se fondant sur des écrits de juristes et le précédent *Westland Helicopters*[894], que le droit international prévoyait la responsabilité secondaire des Etats membres d'une organisation pour les dettes de celle-ci, et qu'elle ne pouvait être exclue qu'au cas où cela est expressément prévu par le traité fondateur. Dans le cas du CIE, et de l'acte qui le régissait, le 6ème Accord international sur l'étain, la volonté des Etats fondateurs aurait été d'admettre leur responsabilité secondaire pour les obligations de l'organisation.[895] Le juge Nourse estime également que le flou du droit international sur la question peut être suppléé par des considérations d'équité (« *reason and justice* ») en faveur de la responsabilité subsidiaire et solidaire des Etats membres du CIE pour les dettes de cette organisation.

La Chambre des Lords a jugé dans le même sens que la *Court of Appeal* et a rejeté les appels des créanciers du CIE, à titre principal sur différents motifs relevant du droit anglais, mais également en affirmant que le droit international ne contient aucune règle selon laquelle les Etats membres d'une organisation internationale sont responsables des dettes de celle-ci, en l'absence de toute disposition expresse en ce sens.[896] La *House of Lords* a, en outre, estimé que dans le doute, il faut choisir la solution qui place le moins d'obligations sur les Etats, en l'absence de toute règle positive claire.

Il faut préciser que l'analyse de cette question par les juridictions anglaises a été considérablement influencée par les particularités du droit anglais concernant l'application du droit international.[897]

Dans ses conclusions dans le recours introduit par un créancier du CIE contre la Communauté européenne en tant que membre de cette organisation[898], l'avocat général

---

document, by reference to terms express or implied, that direct secondary liability has been assumed by the members. » p. 172

[894] *Cf. supra*

[895] ILR 81, p. 145

[896] House of Lords, *JH Rayner (Mincing Lane) Ltd v. Department of Trade and Industry and Others and Related Appeals, Maclaine Watson & Co Ltd v. Department of Trade and Industry, Maclaine Watson & Co Ltd v. International Tin Council*, 26 octobre 1989, ILR 81, p. 674

[897] Rosalyn HIGGINS, AIDI, p. 390

[898] 1er juin 1989, Conclusions de l'Avocat général dans l'affaire *Maclaine Watson & Company Ldt c. Conseil et Commission des Communautés européennes*, C-241/87, Rec. 1990-I, p. 1822

Darmon s'est prononcé sur la question de la personnalité internationale de cette dernière.[899] Il a estimé que les « critères, dégagés pour caractériser la personnalité de l'ONU dans ses rapports avec les États membres [par la CIJ dans l'affaire des *Réparations*], paraissent largement réunis dans le cadre du CIE »[900], qui constitue donc une entité distincte de ses membres, dotée d'un « vouloir propre ». Il est donc impossible d'imputer les comportements du CIE à ses membres. La Communauté européenne ne saurait être responsable des actes du CIE en sa seule qualité de membre.

La faiblesse des précédents jurisprudentiels et leur relative indétermination ont été à l'origine de nombreux débats doctrinaux sur le sujet. Une contribution importante à l'étude de cette problématique a notamment été réalisée par l'Institut du droit international.

§2 La responsabilité subsidiaire des Etats dans la doctrine et les travaux de la Commission du droit international

Le débat porte sur l'existence d'une règle générale de responsabilité subsidiaire des Etats à raison des faits illicites d'une organisation dont ils sont membres, ce qui implique que la responsabilité primaire relève de l'organisation. Certains auteurs défendent une responsabilité directe des Etats pour les faits de l'organisation ; ces arguments sont également présentés ici.

Les précédents judiciaires concernant la question de la responsabilité secondaire des Etats membres d'une organisation internationale pour les obligations de celle-ci sont peu nombreux et peu concluants. Les deux affaires concernées par un traitement judiciaire – celle de l'AOI et celle du CIE – ont été traitées par des juridictions étatiques, les juridictions helvétiques ou britanniques, qui ont fondé l'essentiel de leur décision sur leur droit interne. Les considérations tenant au droit international n'avaient qu'un caractère secondaire dans la détermination de la solution par les juridictions britanniques dans l'affaire du CIE. Si, dans l'affaire *Westland Helicopters*, la question de la personnalité internationale de l'AOI avait

[899] Cependant, l'affaire n'a pas été jugée au fond par la CJCE, un accord étant intervenu entretemps.

[900] 1er juin 1989, Conclusions de l'Avocat général dans l'affaire *Maclaine Watson & Company Ldt c. Conseil et Commission des Communautés européennes*, C-241/87, Rec. 1990-I, p. 1822, §134.

plus d'importance, le jugement manque de clarté. D'après le professeur Dominicé, le Tribunal fédéral n'aurait eu à l'esprit que la personnalité juridique de l'AOI en droit suisse, et non en droit international. Il ne s'agissait, en effet, que de déterminer si l'Egypte, en tant qu'Etat membre de l'AOI, était liée par la clause d'arbitrage conclue par cette dernière pour des litiges avec une entreprise privée.

Cependant, tant la Chambre des Lords que le Tribunal fédéral suisse se sont prononcés contre le principe de la responsabilité secondaire des Etats membres.

Face à la faiblesse des précédents, des opinions opposées ont été défendues par la doctrine. L'indétermination du droit international sur ce sujet a été soulignée à de nombreuses reprises[901], ce qui n'a pas empêché une tendance de se dégager. Cette tendance est généralement opposée à la responsabilité subsidiaire des Etats membres d'une organisation internationale, sauf exceptions.[902] Cette solution a également été retenue par la Commission du droit international.

Certains auteurs ont affirmé que le droit international prévoyait la responsabilité subsidiaire des Etats membres d'une organisation pour les obligations de celle-ci.

D'après le professeur Henry Schermers[903], le droit international, à la différence de la plupart des droits internes, ne prévoit pas la possibilité de créer une organisation de manière à exclure la responsabilité de ses membres. Il serait donc impossible pour les Etats de créer des personnes morales de telle façon à limiter la responsabilité de leurs membres. Cependant, comme l'a relevé la Présidente Rosalyn Higgins[904], aucun précédent n'est cité, et le fondement analytique de ces affirmations n'est pas précisé. En outre, de nombreux traités constitutifs d'organisations internationales excluent expressément la responsabilité de leurs

[901] Rosalyn HIGGINS, « Rapport provisoire, Institut de droit international », *AIDI* 1995, vol. 66-1, p. 375 ; « Final Report », *Ibid.*, p. 462

[902] P. ex. Pierre KLEIN, *op. cit.*, p. 504 : « Aucune règle de responsabilité subsidiaire des Etats membres ne s'est fait jour dans le droit international général. » ; dans le même sens, Philippe SANDS, Pierre KLEIN, *op. cit.*, 15-108 C. F. AMERASINGHE, *op. cit.*, p. 273, soutient qu'il existe une présomption qu'aucune responsabilité secondaire n'existe à la charge des Etats membres en l'absence de toute précision dans le traité constitutif. Il relève également (*Principles…, op. cit.*, p. 421), que « *[m]ost authorities do not support secondary or concurrent liability.* »

[903] Dans l'édition de 1980 ; son point de vue sur la question a évolué par la suite

[904] Rosalyn HIGGINS, Rapport à l'AIDI, p. 397

membres. Un principe général de responsabilité des Etats pour les obligations de l'organisation découlant de leur qualité de membre de celle-ci serait « inacceptable », en ce qu'il reviendrait à nier l'autonomie de l'organisation traduite par sa personnalité juridique internationale.[905]

L'argument fondé sur l'absence, en droit international, de règle limitant la responsabilité des membres d'une organisation, contrairement au droit interne, a également été avancé par le professeur Seidl-Hohenveldern.[906] Il en conclut qu'en l'absence de disposition du traité constitutif limitant ou excluant expressément la responsabilité des Etats membres, ceux-ci sont subsidiairement et conjointement responsables des actes de l'organisation.[907] Le Professeur Christian Dominicé va dans le même sens, en se fondant sur le fait qu'une organisation internationale composée d'Etats inspire confiance aux tiers, qui devraient pouvoir se retourner contre les Etats en cas de défaut de l'organisation.[908] L'attente légitime des tiers cocontractants de l'organisation, considérée comme une considération « politique », a été avancée comme l'argument essentiel en faveur de la responsabilité subsidiaire des Etats.[909] La responsabilité concurrente des Etats membres d'une organisation à raison des actes de celle-ci a également été défendue, et fondée sur le caractère relatif du traité constitutif et donc de la répartition interne des charges issues de la responsabilité entre l'organisation et ses membres, qui ne saurait lier les tiers. Ceux-ci seraient en toutes circonstances libres de porter leur réclamation pour un acte illicite de l'organisation contre celle-ci ou contre ses Etats membres.[910] Le principe selon lequel un Etat est responsable des actes illicites qui lui sont attribuables aurait pour conséquence que les Etats qui créent une organisation internationale sont responsables de la création de cette organisation, et donc de tous les actes illicites de l'organisation en question.[911] Ce point de vue n'est cependant guère partagé dans la doctrine. La responsabilité concurrente des Etats membres semble généralement exclue. Elle est de surcroît en contradiction avec la direction prise par la

[905] Pierre KLEIN, *op. cit.*, p. 485

[906] Ignaz SEIDL-HOHENVELDERN, *Corporations in and under International Law*, 1987, pp 120-121

[907] *Ibid*.

[908] Christian DOMINICE, *op. cit.*, p. 534

[909] Pour Rosalyn HIGGINS, « *in an uncertain area policy factors are not to be discounted as irrelevant* », *op. cit.*, p. 388

[910] Sienho YEE, *op. cit.*, pp. 442-443

[911] *Ibid.*, p. 444. Le cas particulier de la responsabilité des Etats pour avoir cherché à échapper à leurs obligations internationales en créant une organisation internationale est traité *infra*, ch.2

jurisprudence, et méconnaîtrait la personnalité autonome des organisations internationales, qui seraient réduites à de simples agences, à des organes interétatiques sans aucune volonté distincte.

La présence dans le traité fondateur de certaines organisations internationales de clauses excluant ou limitant la responsabilité des Etats membres[912] a été interprétée comme signifiant que la responsabilité des Etats membres est de principe. Cependant, en général, aucune conclusion définitive n'a été tirée de la présence de ces clauses[913], dont, en l'absence d'autres éléments, la signification est ambigüe.[914]

Dans son rapport présenté à l'Institut du droit international, Rosalyn Higgins a estimé qu'« *it cannot be inferred that the mere absence of a non-liability clause shows either a rule of general international law by which they would otherwise be liable, or an inference of intention under the constituent instrument so to be liable.* »[915] La question des clauses excluant expressément la responsabilité subsidiaire des Etats membres a également été étudiée devant la *Court of Appeal*. Le juge Ralph Gibson[916] a jugé que ces clauses ne peuvent être considérées comme une reconnaissance par les Etats parties à ces traités constitutifs de l'existence d'une règle de droit international selon laquelle l'absence d'une telle clause aurait entraîné leur responsabilité pour les actes de l'organisation.[917]

---

[912] D'après C. F. AMERASINGHE (*op. cit.*, pp. 275-276), des clauses de ce type sont stipulées dans les actes constitutifs de moins d'un tiers des organisations internationales. Les autres ne font aucune référence à la question.

[913] Pierre KLEIN, *op. cit.*, p. 497

[914] C.F. AMERASINGHE, *Principles…*, *op. cit.*, p. 429 relève que « *the practice of including a non-liability clause is ambiguous to the extent that it is as consistent with the belief that the absence of such a clause would entail the liability of members in the appropriate circumstances as with a desire to make absolutely clear* ex abundanti cautela *that members did not assume such liability, particularly because the issue had not been faced hitherto* » .

[915] Rosalyn HIGGINS, *op. cit.*, p. 404

[916] *Cf. supra*, ILR 81 p. 174

[917] Le juge observe que des clauses excluant la responsabilité des Etats membres pour les actes de l'organisation « *are consistent with the acceptance by the states concerned that liability of members would arise if no such terms were included ; but they are also, I think, consistent with a state of uncertainty as to the rules of public international law and with a desire to declare what the states regarded as the consequences in international law of the existence of separate legal personality and of stated limits on members' contributions to the organisation. » Ibid.*

Des références au droit interne de certains Etats ont été faites pour affirmer la responsabilité secondaire des Etats membres. Les organisations internationales se rapprochaient des sociétés commerciales qui n'excluent pas la responsabilité subsidiaire de leurs membres. Cet argument est toutefois largement contesté par la doctrine.[918]

De nombreux arguments sont avancés contre la reconnaissance d'une telle responsabilité à la charge des membres d'une organisation internationale.

Le peu de pertinence des références au droit interne a été relevé. En général, les références au droit des sociétés ne sont guère pertinentes pour analyser des entités très différentes, relevant du droit international, qui ne fait pas de distinction entre les différents types d'organisations.[919] Cette approche a souvent été jugée inappropriée ; « *[i]nternational organizations fall ultimately to be understood and analysed within their own terms.* »[920] En effet, les organisations internationales étant des créations du droit international public, une analogie avec le droit privé (droit des sociétés) n'est pas pertinente. Cette opinion est partagée par une large majorité des membres de la commission de l'IDI qui a étudié la question.[921] Ce point de vue est également celui défendu par l'Avocat général Darmon, dans ses conclusions dans le recours de la société *Maclaine Watson*.[922]

De plus, un examen du droit des sociétés montre qu'il est insuffisant pour trancher clairement la question. En effet, outre les sociétés qui prévoient la responsabilité subsidiaire de leurs fondateurs existent également de nombreux types de sociétés qui l'excluent. A ce sujet, Pierre Klein relève les nombreuses disparités existant entre le régime des sociétés commerciales des droits des différents Etats, et conclut à l'impossibilité de dégager des règles d'une généralité telle qu'elles pourraient être transposées à l'ordre international. Si des formes de sociétés aménageant la responsabilité secondaire des actionnaires existent dans certains droits, notamment d'Europe continentale, elles sont inconnues des pays de *Common Law*.[923] Les principes généraux de droit en la matière s'avèrent donc « en l'occurrence plus

[918] *Cf. infra*

[919] Comme l'écrit Pierre KLEIN, *op. cit.*, p. 492, « [i]l n'existe (…) aucune règle, dans l'ordre juridique international, qui fixe *a priori* le contenu de la personnalité juridique. »

[920] Rosalyn HIGGINS, *op.cit.*, p. 392

[921] *Ibid.*, pp. 418 et 462

[922] « la référence aux solutions du droit privé relatives aux responsables des sociétés commerciales est dénuée de toute pertinence », §136

[923] V. à ce sujet C. F. AMERASINGHE, *Principles…, op. cit.,* pp. 436-437

« introuvables » que jamais… »[924] Et s'il était possible d'en dégager, ils iraient dans le sens de la responsabilité limités des membres, plutôt que dans celui de leur responsabilité subsidiaire ou concurrente.[925]

Le respect de la personnalité internationale des organisations et de la volonté des Etats fondateurs milite également en faveur de l'absence de responsabilité subsidiaire des Etats membres.

La personnalité internationale des organisations internationales n'implique pas nécessairement leur responsabilité exclusive. Elle exclut bien sûr la responsabilité directe des Etats membres, mais non leur responsabilité subsidiaire. Celle-ci suppose la responsabilité initiale de l'organisation. [926] Cependant, la création d'une personne morale distincte traduit la volonté de lui accorder une certaine autonomie envers les Etats fondateurs, et présume l'absence de responsabilité secondaire à leur charge, à moins que le traité constitutif n'en dispose autrement.[927] Les organisations internationales sont responsables des violations de leurs obligations et pour leurs dettes ; « *otherwise the separate legal personality of the organization, distinct from its member states, would be little more than a fiction.* »[928] Il n'y a en principe pas de responsabilité simultanée des Etats membres, sauf quand le traité constitutif de l'organisation le prévoit expressément ; « *to hold otherwise would unduly and unnecessarily dismantle the organization's personality.* »[929] Dans le même sens, l'avocat général Darmon a établi un lien direct entre la personnalité distincte du CIE et l'impossibilité de mettre en cause la responsabilité de la Communauté européenne du seul fait de sa qualité de membre.[930]

---

[924] Pierre KLEIN, *op. cit.*, p. 513 ; dans le même sens, C.F.AMERASINGHE, *op. cit.*, p. 274, et le Rapport de R. HIGGINS pour l'IDI, *op. cit.*, p. 417 : « *there is no clear « correct » private law analogy to an international organization.* »

[925] C.F.AMERASINGHE, *op. cit.*, p. 275; *Principles…*, p. 437

[926] Andrew STUMER, *op. cit.*, p. 570

[927] *Ibid.*, pp. 439-440

[928] Henry SCHERMERS, Niels BLOKKER, *op. cit.*, Martinus Nijhoff Publishers, § 1583, p. 1006

[929] *Ibid.*, §1585

[930] CJCE, *Maclaine Watson*, 1er juin 1989, Conclusions Darmon, §136. Il a notamment soutenu que « le CIE apparaît bien comme une entité distincte de ses membres, doté d'un « vouloir propre ». Son comportement ne peut donc être imputé à l'un de ses membres sans méconnaître l'« individualisation » de l'organisation par rapport à ces derniers. »

La position de ces auteurs au sujet de la responsabilité subsidiaire des Etats au cas où l'organisation fait défaut a évolué. Ils font remarquer que la reconnaissance de la responsabilité subsidiaire des Etats membres signifierait une atteinte à l'autonomie de l'organisation[931], mais soulignent simplement le caractère incertain de la question.

Un argument, lié au précédent, porte sur les conséquences néfastes pour l'organisation qu'aurait la responsabilité subsidiaire des Etats membres. Si les Etats étaient concurremment ou subsidiairement responsables des obligations des organisations dont ils sont membres, ils risqueraient d'intervenir abusivement dans leurs mécanismes de prise de décision, et de manière générale dans leur fonctionnement. La personnalité distincte de l'organisation, ainsi que sa crédibilité, seraient menacées ; son activité autonome deviendrait « virtuellement impossible ».[932] Le degré d'intervention des membres de l'organisation serait incompatible avec le respect d'une véritable indépendance de l'organisation vis-à-vis de ses membres.[933] Dans les termes du rapport de Rosalyn Higgins, « *[i]f members were liable for the defaults of the organization, its independent personality would be likely to become increasingly a sham.* »[934] L'exposé de ces raisons dans le rapport a poussé un autre membre de l'IDI, Ignaz Seidl-Hohenveldern à changer d'avis sur la question, et à accepter l'absence de responsabilité subsidiaire des Etats membres d'une organisation internationale.[935] D'autres auteurs se prononcent dans le même sens.[936]

La résolution de l'Institut du droit international adoptée sur le thème des « conséquences juridiques pour les Etats membres de l'inexécution par des organisations internationales de leurs obligations envers des tiers » fait une place à ces préoccupations. L'article 8 dispose que « [d]'importantes considérations de politique générale, et notamment le souci d'assurer la crédibilité et l'indépendance fonctionnelle des organisations internationales, et de favoriser la création de nouvelles organisations internationales, militent contre l'institution d'une règle générale et globale prévoyant la responsabilité des Etats

[931] *Ibid.*, §1587

[932] C.F. AMERASINGHE, *Principles…, op. cit.*, p. 442

[933] Rosalyn HIGGINS, *op. cit.*, p. 419

[934] *Ibid.*, p. 419

[935] AIDI, Session de Lisbonne, vol. 66-1, 1995, p. 433. Cet avis a également causé une évolution de la position de Henry Schermers, cf. Henry SCHERMERS, Niels BLOKKER, *op. cit.*, §1587

[936] P. ex. Albane GESLIN, « Réflexions sur la répartition de la responsabilité entre l'organisation internationale et ses Etats membres », *RGDIP* 2005, p. 539s ; Pierre KLEIN, *op. cit.*, p. 489

membres envers des tiers à raison des obligations d'une organisation internationale. » Cette disposition confirme et explique une des raisons principales de l'exclusion de la responsabilité subsidiaire des membres d'une organisation internationales.

Les arguments tenant à des « considérations de politique générale » avancés dans le rapport de l'IDI ont également été prises en compte par le rapporteur spécial sur la question de la responsabilité des organisations internationales, Giorgio Gaja[937], qui estime qu'une responsabilité subsidiaire des Etats membres causerait à l'organisation des difficultés pour agir de façon autonome.[938] Les dispositions de l'IDI et de la CDI se rejoignent sur ce point.[939]

La protection de l'attente légitime des tiers ne sera pas forcément atteinte, puisque la personnalité distincte de l'organisation a pour conséquence, en principe, la responsabilité limitée des membres ; « *[a]bsence of liability is so basic to « incorporation » that it should be common knowledge among third parties and generally.* »[940] Ce n'est donc pas l'absence de responsabilité des membres, mais bien leur responsabilité subsidiaire, qui doit être portée à l'attention du public.

Par ailleurs, dans ce cas d'indétermination, c'est la seule solution respectant le principe de la souveraineté des Etats.[941] Imposer une responsabilité subsidiaire dans un cas où elle n'a

---

[937] 4ème rapport, Add., §94

[938] *Ibid.*

[939] Le projet d'article 29 sur la responsabilité des organisations internationales dispose :

« Responsabilité d'un État membre d'une organisation internationale à raison du fait internationalement illicite de cette organisation

À l'exception des cas prévus dans les articles précédents de ce chapitre, un État qui est membre d'une organisation internationale n'est pas responsable à raison d'un fait internationalement illicite de cette organisation sauf si :

a) Il a accepté d'être tenu responsable vis-à-vis du tiers lésé;

b) Il a conduit le tiers lésé à compter sur sa responsabilité. »

La conclusion de l'Institut du droit international allait dans le même sens. L'article 6 de la résolution adoptée à la session de Lisbonne (1995) dispose qu'en principe, « il n'existe aucune règle générale de droit international prévoyant que les Etats membres sont, en raison de leur seule qualité de membre, responsables conjointement ou subsidiairement des obligations d'une organisation internationale dont ils sont membres. »

[940] C.F. AMERASINGHE, *op. cit.*, p. 277

[941] Rosalyn HIGGINS, *op. cit.*, pp. 415-416

pas été expressément acceptée par les Etats membres reviendrait à imposer aux Etats des obligations auxquelles ils n'ont pas consenti.[942]

L'absence de responsabilité subsidiaire des Etats membres d'une organisation internationale pour les obligations de celle-ci est, par ailleurs, compatible avec le droit des traités entre Etats et organisations internationales.[943] La question est proche de celle des effets vis-à-vis de ses membres des traités conclus par une organisation internationale. Le principe est que les Etats membres, « [r]etranchés derrière le voile de la personnalité morale », ne sont pas directement liés par les engagements internationaux de l'organisation.[944]

L'article 34 de la Convention de Vienne sur le droit des traités entre Etats et organisations internationales ou entre organisations internationales rappelle le principe de l'effet relatif des traités. Un traité entre une organisation internationale et un autre sujet du droit international n'engage que les parties, c'est-à-dire – outre le cocontractant – l'organisation internationale, à l'exclusion de ses membres. Les Etats ou organisations membres ne seront pas liés par ce traité, à moins qu'ils n'y aient consenti.[945] Ils ne peuvent donc supporter la responsabilité de son inexécution.[946] Il y avait au sein de la Commission du droit international un large consensus sur le principe que la conclusion d'un traité par une organisation internationale ne lie pas les Etats membres.[947] Comme l'avait souligné le rapporteur spécial, Paul Reuter, une organisation internationale « n'engage qu'elle, et ses partenaires n'ont qu'elle à connaître ; c'est bien là une des conséquences les plus indiscutables de la personnalité juridique. »[948] Des exceptions sont possibles, mais elles restent dans le cadre de l'effet relatif des traités ; le consentement des Etats membres est nécessaire.

---

[942] Pierre KLEIN, *op. cit.*, p. 516

[943] *Ibid.*, p. 273

[944] Evelyne LAGRANGE, *op. cit.*, p. 47

[945] Art. 34 et 35 de la Convention de Vienne sur le droit des traités entre Etats et organisations internationales ou entre organisations internationales, signée à Vienne le 21 mars 1986

[946] Pour C. F. AMERASINGHE, « *members of an international organization would normally not be liable for the obligations of the organization without their consent, because they would not be responsible for breaches of treaties by the organization.* » p. 414-415

[947] Rosalyn HIGGINS, *op. cit.*, p. 409

[948] 6ème rapport de Paul Reuter, ACDI 1977, vol. II, 1ère partie, p. 134

S'il n'existe aucune norme du droit international général prévoyant la responsabilité subsidiaire des Etats, rien ne les empêche de l'accepter, que ce soit de manière expresse, par exemple en insérant une disposition à cet effet dans le traité constitutif, ou implicite.

§3. L'acceptation de la responsabilité subsidiaire par les Etats membres

La responsabilité subsidiaire des Etats membres pour les faits de l'organisation n'est pas de principe, mais elle peut être expressément prévue par le traité fondateur de l'organisation, ou acceptée, même implicitement, par les Etats membres. La responsabilité des Etats membres, en parallèle avec celle de l'organisation, peut également reposer sur leurs obligations respectives.[949]

La possibilité que la responsabilité d'un Etat membre envers un tiers puisse être engagée « lorsque l'Etat a souscrit des engagements à cet effet » est prévue par résolution de l'Institut du droit international sur les conséquences juridiques pour les Etats membres de l'inexécution par des organisations internationales de leurs obligations envers des tiers.[950] La Commission du droit international relève également qu'une hypothèse exceptionnelle de responsabilité subsidiaire des Etats membres d'une organisation est celle où ils ont accepté d'être responsables.[951] L'article 61 (anciennement 29 a) du Projet de la CDI sur la responsabilité des organisations internationales dispose que le cas où l'Etat « a accepté d'être tenu responsable vis-à-vis du tiers lésé » est une exception à sa non-responsabilité à raison d'un fait internationalement illicite d'une organisation dont il est membre.

Contrairement à ce qui a été écrit[952], il ne s'agit pas d'une illustration de la règle de l'adoption par l'Etat d'un acte comme étant le sien codifiée par l'article 11 des Articles de la CDI sur la responsabilité des Etats. Dans cette dernière hypothèse, le fait, réalisé par des particuliers, devient en lui-même imputable à l'Etat après son adoption (qui a lieu par

[949] C'est le cas des accords mixtes, cf. chapitre 2

[950] Résolution, 1995, art. 5 c.

[951] 4ème rapport sur la responsabilité des organisations internationales, Addendum, doc. A/CN.4/564/Add.2 §91

[952] Andrew STUMER, *op. cit.*, pp. 561-562

définition après la réalisation du fait illicite)[953], alors que dans le cas présent, l'acceptation est préalable et générale. Par ailleurs, le fait continue d'être imputable à l'organisation ; l'Etat accepte de supporter la responsabilité de faits de l'organisation.

Le principe de la responsabilité des Etats membres peut figurer dans l'acte constitutif de l'organisation, mais n'est dans ce cas pas invocable par un Etat tiers lésé, celui-ci n'étant par définition pas partie au traité constitutif, ne peut se prévaloir de ses dispositions.[954] L'aménagement de la responsabilité secondaire des Etats membres dans le traité constitutif d'une organisation reste rare.

Elle peut également résulter d'une convention multilatérale, ce qui permet aux Etats non-membres de l'organisation parties à la convention de se prévaloir de cette disposition. La responsabilité subsidiaire est prévue par la Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des engins spatiaux, dont l'article XXII §3 dispose que « si une organisation internationale intergouvernementale est responsable d'un dommage aux termes des dispositions de la présente Convention, cette organisation et ceux de ses membres qui sont des États parties à la présente Convention sont solidairement responsables ». Toutefois, l'Etat tiers envers lequel la responsabilité de l'organisation est engagée doit, en premier lieu, demander réparation à l'organisation. Il ne peut se retourner contre les Etats membres que si l'organisation n'a pas versé la somme fixée comme réparation dans un délai de six mois. Cette garantie mise à la charge des Etats membres d'une organisation se livrant à des activités spatiales, couplée à un régime de responsabilité objective, naissant en-dehors de la commission de tout fait illicite, est extrêmement rare et s'explique par les particularités des activités spatiales, notamment l'importance des risques et des dommages éventuels pouvant résulter de ces activités.[955] Les négociateurs de la Convention avaient conscience qu'ils n'appliquaient pas un principe général, mais qu'ils créaient un système nouveau, adapté aux circonstances.[956]

---

[953] Cf. supra

[954] *Ibid.* La CDI écrit que « la responsabilité des États membres n'est engagée au regard du droit international que lorsque leur acceptation de leur responsabilité produit des effets juridiques dans leurs relations avec l'État non membre lésé. C'est probablement ce qui se produirait dans le cas d'une disposition conventionnelle qui donnerait des droits à des États tiers. L'État lésé ne pourrait pas fonder sa plainte sur le seul acte constitutif qui ne lie pas les États membres dans leurs relations avec des États non membres. »

[955] Pierre KLEIN, *op. cit.*, p. 522

[956] Karl ZEMANEK, in AIDI 66-I, 1995, p. 328

En-dehors du cas d'une règle générale de responsabilité subsidiaire figurant dans un traité, les Etats tiers peuvent se retourner contre les Etats membres dans le cas où ceux-ci se sont engagés à garantir les engagements contractés par l'organisation. La garantie des Etats membres, qui doit faire l'objet de leur engagement spécifique, reste cependant exceptionnelle, et n'a pas conduit à la création d'une « règle générale selon laquelle les Etats devraient systématiquement être considérés comme garants des obligations des organisations dont ils sont membres. »[957]

La garantie des obligations financières de l'organisation peut également être implicite, dans l'hypothèse où ils « ont, par leur attitude, accrédité l'idée selon laquelle ils garantiraient les engagements de l'organisation dont ils sont membres ». La présomption d'absence de responsabilité subsidiaire des Etats membres peut être renversée si ceux-ci, ou certains d'entre eux, ou l'organisation elle-même avec l'accord des membres, ont donné aux créanciers de l'organisation des raisons de croire que les membres acceptaient cette responsabilité.[958] Cet engagement doit ressortir de « toutes les circonstances de l'affaire. »[959]

Ainsi, dans la sentence arbitrale rendue dans l'affaire *Westland Helicopters c. AOI* le 21 juillet 1991, des indices tels que l'importance des engagements financiers des Etats, les dispositions prévoyant des augmentations de capital, joints à l'absence de clause excluant expressément la responsabilité, ont été considérés des éléments susceptibles de conduire les tiers à faire confiance à la capacité financière de l'organisation en se fondant sur l'engagement constant des Etats membres.[960]

Cette « garantie implicite »[961], qui repose sur le principe de l'*estoppel*[962], permet de couvrir le cas où des tiers auraient fondé leur conduite sur le comportement des Etats membres. Ce fondement de la responsabilité des Etats pour les faits d'une organisation dont ils sont membres a également été adopté par la CDI.[963] L'article 61, al. 2 du projet d'articles

[957] Pierre KLEIN, *ibid.*, p. 508

[958] C.F. AMERASINGHE, *Principles…*, *op. cit.*, p. 424-425 et p. 441

[959] *Ibid.*, p. 435

[960] Rosalyn HIGGINS, *op. cit.*, pp. 393-394

[961] Expression utilisée par R. HIGGINS, *op. cit.*, p. 412, C.F.AMERASINGHE, *Principles…*, *op. cit.*, p. 435

[962] C. F. AMERASINGHE, *Ibid.*, Andrew STUMER, *op. cit.*, p. 563

[963] La CDI évoque le cas ou le comportement des Etats membres « incite un État non membre à compter, dans ses relations avec l'organisation, sur la responsabilité subsidiaire des États membres de cette organisation. » 4ème rapport, addendum, pp. 12-13

sur la responsabilité des organisations internationales dispose que le fait d'avoir « conduit le tiers lésé à compter sur sa responsabilité » est une exception au principe de non-responsabilité d'un Etat membre d'une organisation internationale pour les obligations de celle-ci. Cette acceptation de la responsabilité subsidiaire peut être le fait que de certains Etats membres ; dans ce cas, la responsabilité subsidiaire ne concerne que ceux-ci.[964] Elle « peut être expresse ou tacite et intervenir avant ou après le moment où la responsabilité de l'organisation est engagée. »[965]

En principe, et comme l'a exprimé le professeur Pierre Klein, le droit international ne contient aucune règle générale prévoyant de manière systématique la responsabilité concurrente ou subsidiaire des Etats pour les actes des organisations internationales dont ils sont membres. Les Etats membres d'une organisation internationale ne sont jamais responsables à raison d'un fait illicite imputable à l'organisation du seul fait de leur statut de membre[966]; leur responsabilité ne peut être mise en cause que s'ils ont adopté un comportement spécifique, acceptation préalable de la responsabilité ou action tendant à induire les tiers à croire qu'ils garantiront les obligations de l'organisation.

La volonté des Etats fondateurs revêt à cet égard une grande importance.[967] La Présidente Higgins a clairement formulé cette position : « *There is no liability for states under general international law for the defaults of international organizations. Everything depends upon the intentions as expressed or implied in the founding instruments.* »[968] Les Etats fondateurs d'une organisation internationale sont libres de prévoir leur responsabilité subsidiaire pour la responsabilité de cette dernière. L'Institut du droit international a également souligné que « [l]a question de la responsabilité des membres d'une organisation internationale à raison des obligations de celle-ci est déterminée par référence aux dispositions des règles de l'organisation. »[969]

---

[964] *Ibid.*, p. 13, §93

[965] CDI, Rapport sur la 61ème session, doc. A/64/10, p. 173

[966] La CDI souligne que « l'appartenance à une organisation en tant que telle n'engage pas la responsabilité internationale des États membres lorsque l'organisation commet un fait internationalement illicite. » Rapport sur la 61ème session, doc. A/64/10, p. 171

[967] C. F. AMERASINGHE, *Principles…*, *op. cit.*, pp. 424 et 428

[968] Rosalyn HIGGINS, *op. cit.*, p. 418

[969] Article 5 a) de la résolution de 1995 sur les conséquences juridiques pour les Etats membres de l'inexécution par des organisations internationales de leurs obligations envers de tiers.

L’absence de responsabilité des Etats membres à raison du fait de l’organisation est atténuée par certains mécanismes, qui rappellent l’importance de leur rôle dans les organisations internationales.

Chapitre 2. Les cas de responsabilité de l'Etat à raison d'un fait de l'organisation dont il est membre

Le droit international ne contient pas de principe prévoyant la responsabilité subsidiaire des Etats membres d'une organisation internationale pour le comportement de celle-ci. Il existe toutefois des cas dans lesquels la responsabilité à raison d'un fait de l'organisation pourra être mise, entièrement ou en partie, à la charge des Etats membres.[970]

La protection des tiers est un des principaux arguments présentés en faveur de la responsabilité subsidiaire des Etats membres pour les faits de l'organisation. La sécurité juridique est une préoccupation légitime de leur part. Comme l'a écrit Pierre Pescatore au sujet des Communautés européennes, « on ne peut espérer une reconnaissance de la part des Etats tiers qu'à la condition que les Communautés puissent offrir à cet égard une sécurité juridique équivalente aux engagements contractés directement par les Etats membres. »[971]

Cependant, quel que serait son intérêt de ce point de vue, le droit international ne contient aucun principe général de responsabilité subsidiaire des Etats membres. Cette absence est cependant atténuée par des mécanismes permettant, dans une certaine mesure, de faire supporter le poids de la responsabilité par les Etats membres. Ces mécanismes ont cependant une efficacité limitée pour les tiers.

Dans le cas où la personnalité juridique de l'organisation est inexistante, les faits « de l'organisation » sont en réalité des faits de ou des Etats, auxquels ils sont directement imputables. L'organisation peut, dans ce cas, être considérée comme un organe commun des Etats membres. La question de la réalité de la personnalité « distincte des Etats membres » a été posée dans le cas de certaines organisations. L'autonomie de l'organisation envers les Etats est également inexistante quand elle agit sous le contrôle, les directives ou la contrainte

[970] Cette étude s'appuie également sur le projet d'articles de la CDI sur la responsabilité des organisations internationales, celui-ci s'appliquant aussi à la responsabilité internationale d'un État pour le fait internationalement illicite d'une organisation internationale

[971] Pierre PESCATORE, *op. cit.*, p. 41

d'un ou de plusieurs Etats. Même s'il s'agit concrètement d'un acte de l'organisation, la responsabilité sera supportée par le ou les Etats qui ont exercé le contrôle ou donné les directives. La personnalité distincte de l'organisation n'est ici pas remise en cause de manière générale.

La personnalité internationale d'une organisation peut être mise en doute par un tiers ayant l'intention de se tourner directement contre les Etats membres. Cette question, liée à la précédente, mais qu'il est possible de distinguer dans la mesure où ce n'est formellement pas l'existence de la personnalité de l'organisation qui est mise en cause mais son opposabilité, revient à demander si la personnalité juridique des organisations est objective, opposable aux Etats tiers, même s'ils ne l'ont pas reconnue. Le caractère objectif de la personnalité juridique internationale d'une organisation n'est admis presque unanimement que dans le cas de l'Organisation des Nations Unies, suite à l'avis consultatif de la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Réparations des dommages subis au service des Nations Unies*. Si la personnalité internationale de l'organisation n'est pas opposable à un Etat tiers ne l'ayant pas reconnue, cet Etat pourra se retourner directement contre les Etats membres de l'organisation. Les Etats membres supporteraient alors la responsabilité principale à raison de faits illicites commis par l'organisation.

Dans d'autres hypothèses, un comportement de l'organisation est susceptible d'avoir une influence sur les Etats, de manière plus indirecte. Dans ces cas, la personnalité internationale de l'organisation n'est pas remise en cause.

Le premier est celui de l'utilisation de la personnalité distincte de l'organisation par les Etats membres pour éviter d'avoir à répondre de leurs obligations. La personnalité de l'organisation n'est ici, en principe, pas niée, ni de manière générale ni par un Etat tiers; elle est, dans un cas précis, utilisée par les Etats membres. Dans cette hypothèse, l'Etat n'est pas responsable du fait de l'organisation, mais de son propre fait. Des divergences existent entre la formulation du principe par la Cour européenne des droits de l'homme et la Commission du droit international quant à la nature de ce fait. La première insiste sur la négligence de l'Etat, qui est responsable de n'avoir pas pris les précautions nécessaires afin que l'organisation ne commette pas le fait dommageable ; la deuxième évoque une incitation de l'Etat, provoquant la commission du fait par l'organisation.

Une « responsabilité subsidiaire indirecte » des Etats naît, en outre, de leur rôle dans l'organisation. Ils doivent assurer que l'organisation dispose des moyens nécessaires pour faire face à ses obligations. Cette obligation découle le plus souvent des règles de l'organisation elles-mêmes. Dans cette hypothèse, le fait illicite et la responsabilité sont attribuables à l'organisation, mais les Etats membres en supportent les conséquences financières.

Enfin, une responsabilité conjointe des Etats et de l'organisation naît de leur engagement conjoint dans un accord mixte, lié à la question du partage des compétences au sein d'une organisation internationale.

La première section porte sur les relations entre la personnalité de l'organisation, son opposabilité, et la responsabilité des Etats membres (s. 1). La deuxième section traite de l'influence du rôle de l'Etat au sein de l'organisation, et de la responsabilité qui peut en découler (s. 2).

s. 1 L'influence de la personnalité internationale de l'organisation et de son opposabilité sur la responsabilité des Etats membres.

En l'absence de tout principe de responsabilité subsidiaire, la personnalité internationale de l'organisation empêche l'attribution de la responsabilité internationale à raison de ses faits à ses membres. La responsabilité principale des membres réapparait cependant dans les cas où l'organisation ne dispose d'aucune forme d'indépendance et de volonté distincte de ses membres, que ce soit de manière permanente ou ponctuelle (§1). Un débat ancien concerne la question de la responsabilité des membres au cas où le tiers n'a pas reconnu l'organisation (§2).

§. 1 La responsabilité des Etats membres du fait de l'absence d'autonomie réelle de l'organisation envers eux.

Dans l'hypothèse où l'organisation ne dispose pas d'une volonté distincte de celle de ses membres, d'une réelle autonomie à leur égard, elle ne possède pas de personnalité propre ; l'organisation est un organe commun des Etats. Un Etat sera également responsable du fait de l'organisation dans le cas où il y a contribué en fournissant aide et assistance, en exerçant son contrôle ou une contrainte ou en lui donnant des directives. Le cas de l'organisation comme organe commun des Etats (A) doit être distingué de celui de la responsabilité de l'Etat pour cause de contrôle (B).

A) L'absence de personnalité distincte de l'organisation

Une organisation qui ne possède pas la personnalité juridique internationale ne peut être titulaire de droits et d'obligations internationales. Etre titulaire de droits et d'obligations, et donc de pouvoir répondre de leur violation, est synonyme de la possession de la personnalité internationale.[972] La question de savoir si l'organisation est titulaire de droits sur le plan international revient à demander si elle est revêtue de la personnalité internationale.[973]

Dans le cas d'organismes internationaux ne possédant pas la personnalité juridique internationale, les Etats membres, et non l'organisation, seront responsables de la violation d'obligations prises au nom de l'organisation. Dans cette hypothèse, l'organisation demeure un simple instrument des Etats, sans autonomie et sans volonté propre : « *[a]n international association lacking legal personality, and possessing no* volonté distincte, *remains the creature of the state members, who are thus liable for its acts.* »[974] Le comportement de l' « organisation » n'est, dans cette hypothèse, que le comportement de l'ensemble de ses membres.[975]

Pour que sa responsabilité puisse être engagée, la personnalité juridique, et donc l'autonomie de l'organisation, doivent être réelles ; elle ne doit pas se révéler n'être qu'une

[972] Rosalyn HIGGINS, *op. cit.*, pp. 377- 378

[973] AC 49, p. 178

[974] Rosalyn HIGGINS, *op. cit.*, p. 378

[975] C. F. AMERASINGHE, *op. cit.*, p. 412, Jean SALMON, AIDI 1995, vol. 66-1, p. 340

« association d'Etats qui ne se distingue pas de ses composantes sur un plan organique. »[976] Si tel était néanmoins le cas, les Etats tiers pourraient ignorer l'organisation et se tourner directement contre les Etats membres. Cette possibilité ne doit toutefois pas être utilisée à la légère ; la personnalité autonome d'une organisation ne peut être contestée que sur des fondements solides[977], notamment l'absence d'intérêt propre à l'organisation, distinct de celui de ses membres.[978] Dans ce cas l' « organisation » est assimilable à un organe commun des Etats. Dans ce cas, chaque Etat est séparément responsable du comportement qui lui est attribuable.[979]

Ainsi, les alliances militaires telles que l'Eurocorps ne sont pas dotées de la personnalité juridique internationale ; leurs actes restent imputables aux Etats membres. De manière générale, la conduite des opérations militaires garderait un caractère essentiellement étatique.[980]

La question de la valeur de l'attribution expresse de la personnalité juridique internationale à une organisation par les Etats fondateurs se pose. L'octroi explicite de la personnalité juridique internationale à une organisation serait opposable aux Etats tiers, tant que les critères de la personnalité juridique seraient respectés. Une mention de ce type, en principe valide, ne saurait donc couvrir l'absence d'autonomie réelle de l'organisation. Les tiers ne sont pas liés par l'octroi exprès de la personnalité dans le cas où « *it is obvious that in spite of this expressed attribution the organization does not have independent functioning capacity or organs (…) and that the attribution is a subterfuge for the creating states to avoid their direct responsibilities* ».[981] Par ailleurs, une telle clause serait, à l'égard des tiers, *res inter alios acta*.

---

[976] Pierre KLEIN, *op. cit.*, p. 433

[977] *Ibid.*

[978] Albane GESLIN, *op. cit.*, pp. 564-565

[979] L'article 47, al. 1 du projet sur la responsabilité des Etats dispose :

« Lorsque plusieurs Etats sont responsables du même fait internationalement illicite, la responsabilité de chaque Etat peut être invoquée par rapport à ce fait. »

V. également James CRAWFORD, *Commentaires…, op. cit.*, p. 325

[980] Philippe WECKEL, *Les organisations internationales et les conflits armés*, *op. cit.*, pp. 102-103

[981] C. F. AMERASINGHE, *op. cit.*, p. 84

B) La responsabilité de l'Etat du fait de l'aide et assistance, de la direction et du contrôle, et de la contrainte exercés sur l'organisation.

La responsabilité de l'Etat du fait de l'aide et de l'assistance (souvent appelé « complicité »), de la « direction et contrôle » ou de la « coercition » exercée sur une organisation internationale concerne tant des Etats membres que non-membres de l'organisation. Ces hypothèses ont été évoquées dans la pratique et la jurisprudence (1) avant d'être codifiées par la CDI (2).

1. La pratique et la jurisprudence internationales.

La pratique et la jurisprudence sur l'hypothèse des directives ou du contrôle sont assez limitées. En réalité, dans les cas qui pourraient relever du « contrôle » d'un ou plusieurs Etats sur l'organisation, c'est davantage l'absence de personnalité propre de l'organisation, d'autonomie vis-à-vis de ses membres, qui a été invoquée que le contrôle d'un Etat en particulier sur un comportement spécifique.

Dans sa plaidoirie en l'affaire de la *Licéité de l'emploi de la force,* Ian Brownlie a défendu la position selon laquelle la structure de commandement de l'OTAN constituait un instrument au service des Etats membres, qui agissait comme leur agent, ce qui aurait pour conséquence leur responsabilité conjointe pour les actes de l'organisation.[982] Il semble que le demandeur ne se fondait pas ici sur les directives ou le contrôle exercé ponctuellement par des Etats membres sur une organisation en principe autonome à leur égard, mais sur l'argument que l'OTAN ne possédait pas, de manière structurelle, d'autonomie vis-à-vis des Etats, dont il n'était qu'un « agent ». L'OTAN est considérée comme un organe commun à ses membres, ne possédant pas les qualités caractéristiques d'une véritable organisation internationale.[983]

Dans sa requête contre la Communauté européenne devant la CJCE, la société Maclaine Watson a invoqué la responsabilité de la Communauté du fait de son influence au

[982] Procédure orale dans l'affaire CIJ, *Licéité de l'emploi de la force, RFY c. Canada*, CR1999/14, p. 34

[983] Cf. chapitre 1 de ce titre

sein du Conseil international de l'Etain. Il s'agit ici du cas d'une organisation internationale membre d'une autre organisation, mais les principes demeurent les mêmes.[984]

La société prétendait que la Communauté européenne était responsable des fautes de gestion commises par le CIE. Elle n'aurait pas utilisé son influence au sein de l'organisation dans le sens d'une plus grande responsabilité financière, et se serait servie de sa « minorité de blocage » pour empêcher l'adoption de décisions visant à augmenter les contributions financières et à mieux contrôler la production. L'avocat général Darmon, dans ses conclusions, a estimé que « le prétendu « comportement » de la Communauté se confond en réalité intégralement avec le processus de décision interne de cette organisation » et qu'il ne peut en être détaché.[985] Comme le relève Pierre Klein[986], l'argumentation de la société requérante ignorait le principe du dédoublement fonctionnel des membres d'une organisation internationale. Faisant partie de l'organe de décision de l'organisation, l'Etat ou l'organisation membre, ne peuvent en principe être considérés comme des sujets distincts qui exercent leur contrôle sur l'organisation de l'extérieur.

2. Le traitement des hypothèses de contrôle par la Commission du droit international

La Commission du droit international, observant que tel était le souhait de la majorité des Etats s'étant exprimé sur le sujet à la Sixième commission des Nations Unies, a introduit dans le projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales des dispositions parallèles à celles existant dans le projet d'articles sur la responsabilité des Etats qui prévoient la responsabilité de l'Etat pour l'aide ou l'assistance, le contrôle et la direction ou la contrainte exercée sur un autre Etat.[987]

Les articles adoptés dans le cadre de la responsabilité des organisations internationales sont *mutatis mutandis* les mêmes que ceux figurant aux articles 16 à 18 du Projet de la CDI sur la responsabilité des Etats.

[984] Article 13 du projet sur la responsabilité des organisations internationales

[985] CJCE, 1er juin 1989, *Maclaine Watson*, 1er juin 1989, C-241/87, Conclusions Darmon, §144

[986] Pierre KLEIN, *op. cit.*, pp. 487-488

[987] CDI, 4ème rapport sur la responsabilité des organisations internationales, cinquante-huitième session, A/CN.4/564/Add.1, §60

Ces trois hypothèses concernent tant les Etats non-membres que les Etats membres de l'organisation. Si le premier cas ne pose pas de problème particulier, le cas des Etats membres est plus complexe. Il ramène au débat sur la volonté distincte et l'autonomie de l'organisation envers les Etats membres. Si le principe même de la personnalité propre des organisations internationales interdit d'imputer l'ensemble de leur comportement à leurs membres, la responsabilité de ceux-ci à raison de leur comportement dans le cadre de l'organisation n'est pas entièrement exclue.[988]

Comme l'a souligné la Commission du droit international, dans son commentaire sous l'article 57, portant sur l'aide ou l'assistance d'un Etat dans la commission d'un fait internationalement illicite par une organisation internationale, « on ne peut qualifier d'aide ou assistance l'influence qu'il exerce en participant simplement à la prise de décisions de l'organisation conformément aux règles applicables de celle-ci »[989], dans le cas d'un Etat membre de cette organisation. Il en va de même en qui concerne les directives ou le contrôle exercé sur une organisation par un Etat membre[990], ainsi que de la contrainte.[991]

Dans le cas d'un Etat membre, la contrainte ou le contrôle ne peuvent être déduits de la seule participation de l'Etat au processus de prise de décisions de l'organisation conformément aux règles pertinentes de celle-ci[992], « tant que n'est pas démontré un contrôle de l'Etat sur l'organisation si entier que celle-ci n'agisse plus que comme « instrument », organe peut-être, de l'Etat. »[993]

---

[988] CDI, Rapport sur la 61ème session, doc. A/64/10, p. 164

[989] *Ibid.*

[990] *Ibid.*, p. 166

[991] *Ibid.*, p. 167. Les principes gouvernant la contrainte d'un Etat sur une organisation internationale sont les mêmes que ceux régissant la contrainte exercée sur un Etat (le commentaire de l'article 59 fait directement référence à l'article 18 sur la responsabilité des Etats).

[992] *Ibid.*, §62 ; également Philippe SANDS, Pierre KLEIN, *op. cit.*, §15-106 : « *such control would have to be clearly established, and cannot be deduced from the mere participation in the functioning of the organisation.* » Dans le même sens, v. Dan SAROOSHI, *International organizations and their exercise of sovereign powers*, OUP 2005, p. 45, et Rosalyn HIGGINS, *op. cit.*, p. 261, qui estime que « *Where the organization has a* volonté distincte *the continuing role of states members* qua *organs should be regarded as neutrals as regards the issue of members' liability for the acts of the international organization.* »

[993] Evelyne LAGRANGE, *op. cit.*, p. 339.

L'Etat doit avoir agi « en tant qu'entité distincte » de l'organisation. Un Etat membre n'est pas responsable à raison d'un acte illicite adopté avec sa voix.[994] La responsabilité des Etats membres du fait de leur contrôle sur l'organisation ne doit pas nécessairement être générale, elle peut résulter d'un contrôle exercé dans des cas précis, à l'occasion de comportements spécifiques. La personnalité juridique distincte de l'organisation ne sera dans cette hypothèse pas remise en cause de manière générale. Le cas où un ou plusieurs Etats exercent un contrôle tel que la réalité de la personnalité autonome de l'organisation puisse être mise en doute, lorsque l'organisation n'est qu'une « enveloppe institutionnelle vide »[995] utilisée par les Etats pour poursuivre leurs intérêts propres, ne relève pas de cette disposition. Il s'agit ici d'un cas d'absence de la personnalité internationale de l'organisation, qui suppose une relation de dépendance et de contrôle s'inscrivant dans une certaine durée. L'organisation n'a, dans cette hypothèse, pas de personnalité propre, pas d'existence autonome réelle ; elle n'est, de manière générale, que l'organe d'un ou de plusieurs Etats. L'ensemble des faits commis par l'organisation seront attribués à ou aux Etats dont elle est l'organe.[996]

La possibilité qu'une organisation agisse pour le compte d'un Etat a été relevée par l'Institut du droit international. La résolution de 1995 prévoit que « la responsabilité d'un Etat membre envers un tiers peut être engagée (…) lorsque l'organisation internationale a agi en qualité d'agent de cet Etat, en droit ou en fait. »[997] L'organisation peut agir de fait comme un agent de l'Etat, c'est-à-dire sous son contrôle ou ses directives.

Lorsque mandat est donné à l'organisation par les Etats membres pour agir pour leur compte, l'organisation n'est en principe pas responsable d'un éventuel fait illicite.[998] La représentation des Etats membres par l'organisation doit être expressément stipulée au cas par cas, et n'est pas présumée. L'organisation n'est en principe pas le représentant des Etats membres. Estimer que l'organisation agit toujours comme un représentant de ses membres reviendrait à en nier la personnalité distincte et à la réduire à un simple organe commun des Etats.[999]

---

[994] *Ibid.*, p. 332

[995] Pierre KLEIN, *op. cit.*, p. 485

[996] Cf. 1ère Partie.

[997] Art. 5 c) ii.

[998] C.F. AMERASINGHE, *op. cit.*, *Principles…*, pp. 418-420

[999] Pierre KLEIN, *op. cit.*, p. 462

L'article 58 du projet sur la responsabilité des organisations internationales a été calqué sur l'article 17 des Articles sur la responsabilité de l'Etat. La définition des directives ou du contrôle doit donc également s'en inspirer. Le contrôle au sens de l'article 17 sur la responsabilité de l'Etat concerne le contrôle exercé ponctuellement sur une activité spécifique, et non une relation de dépendance générale.[1000] De la même manière, les directives ou le contrôle au sens de cette disposition concernent *a priori* également un fait spécifique, ce qui est confirmé par la lettre de l'article 58, qui évoque les directives et le contrôle dans la commission d'un fait internationalement illicite.[1001]

La difficulté est évidemment de définir ce niveau de contrôle. La participation d'un Etat à la prise de décision dans un organe de l'organisation conformément aux règles de celle-ci ne constitue pas un cas de directives ou de contrôle au sens de l'article 58 du projet de la CDI sur la responsabilité des organisations internationales, même s'il s'agit d'un Etat qui dispose d'une influence importante sur l'organisation. Les rapports de force au sein de l'organe de décision de l'organisation sont ignorés au profit du respect de sa personnalité distincte. Cette solution est justifiée dans la mesure où la décision de l'organisation est précisément le résultat de la confrontation entre les volontés des membres, créant en cela une volonté commune, propre à l'organisation. L'exigence d'effectivité du droit international pousse cependant à ce que le voile de la personnalité distincte de l'organisation soit ignoré lorsque dans un cas particulier, son action lui a été imposée par la volonté d'un seul Etat. Il est nécessaire, pour tenir un Etat responsable du comportement d'une organisation, de prouver les directives données ou le contrôle exercé dans le comportement précis ; que ce comportement corresponde à la volonté d'un Etat particulier n'est pas suffisant. Il est en effet fréquent que le comportement d'une organisation internationale coïncide avec la volonté des Etats membres, qui cherchent à ce que l'activité de l'organisation soit adaptée à leur propre politique

[1000] Cf. 1ère Partie, Titre 2, chapitre 2, section 2, §2, B), 2.

[1001] L'article 58 du projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales dispose :

Article 58

Directives données et contrôle exercé par un État dans la commission d'un fait internationalement illicite par une organisation internationale

Un État qui donne des directives et exerce un contrôle à l'égard d'une organisation internationale dans la commission par celle-ci d'un fait internationalement illicite est internationalement responsable de ce fait dans le cas où:

a) Il agit en connaissance des circonstances du fait internationalement illicite; et

b) Le fait serait internationalement illicite s'il était commis par cet État.

étrangère. Les directives et le contrôle dans le cadre des relations entre un Etat et une organisation internationale, s'ils s'inspirent largement des dispositions équivalentes dans le cadre des relations entre Etats, posent des difficultés spécifiques, notamment dans le cas des relations entre l'organisation et ses membres. En effet, les organisations sont précisément créées par les Etats dans le but de promouvoir leur politique ; chaque Etat, dans le cadre de la coopération institutionnalisée dans l'organisation, va chercher à ce que l'activité de l'organisation lui profite. Il est inévitable que l'organisation agisse « pour le compte » des Etats membres, et notamment pour les plus influents d'entre eux. Cependant, l'organisation ne dispose d'aucune autonomie, d'aucune volonté distincte lorsqu'un Etat dispose d'une position hégémonique en son sein, qu'il peut la contrôler à sa guise. L'Etat est responsable des actes de l'organisation lorsqu'elle agit comme un instrument à sa disposition.

En outre, des relations de long terme sont établies par définition ; il serait artificiel de séparer le cas de l'exercice d'un contrôle au sens de l'article 58 des relations générales entre l'Etat et l'organisation. C'est, par ailleurs, également le cas des relations entre Etats, ou entre Etat et entités de type étatiques. Des directives ou un contrôle prennent généralement place dans le cadre de relations fortement inégalitaire établies, systémiques.[1002]

D'après Dan Sarooshi[1003], le critère applicable pour déterminer qu'une organisation agit pour le compte d'un Etat est le « contrôle effectif » dégagé par la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Nicaragua* et confirmé dans l'affaire du *Génocide*. Si ce critère est apparu et est appliqué dans un cadre différent, il peut être transposable aux cas des relations entre un Etat et une organisation internationale. Le contrôle effectif permet d'imputer le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes à un Etat (article 8 du projet sur la responsabilité des Etats).[1004] Il concerne les relations entre un Etat et des personnes physiques, un cas où seul une des parties est un sujet du droit international. Il n'est pas nécessairement et automatiquement applicable au contrôle exercé par un Etat sur un autre Etat[1005], et *a fortiori* au contrôle exercé par un Etat sur une organisation internationale.

Le commentaire de la CDI n'a pas précisé la notion de contrôle employée dans cette disposition. Néanmoins, comme il s'agit d'une transposition de la disposition équivalente du

[1002] Cf. Partie 1, Titre 2, en particulier le chapitre 2.

[1003] Dan SAROOSHI, *op. cit.*, pp. 35-41

[1004] 1ère Partie, titre 2, chapitre 1

[1005] 1ère partie, titre 2, chapitre 2, s. 2

projet sur la responsabilité des Etats, la définition des « directives » et du « contrôle » utilisée dans ce projet peut être considérée comme valable également dans le cas présent. Les directives et le contrôle doivent porter sur le fait illicite lui-même. Le contrôle au sens de l'article 17 du projet sur la responsabilité des Etats suppose « l'exercice d'une domination sur un comportement illicite et non simplement à l'exercice d'une surveillance, et encore moins à une simple influence ou à un simple vœu. » Quant aux directives, il ne s'agit pas d' « une simple incitation ou suggestion », mais d'une « direction effective opérationnelle. »[1006]

Cette hypothèse reste exceptionnelle, les Etats membres disposant rarement de moyens leur permettant d'exercer un tel degré de contrôle sur l'organisation.[1007] L'absence prétendue d'autonomie de l'organisation a nourri un débat plus théorique sur la problématique de l'opposabilité de la personnalité internationale de l'organisation.

§2 L'opposabilité de la personnalité internationale de l'organisation face à l'absence de reconnaissance par un Etat tiers

La question du caractère objectif de la personnalité juridique internationale des organisations internationales, et donc de leur opposabilité à l'égard des tiers, est toujours débattue en doctrine. Il s'agit d'une question importante ici, car elle a une influence directe sur la question de la responsabilité. L'opposabilité de la personnalité d'une organisation aux autres sujets du droit international a une influence directe sur l'attribution de la responsabilité dans les relations entre l'organisation et ses membres d'un côté, les Etats tiers de l'autre. En effet, si les tiers sont libres de ne pas reconnaître la personnalité autonome d'une organisation, ils peuvent se retourner directement contre ses Etats membres pour demander réparation d'un dommage commis par l'organisation. Il y aura une « levée du voile social », qui sera inopposable aux tiers. Il ne s'agit pas d'un cas de responsabilité subsidiaire des Etats membres, mais bien de responsabilité directe, dans la mesure où la personnalité internationale de l'organisation pourra être ignorée par les tiers.

[1006] James CRAWFORD, *op. cit.*, p. 185; cf. supra, 1ère partie, Titre 2, chapitre 2, section2,…

[1007] Philippe SANDS, Pierre KLEIN, *op. cit.*, §15-106

En l'absence de toute pratique ou de jurisprudence claires, des avis divergents ont été présentés. Un accord existe cependant sur certains points, que l'on peut considérer comme acquis : la personnalité objective est reconnue pour l'Organisation des Nations Unies suite à l'avis consultatif dans l'affaire des *Réparations*[1008], et est parfois étendue aux autres organisations universelles (ou quasi-universelles), notamment celles faisant partie de la « famille » onusienne. Par ailleurs, un tiers est lié par sa reconnaissance, expresse ou implicite, de l'existence de la personnalité d'une organisation internationale.[1009] Le débat porte plus particulièrement sur l'opposabilité aux tiers de la personnalité internationale des organisations régionales.

Même si la personnalité juridique internationale de l'organisation n'est pas contestée en elle-même, se pose la question de son opposabilité aux tiers, en-dehors de toute reconnaissance de leur part. La personnalité juridique internationale de l'organisation est opposable *erga omnes* si elle est considérée comme objective. Dans son avis consultatif sur les *Réparations des dommages subis au service des Nations Unies*, la Cour internationale de Justice a estimé que l'ONU possédait « personnalité internationale objective » s'imposant à l'ensemble des Etats en se fondant sur l'argument que les cinquante Etats fondateurs représentaient « une très large majorité des membres de la communauté internationale ».

Le raisonnement de la Cour au sujet de la personnalité objective des Nations Unies ne peut être étendu qu'aux autres organisations universelles, et non à toutes les organisations internationales.[1010] En effet, la Cour s'est fondée, pour décider du caractère objectif de la personnalité de l'ONU, sur la très large participation des Etats au niveau universel, élément qui fait précisément défaut aux organisations régionales. Le nombre de participants et le caractère universel ou non d'une organisation n'ont donc pas d'effet sur la détermination de la personnalité internationale d'une organisation, mais sur son opposabilité aux tiers.[1011]

A ce sujet, le professeur Amerasinghe a fait remarquer que la Cour avait dit qu'une vaste majorité d'Etats était un critère suffisant, mais non qu'il s'agissait d'un critère indispensable à la création d'une organisation possédant une personnalité internationale

[1008] Sur ce sujet, v. Mathias FORTEAU, « Le dépassement de l'effet relatif de la Charte », in Régis CHEMAIN, Alain PELLET, *la Charte des Nations Unies, constitution mondiale ?*, CEDIN Paris X, Pedone, Paris, 2006

[1009] P. ex. Pierre KLEIN, *op. cit.*, pp. 435-436

[1010] Alain PELLET, Patrick DAILLIER, Mathias FORTEAU, pp. 596-597, §385

[1011] C. F. AMERASINGHE, *op. cit.*, p. 84

objective.[1012] La Cour s'est cependant exclusivement appuyée sur ce critère pour conclure au caractère objectif de la personnalité internationale de l'organisation. Elle ne l'a pas directement déduit de la personnalité internationale de l'organisation en elle-même. Si la Cour avait estimé que celle-ci est nécessairement objective, elle n'aurait pas eu besoin du recours à l'argument de l'universalité de l'ONU. Il semble donc qu'il faille devoir le traiter comme une condition nécessaire à l'acquisition d'une personnalité opposable *erga omnes*, même si l'avis ne contient aucune conclusion claire sur ce point.

Dans l'article 2 de son projet sur la responsabilité des organisations internationales, la CDI définit l'organisation internationale comme une organisation dotée d'une personnalité juridique internationale propre.[1013] Le commentaire semble supposer que cette personnalité juridique est « objective ». La CDI fonde ce postulat sur l'avis consultatif rendu par la CIJ dans l'affaire des *Réparations des dommages subis au service des Nations Unies*, alors que l'avis portait spécifiquement sur la personnalité juridique de l'ONU. La Cour s'était fondée sur le caractère universel de l'organisation pour lui reconnaître une personnalité s'imposant à tous les sujets de droit international, ce qui a généralement été considéré comme « *a statement of the political and factual importance of the UN, rather than as the formulation of a more general rule or principle of law.* »[1014] S'il est sans doute possible de transposer ce raisonnement aux autres organisations universelles, il est hasardeux de faire de même pour les autres organisations, notamment régionales.[1015] La Commission du droit international généralise la solution retenue par la Cour internationale de Justice, et conclut qu' « il ne serait donc pas nécessaire de se demander si la personnalité d'une organisation a été reconnue par un Etat lésé avant de voir si la responsabilité internationale de cette organisation peut être

[1012] C. F AMERASINGHE, *Principles…, op. cit.*, p. 87

[1013] Rapport de la CDI sur sa 61ème session, Assemblée générale, Documents officiels, 64ème session, Supplément n°10 (A/64/10)

[1014] Philippe SANDS, Pierre KLEIN, *op. cit.*, §15-015, dans le même sens, Joe VERHOEVEN, *La reconnaissance internationale dans la pratique contemporaine*, Pedone, 1975, p. 188

[1015] Dans ce sens, Maurice MENDELSON, "The Definition of « international organization » in the International Law Commission's current Project on the Responsibility of International Organizations", in Maurizio RAGAZZI (ed.), *International responsibility today, Essays in Memory of Oscar Schachter*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2005, pp. 384-385.

retenue ».[1016] Il semble cependant que la Cour n'a pas donné de réponse définitive à la question du caractère objectif de la personnalité internationale.

La pratique étatique reste rare. Un exemple souvent cité est celui sur le refus de reconnaissance de la Communauté économique européenne par l'URSS et d'autres Etats du bloc soviétique.[1017] En même temps, lorsqu'elle a été approchée pour développer des relations de coopération économique, la CEE a de son côté refusé de reconnaître le Conseil d'Assistance Economique Mutuelle (CAEM) en se fondant sur son absence de personnalité juridique internationale. La Commission de la CEE a estimé que le CAEM n'était pas une organisation internationale, mais une simple agence intergouvernementale, qui ne possédait aucune autonomie envers ses membres.[1018] La Communauté européenne et le CAEM ont signé une « Déclaration commune » le 25 juin 1988 établissant des relations commerciales, ce qui revient à une reconnaissance mutuelle des deux entités.

Plus récemment, la République fédérale de Yougoslavie a remis en cause le caractère autonome de l'OTAN dans ses requêtes devant la Cour internationale de Justice. L'action de la RFY était dirigée contre les Etats membres de l'OTAN, celle-ci ne pouvant être attraite devant la Cour.[1019] Cet exemple ne permet cependant pas de conclure ce débat. En effet, la saisine de la CIJ par la République fédérale de Yougoslavie contre les Etats membres de l'OTAN s'explique par des raisons pratiques évidentes, et l'opinion exprimée par cet Etat était l'absence de toute personnalité internationale dans le chef de l'OTAN, et non son absence de reconnaissance préalable de cette organisation. Ce point est paradoxalement confirmé par un Etat membre de cette organisation, qui plus est son plus grand fournisseur de forces armées. Les Etats-Unis ont, en effet, directement compensé la République populaire de Chine pour le bombardement de son ambassade à Belgrade, sans passer par l'intermédiaire de l'Organisation.[1020]

[1016] Rapport de la CDI, *Loc. cit.*, p. 48

[1017] Pierre KLEIN, *op. cit.*, p. 437 ; Joe VERHOEVEN, *op. cit.*, p. 193, qui estime que la politique de l'URSS « paraît toutefois très éloignée d'une problématique juridique de « reconnaissance » des organisations internationales. »

[1018] Kazimierz GRZYBOWSKI, "The Council for Mutual Economic Assistance and the European Community", *AJIL* 1990, vol. 84, p. 284

[1019] *Cf. supra*, ch. 1

[1020] *Ibid.*

Au vu du peu de jurisprudence et de la quasi-absence de pratique sur la question, l'opposabilité *erga omnes* de la personnalité des organisations internationales a provoqué de nombreux débats en doctrine, toujours divisée entre la théorie dite « contractualiste », qui défend le caractère constitutif de la reconnaissance de l'organisation par les Etats tiers, et la théorie « existentialiste » qui affirme le caractère objectif de la personnalité internationale de l'organisation, donc opposable aux Etats tiers indépendamment de toute reconnaissance de leur part.[1021]

L'argument le plus souvent avancé en faveur de l'inopposabilité aux tiers de la personnalité de l'organisation relève que le traité fondateur de l'organisation étant *res inter alios acta*, suivant le principe de l'effet relatif des traités, il est inopposable aux sujets de droit non parties.[1022] Ce point est incontestable, et explique que les tiers ne peuvent invoquer des dispositions du traité fondateur pour mettre directement ou subsidiairement en cause les Etats membres à raison de faits imputables à l'organisation.[1023] De même, la personnalité internationale trouvant son fondement dans le traité fondateur, elle ne serait pas opposable aux tiers qui ne l'ont pas reconnue. Les tiers seraient libres de reconnaître l'organisation, implicitement ou explicitement, ou de l'ignorer et préférer traiter exclusivement et directement avec les Etats membres. En cas de non-reconnaissance de leur part, la personnalité de l'organisation leur serait inopposable.[1024] L'organisation n'aurait, dans ce cas, « aucune existence juridique » à l'égard des tiers.[1025] Au contraire, la reconnaissance serait constitutive de la personnalité internationale de l'organisation dans ses rapports avec les Etats tiers.[1026]

Ce raisonnement a été critiqué en ce qu'il assimile complètement l'organisation et son traité fondateur. Le traité ne lie évidemment que les parties ; cependant, le sujet de droit international qu'il crée existe de manière objective.[1027] Son existence même est objectivement

[1021] Joe VERHOEVEN, *op. cit.*, p. 185

[1022] Cet argument est présenté par Rosalyn Higgins, *op. cit.*, p. 384, et défendu entre autres par Pierre Klein et Philippe Sands, *op. cit.*, §15-014, Henry Schermers et Niels Blokker, *op. cit.*, p. 990, §1568, Pierre Klein, *op. cit.*, p. 436

[1023] *Cf. supra*

[1024] Philippe SANDS, Pierre KLEIN, *op. cit.*, §15-015 ; Albane GESLIN, *op. cit.*, p. … (n124)

[1025] Pierre KLEIN, *op. cit.*, p. 437

[1026] Joe VERHOEVEN, *op. cit.*, p. 186

[1027] *Ibid.*, pp. 211-212

constatable par les autres sujets de droit international. Considérer un fait illicite d'une organisation internationale comme « le produit des agissements collectifs des Etats membres »[1028] relèverait de la fiction, et rendrait les relations entre l'Etat tiers refusant de reconnaître la personnalité de l'organisation et la « collectivité des Etats membres » extrêmement complexe. L'existence des organisations internationales aurait un caractère relatif, or elles sont des sujets du droit international. Comme c'est le cas pour les Etats, le fait qui détermine leur qualité de sujets du droit international « *is not how they have been established, but that they exist.* »[1029] Leur existence n'est pas dépendante de l'entrée en vigueur ou de l'abrogation du traité constitutif, mais de leur aptitude à manifester leur volonté propre.[1030]

Certains auteurs estiment que la personnalité juridique des organisations internationales est opposable *erga omnes*, sans considération de son caractère universel ou non. Les tiers se trouvent dans la même situation vis-à-vis d'une organisation internationale, quelle que soit sa taille.[1031] La personnalité juridique objective des organisations internationales devrait être de principe, et son absence ne devrait pas être dépendante du nombre de membres, mais d'autres facteurs tels que la fraude ou l'absence de but légitime.[1032]

Un tiers ne pourrait remettre en cause l'existence d'une organisation internationale, comme il ne peut agir comme si un Etat n'en était pas un. Il peut très bien ne pas le reconnaître ; il doit cependant tenir compte de son existence.[1033] Par ailleurs certains Etats sont également nés de traités internationaux ; leur existence n'a pour autant jamais été remise en cause. De même, le traité fondateur ne serait pas la source juridique de la personnalité

[1028] *Ibid.*

[1029] Finn SEYERSTED, *Objective international personality of intergovernmental organizations*, Universitetdforlaget, Copenhague, 1963, p. 46

[1030] Paul REUTER, *Principes de droit international public*, RCADI 1961-II, t.103, p. 518

[1031] C. F. AMERASINGHE, *Principles…, op. cit.*, pp. 87 et 90

[1032] *Ibid.*, p. 90. Cet auteur trace également un parallèle avec le caractère déclaratif de la reconnaissance des Etats.

[1033] Finn SEYERSTED relève que « *In the case of intergovernmental organisations, as well as in the case of States, objective international personality merely means that the State or Organisation is subject to the rights and duties of international law and that it must be treated as a subject of international law by any other subject of international law which has relations with it. But it does not mean that other subjects of international law have a duty to enter into diplomatic or other special relations with it.* » *International personality..., op. cit.*,p. 98 Dans le même sens, v. Paul REUTER, *op. cit.*, p. 519

distincte de l'organisation.[1034] Celle-ci trouverait son origine dans l'exercice effectif de ses compétences par l'organisation, et non dans un traité international, qui n'est pas une condition de leur existence.[1035] Par ailleurs, certaines organisations internationales sont apparues sans traité constitutif[1036], par exemple le Conseil Nordique[1037] créé par des décisions parallèles des parlements des Etats fondateurs, ou l'Organisation pour la Sécurité et la Coopération en Europe, constituée progressivement au cours de sessions de la CSCE.[1038]

La personnalité d'une organisation est opposable à partir du moment où elle remplit certaines conditions. Une organisation internationale existe s'il s'agit d'organes internationaux qui ne sont pas entièrement soumis à l'autorité d'autres entités, excepté celle des membres agissant conjointement par l'intermédiaire de leurs représentants auprès d'eux, et qui assument des obligations internationales pour leur propre compte et non uniquement pour celui de leurs membres.[1039] Il faut donc qu'ils possèdent une volonté distincte de celle des membres. Le critère essentiel est que l'organisation doit être autonome envers ses membres, et ne doit pas être soumise à la juridiction d'un autre sujet de droit international. Pour les organisations internationales comme pour les autres sujets du droit international, ce qui importe n'est pas leur mode de création, ou leur reconnaissance, mais leur existence, qui peut être constatée par la réunion de certaines caractéristiques objectives.[1040] La personnalité de l'organisation serait donc objective en ce qu'elle « résulte de la seule conjonction d'éléments de fait directement pris en compte par le droit des gens ».[1041] Par ailleurs, la théorie « existentialiste » estime qu'il n'est pas justifié de limiter la personnalité objective des organisations internationales à l'ONU ou aux autres organisations universelles. Le critère essentiel serait l'effectivité de l'organisation, et non son universalité.[1042]

L'Institut du droit international a également conclu à l'opposabilité de la personnalité des organisations internationales ; le rapport de Rosalyn Higgins s'est expressément référé à

[1034] Joe VERHOEVEN, *op. cit.*, pp. 188 et 197

[1035] Finn SEYERSTED, *International personality..., op. cit.,* p. 49

[1036] L'hypothèse de création d'une organisation internationale par le biais d'un processus coutumier a été relevée par Paul Reuter, *op. cit.*, p. 518

[1037] *Cf. ibid.*, p. 50

[1038] Pierre-Marie DUPUY, *op. cit.,* pp. 163-164

[1039] Finn SEYERSTED, *Common Law of International Organizations, op. cit.,* pp. 42 et 43-44.

[1040] *Ibid.*, p. 43

[1041] Joe VERHOEVEN, *op. cit.*, p. 189

[1042] *Ibid.*

la théorie de la personnalité objective défendue par Finn Seyersted.[1043] L'existence d'une organisation sur le plan international serait une « réalité objective ».[1044] Un Etat lésé par un fait illicite d'une organisation internationale ne pourrait donc se tourner contre ses membres au motif qu'il n'a pas reconnu l'organisation en question.

Par ailleurs, invoquer l'absence de personnalité objective n'aurait guère d'intérêt pratique. En effet, les cas de non-reconnaissance d'une organisation internationale sont très rares.[1045] Si l'exemple de la non-reconnaissance de la Communauté économique européenne par l'URSS est toujours cité, il s'agit sans doute d'un des seuls. De la même manière, il n'existe en pratique « aucun acte formel de reconnaissance exprès »[1046] des organisations internationales, ce qui a conduit certains auteurs à estimer qu'elle n'était pas nécessaire à l'opposabilité de la personnalité de l'organisation.[1047] S'il estime la reconnaissance nécessaire à l'opposabilité de la personnalité de l'organisation, Joe Verhoeven estime ce point très théorique, et juge « irréel » le refus par un tiers de traiter avec une organisation internationale à partir du moment où ses Etats membres veulent imposer son intermédiaire.[1048]

En outre, l'absence de personnalité tout court ou l'inopposabilité de la personnalité reviennent au même pour les tiers. La situation sera dans les deux cas, la même : pour les tiers, que l'organisation n'existe pas en soi ou que sa personnalité soit inopposable sont équivalents. Par ailleurs, un tiers qui entend ne pas traiter avec une organisation internationale, mais directement avec les Etats, va en principe contester la personnalité de l'organisation elle-même, et non simplement son opposabilité à son égard. L'absence supposée d'autonomie à l'égard de ses membres sera l'argument principal opposé par l'Etat tiers à l'organisation. Ce dernier va se fonder sur le fait que l'organisation se comporte comme un agent des Etats membres, sans posséder de volonté distincte, pour refuser d'établir

[1043] Rosalyn HIGGINS, *op. cit.*, p. 386. L'article 2c du projet de résolution d'octobre 1994 disposait que la personnalité d'une organisation internationale était opposable aux tiers et n'était pas dépendante de reconnaissance de leur part. La question n'a cependant plus fait l'objet d'une disposition spécifique dans la résolution finale.

[1044] *Ibid.*

[1045] C.F. Amerasinghe écrit qu'aucun exemple récent de non-reconnaissance d'une organisation internationale n'est connu. *Op. cit.*, p. 87

[1046] Joe VERHOEVEN, *op. cit.*, p. 192

[1047] Max SOERENSEN, *Principes de droit international public*, RCADI t. 101, p. 139, cité par Joe VERHOEVEN, *op. cit.*, p. 191

[1048] Joe VERHOEVEN, *op. cit.*, p. 217.

des relations avec l'organisation. Dans un des rares cas de refus de contestation de la personnalité d'une organisation, l'Etat tiers ne s'est pas lancé dans un débat théorique sur le caractère objectif de la personnalité, mais a contesté la personnalité internationale de l'organisation en elle-même.[1049]

Aucune solution claire ne se dégage de la pratique. La question a une utilité pratique assez faible, dans la mesure où les cas sont très rares. Par ailleurs l'argumentation des tiers porte généralement sur le fait que l'organisation n'est qu'un simple instrument des Etats, ne disposant d'aucune autonomie à leur égard.

Outre les questions liées à la personnalité internationale des organisations, des atténuations au principe de responsabilité exclusive des organisations internationales pour leur propre fait peuvent être déduites de la place des Etats dans l'organisation.

s. 2 Les atténuations à l'absence de responsabilité subsidiaire tirées des relations entre l'organisation internationale et ses membres.

Les Etats conservent un rôle important au sein des organisations internationales malgré leur personnalité distincte, ce qui peut les conduire à devoir faire face aux conséquences des actes de l'organisation. Ces conséquences peuvent se déduire de leur qualité de membre, de leurs actes lors de la création de l'organisation ou du transfert de compétences, ainsi que l'extension du partage interne de compétence aux relations extérieures de l'organisation, ou de l'ensemble constitué par l'organisation et les Etats. La qualité de membre oblige les Etats à participer au financement de l'organisation (§1). La création d'une organisation ne peut leur permettre d'échapper à leurs obligation en invoquant la personnalité distincte de l'organisation (§2). Enfin, une responsabilité conjointe de l'organisation et des Etats membres est la conséquence de leur engagement conjoint (§3).

[1049] Affaire de la *Licéité de l'emploi de la force, cf. supra*, T1, ch. 1, s.2, §1, 1.

§1 L'obligation des Etats de contribuer aux dépenses de l'organisation

S'il n'existe aucun principe de responsabilité subsidiaire des Etats membres d'une organisation internationale à raison des faits illicites de cette organisation, ces derniers comportent malgré tout certaines conséquences pour les Etats. La commission d'un fait illicite par une organisation internationale met à la charge de celle-ci une obligation de réparer le préjudice causé.[1050] La réparation du préjudice par l'organisation prendra le plus souvent une forme financière, ce qui aura une influence directe sur les contributions des Etats membres. En effet, la plupart des organisations internationales ne disposent pas de ressources propres, et sont dépendantes des contributions étatiques à leur budget. Les Etats sont dans l'obligation de veiller à ce que l'organisation dispose de ressources suffisantes pour faire face à ses obligations financières.[1051] De fait, les conséquences des actes illicites de l'organisation vont peser sur les Etats, même si la personnalité juridique distincte de l'organisation, ainsi que l'absence de responsabilité secondaire proprement dite, empêchent les tiers de porter leur réclamation directement contre les Etats membres.

Cette responsabilité subsidiaire « de fait » présente l'avantage de respecter la personnalité distincte de l'organisation[1052], tout en rendant en pratique inutile l'institution d'un système de responsabilité subsidiaire proprement dite. En effet, en premier lieu, la question de répartition des obligations financières entre les Etats membres eux-mêmes est déjà réglée par le traité constitutif de l'organisation, ce qui évite de se pencher sur le débat, inévitable au cas où l'on accepte le principe de la responsabilité secondaire, de savoir si cette responsabilité est conjointe ou solidaire. En second lieu, le souci de protéger les tiers en leur offrant un recours direct contre les Etats membres en cas de défaillance de l'organisation est également pris en compte. L'obligation des Etats de contribuer aux obligations financières des organisations dont ils sont membres peut jouer le rôle de garantie envers les tiers créanciers de l'organisation, et possède à cet égard un « *mitigating effect* » certain envers les tiers se

[1050] Article 30 du projet de la CDI sur la responsabilité des organisations internationales

[1051] Dans son rapport à l'Institut de droit international précité, Rosalyn Higgins évoque un « *duty to put the organization into funds.* » *op. cit.*, p. 414

[1052] Henry SCHERMERS, Niels BLOKKER, *op. cit.*, p. 1007-1008, §1586. Ces auteurs soulignent que cette solution réserve un rôle important aux Etats, tout en montrant plus de respect pour la personnalité de l'organisation.

trouvant face à l'absence de responsabilité subsidiaire des Etats membres.[1053] Cette solution a été utilisée pour régler les différends nés de la dissolution du Conseil international de l'Etain. Un accord de dédommagement partiel a été trouvé, selon lequel les Etats membres ont versé au CIE des contributions lui permettant d'indemniser ses créanciers.[1054] Le règlement s'est fait par l'intermédiaire du CIE, ses Etats membres entendant éviter toute reconnaissance de responsabilité de leur part.[1055]

Cette obligation des Etats ne découle cependant pas du droit international général, mais de l'acte constitutif, qui précise leurs obligations financières à l'égard de l'organisation.[1056] Il s'agit donc bien d'obligations des Etats envers l'organisation, sur lesquelles les tiers, n'étant par définition pas partie au traité constitutif, ne sauraient se fonder pour présenter une réclamation directement contre les Etats membres.[1057] Les actes constitutifs de la plupart des organisations internationales prévoient que les conséquences de la responsabilité des organisations internationales puissent être répercutées sur leurs membres.[1058]

La question de la participation des Etats membres d'une organisation aux obligations financière encourues par celle-ci a été abordée par la Cour internationale de Justice dans son avis consultatif sur *Certaines dépenses des Nations Unies*.[1059] La Cour devait déterminer si certaines dépenses visant à couvrir les frais des opérations des Nations Unies au Moyen-Orient et au Congo étaient des dépenses de l'organisation au sens de l'article 17, al. 2 de la Charte.[1060] La Cour a jugé que cette expression couvrait l'ensemble des dépenses faites dans la réalisation des buts des Nations Unies. Même si cet avis ne portait pas spécifiquement sur des frais engagés par les Nations Unies pour compenser un dommage résultant d'un fait illicite leur étant imputable, la notion de dépenses engagées pour la réalisation des buts des Nations Unies englobe sans doute également les éventuels dommages causés à cette occasion.

[1053] C.F AMERASINGHE, *op. cit.*, p. 444

[1054] Pierre Michel EISEMANN, *op. cit.*, p. 701

[1055] C. F. AMERASINGHE, *Liability…*, *op. cit.*, p. 269; Pierre KLEIN, Philippe SANDS, *op. cit.*, n°15-110

[1056] Rosalyn HIGGINS, *op. cit.*, p. 415

[1057] Pierre KLEIN, *op. cit.*, pp. 509 et 598-599

[1058] *Ibid*., p. 594

[1059] CIJ, *Certaines dépenses des Nations Unies (article 17, paragraphe 2, de la Charte)*, Avis consultatif, 20 juillet 1962, Rec. 1962 p. 151

[1060] Cet alinéa dispose que « les dépenses de l'Organisation sont supportées par les Membres selon la répartition fixée par la Charte. »

En effet, les dommages causés aux tiers par une organisation internationale ont en général lieu lors de l'accomplissement de ses objectifs par l'organisation[1061], et en conséquence les dépenses liées à leur réparation peuvent être considérées comme des dépenses de l'organisation[1062], auxquelles les Etats membres doivent contribuer conformément aux dispositions de l'acte constitutif. L'obligation, prévue par l'acte constitutif de l'organisation, de contribuer financièrement aux actions entreprises pour accomplir ses buts, pèse sur les Etats, « quand bien même de cette action découlerait un engagement de la responsabilité » de l'organisation.[1063] Les Etats membres ne seraient pas tenus de contribuer aux dépenses de l'organisation dans la seule hypothèse où « le fait illicite qui cause un dommage ne présente absolument aucun rapport avec les buts de l'organisation. »[1064] La Présidente Rosalyn Higgins[1065] se fonde également sur l'avis consultatif de la CIJ pour estimer que les Etats membres d'une organisation internationale ont l'obligation de payer des dépenses supplémentaires causées par un fait illicite de l'organisation.

La répartition entre les membres de l'organisation des obligations financières encourues suite à l'engagement de la responsabilité de celle-ci est expressément prévue par certains traités constitutifs.[1066] Cependant, l'obligation de financement à la charge des Etats membres existe même sans disposition spécifique, et se déduit de l'obligation générale de mettre à la disposition de l'organisation les fonds nécessaires à son fonctionnement.[1067] Cette contribution aux dépenses supplémentaires est une simple extension de l'obligation des Etats membres de contribuer au budget de l'organisation.[1068] Comme le souligne Pierre Klein, « l'obligation de contribuer aux dépenses de l'organisation possède une portée générale, et peut avoir pour conséquence d'imposer aux Etats membres de verser à l'organisation des contributions extraordinaires si celles-ci devaient s'avérer nécessaires pour permettre à

[1061] Pierre KLEIN, Philippe SANDS, *op. cit.*, n°15-110 ; Pierre KLEIN, *op. cit.*, p. 598. Cela peut être illustré par les dommages causés par les opérations de maintien de la paix des Nations Unies (*cf. infra*).

[1062] C.F. AMERASINGHE, *Principles…, op. cit.,* p. 374

[1063] Albane GESLIN, *op. cit.*, p. 571 ; dans le même sens, v. Andrew STUMER, *op. cit.*, p. 576

[1064] Pierre KLEIN, *op. cit.*, p. 598

[1065] *Op. cit.*, p. 415 « *where a constitutive instrument requires members to pay their assessed share of « expenses » allocated for intra vires purposes, the members have a legal obligation to pay their share of expenses if a failure to pay such "extra" sums would entail a failure of an obligation to a third party.* »

[1066] Pierre KLEIN, *op. cit.*, p. 595

[1067] *Ibid.*, p. 597

[1068] Pierre KLEIN, Philippe SANDS, *op. cit.*, n°15-110 ; Albane GESLIN, *op. cit.*, p. 570-571

l'organisation de faire face aux dépenses qu'impliquerait la réparation des dommages causés à des tiers par son comportement illicite. »[1069] Les tiers ne peuvent se tourner directement contre les Etats membres, seule l'organisation est responsable à raison des faits illicites qu'elle a commis. Cependant, celle-ci peut se retourner contre ses membres afin qu'ils mettent les fonds nécessaires au respect de ses obligations à sa disposition.[1070]

Comme cette obligation découle de l'acte constitutif de l'organisation, celui-ci peut très bien comporter une disposition limitant les responsabilités des Etats membres à l'égard de l'organisation. Dans ce cas, les Etats membres ne peuvent être obligés à payer davantage que la part prévue par le traité fondateur.[1071] Il est en tout état de cause nécessaire de se pencher sur l'acte constitutif de l'organisation pour déterminer les obligations des Etats membres ; celles-ci découlant directement de ses dispositions et non du droit international général.[1072]

L'obligation des Etats de contribuer aux dépenses de l'organisation, y compris celles résultant de la commission d'un dommage envers un tiers, a été appelée « responsabilité indirecte. »[1073] Cette expression n'est guère pertinente dans ce contexte car elle peut laisser entendre qu'il existerait une règle générale de responsabilité des Etats membres vis-à-vis de l'organisation, ce qui n'est pas le cas. Les obligations des membres envers l'organisation doivent être déterminées sur la base de l'acte constitutif de cette dernière. En outre, il ne s'agit pas à proprement parler de responsabilité des membres envers les tiers, fût-elle indirecte, mais de relations internes à l'organisation.

§2 L'utilisation de la personnalité distincte de l'organisation par les Etats membres

La personnalité juridique de l'organisation forme en principe un voile qui empêche les Etats tiers d'invoquer la responsabilité des Etats membres à raison de faits illicites imputables à l'organisation. L'organisation internationale est responsable de son propre comportement.

[1069] *Ibid.*

[1070] Henry SCHERMERS, Niels BLOKKER, *op. cit.*, p. 1007, §1586

[1071] C. F. AMERASINGHE, *Principles…, op. cit.*, p. 445

[1072] Rosalyn HIGGINS, *op. cit.*, p. 415

[1073] P. ex. Andrew STUMER, *op. cit.*, p. 576

Une exception à ce principe est apparue récemment suite à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur la question de la responsabilité des Etats membres des Communautés européennes, ou d'autres organisations internationales, comme l'Agence spatiale européenne, du fait d'éventuelles violations de la Convention européenne des droits de l'homme par ces dernières. Plus largement, la problématique de l'utilisation de la personnalité autonome de l'organisation par les Etats membres a été traitée par la Commission du droit international dans son projet sur la responsabilité des organisations internationales.

Ce principe est apparu dans la jurisprudence des organes de la Convention européenne des droits de l'homme (A), puis la question de son extension à d'autres hypothèses a été abordée par la doctrine (B). La Commission du droit international a consacré une disposition de son projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales à ce sujet (C).

A) La responsabilité d'un Etat à raison du fait d'une organisation internationale dont il est membre dans la jurisprudence des organes de la Convention européenne des droits de l'homme

Ce principe trouve son origine dans des décisions de la Commission européenne des droits de l'homme, notamment la décision M. &Co c. Allemagne.[1074] La société M. & Co avait été condamnée par la CJCE à une amende pour violation des dispositions du Traité CE relatives au droit de la concurrence. Les juridictions allemandes avaient accordé l'*exequatur* à cet arrêt. La société requérante se plaignait de la violation de l'article 6 de la Convention par l'Allemagne, au motif que l'*exequatur* a été donné alors que la procédure suivie devant la CJCE aurait méconnu les principes du procès équitable.

Dans sa décision, la Commission européenne des droits de l'homme a jugé que « le transfert de pouvoirs à une organisation internationale n'est pas incompatible avec la Convention, à condition que, dans cette organisation, les droits fondamentaux reçoivent une protection équivalente. » Cette formule est la première étape d'une jurisprudence qui a permis de développer le principe selon lequel la responsabilité d'un Etat partie à la Convention peut être engagée si un transfert de pouvoir à une organisation internationale n'est pas accompagné

[1074] ComEDH, *M. &Co c. Allemagne*, déc. du 9 février 1990, req. n°13258/87

de garanties suffisantes, de manière à éviter qu'il échappe de cette façon à ses obligations en vertu de la Convention.[1075] Le principe de la protection équivalente des droits fondamentaux a, par la suite, été appliqué par la Commission européenne des droits de l'homme dans le cas de l'Office européen des brevets.[1076]

L'arrêt Matthews[1077] marque un développement important dans la formation de ce principe. Une requête avait été introduite par une personne résidant à Gibraltar contre le Royaume-Uni au motif que l'exclusion des habitants de Gibraltar des élections au Parlement européen violerait l'article 3 du Protocole n°1.[1078] L'acte de 1976 portant élection des représentants au Parlement européen au suffrage universel direct comportait une annexe, qui disposait que le Royaume-Uni en appliquerait les dispositions uniquement en ce qui concerne le Royaume-Uni, ce qui exclut notamment Gibraltar de son champ d'application.[1079] La Cour juge que « [l]a Convention n'exclut pas le transfert de compétences à des organisations internationales, pourvu que les droits garantis par la Convention continuent d'être «reconnus». Pareil transfert ne fait donc pas disparaître la responsabilité des Etats membres. »[1080] Le Royaume-Uni doit reconnaître sur le territoire de Gibraltar les droits garantis par l'article 3 du Protocole 1 en ce qui concerne les élections européennes. La Cour rejette l'argument du gouvernement défendeur fondé sur son absence de prise réelle sur la situation en observant que sa responsabilité découle « du fait que, postérieurement au moment où l'article 3 du Protocole n° 1 est devenu applicable à Gibraltar, il a assumé, par la voie de l'instrument international que constitue le traité de Maastricht, des obligations ayant eu pour effet de modifier sa situation au regard de la Décision du Conseil et de l'Acte de 1976 ». La Cour observe également que les actes excluant Gibraltar des élections européennes ne sont pas

[1075] Le principe selon lequel le transfert de compétences à une organisation internationale n'autorise pas les Etats parties à la Convention à se soustraire à leurs obligations avait été énoncé par la Commission EDH dans la décision *Tête c. France*, du 9 décembre 1987, req. n°11123/84

[1076] ComEDH, *Heinz c. Etats contractants également parties à la Convention sur le brevet européen*, déc. du 10 janvier 1994, req. n°21090/92

[1077] V. en général sur cette affaire, Jean-François FLAUSS et Gérard COHEN-JONATHAN, « A propos de l'arrêt *Matthews c. Royaume-Uni* », *RTDE* 1999, p. 637

[1078] Cet article dispose : « Les Hautes Parties contractantes s'engagent à organiser, à des intervalles raisonnables, des élections libres au scrutin secret, dans les conditions qui assurent la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif. »

[1079] Gibraltar est un dominion de la Couronne, mais ne fait pas partie du Royaume-Uni.

[1080] CEDH, GC, *Matthews c. Royaume-Uni*, arrêt du 18 février 1999, req. n°24833/94, §32

susceptibles d'un contrôle devant la Cour de Justice de la Communauté européenne. Le Royaume-Uni, lorsqu'il a accepté ce transfert de compétences, devait veiller à ce que les droits garantis par la Convention européenne soient effectivement assurés de manière équivalente dans l'organisation internationale bénéficiaire du transfert.

Cette solution ressort de deux autres arrêts rendus le même jour.[1081] En litige concernant la fin de leur période de travail pour une société collaborant avec l'Agence spatiale européenne (ASE), les requérants avaient introduit un recours contre cette dernière devant les juridictions allemandes.[1082] Celles-ci ont jugé leur recours irrecevable au motif que l'ASE bénéficiait de l'immunité de juridiction. Les requérants prétendaient que l'Allemagne avait, de ce fait, violé l'article 6§1 de la Convention. La Cour a jugé que si les Etats membres peuvent créer des organisations internationales, leur transférer des compétences et leur accorder des immunités, ils ne sont pas pour autant exonérés de toute responsabilité au regard de la Convention dans le domaine d'activité concerné.[1083] Dans cette affaire, la Cour a conclu à la non-violation de l'article 6§1 par l'Allemagne. L'immunité de juridiction accordée à l'ASE était compatible avec la Convention car « les requérants disposaient d'autres voies raisonnables pour protéger efficacement leurs droits garantis par la Convention », en l'occurrence la commission de recours de l'ASE. Les Etats parties à la Convention doivent veiller à ce qu'un transfert de pouvoirs à une organisation internationale ne porte pas atteinte à la « substance même » des droits garantis.

Il ressort de cette jurisprudence que la création d'une organisation internationale ou le transfert de compétences supplémentaires à une organisation existante ne doivent pas mener à un « déni de justice »[1084]. Une telle situation peut résulter de la combinaison de plusieurs facteurs : le fait que l'organisation internationale en question n'est pas partie à la Convention[1085], qu'elle bénéficie également de l'immunité de juridiction devant les juridictions nationales, et de l'absence de mécanisme adéquat interne à l'organisation. Les Etats membres doivent prévoir des voies de recours, comme la Commission de recours de

[1081] CEDH, GC, arrêts du 18 février 1999, *Waite et Kennedy c. Allemagne*, req. n°26083/94, *Beer et Regan c. Allemagne*, req. n°28934/95

[1082] Les requérants prétendaient que d'après le droit du travail allemand, ils avaient acquis le statut d'employé de l'Agence.

[1083] *Waite et Kennedy c. Allemagne*, §67

[1084] Jean-François FLAUSS, Gérard COHEN-JONATHAN, *op. cit.*, p. 646

[1085] Cf. ch.1, s. 1, §2

l'ASE. La Cour européenne exige que les droits garantis par la Convention soient protégés de manière équivalente dans le cadre des organisations dont sont membres des Etats parties à la Convention, mais cette condition est appréciée avec souplesse.[1086] La protection équivalente ne signifie pas identique, mais comparable, et s'étend aux droits eux-mêmes et à la question de l'existence et de l'accessibilité de mécanismes de contrôle.[1087]

La Cour européenne des droits de l'homme a rappelé et confirmé ces principes dans une décision *Gasparini*. Le requérant, un employé civil de l'OTAN de nationalité italienne, avait dans un premier temps porté un litige l'opposant à l'organisation devant la Commission de recours de l'OTAN. Après avoir été débouté, il a déposé une requête devant la Cour, dans laquelle il prétendait que la procédure suivie devant la commission de recours était incompatible avec l'article 6 de la Convention.[1088] La requête était dirigée contre la Belgique et l'Italie, la première en tant que pays hôte de l'OTAN, la deuxième en tant qu'Etat de nationalité du requérant, à qui il reprochait de n'avoir pas mis en place un système juridictionnel interne à l'organisation compatible avec les exigences de la Convention. La Cour rappelle les principes issus de sa jurisprudence antérieure, à savoir que « les Etats membres ont l'obligation, au moment où ils transfèrent une partie de leurs pouvoirs souverains à une organisation internationale à laquelle ils adhèrent, de veiller à ce que les droits garantis par la Convention reçoivent au sein de cette organisation une « protection équivalente » à celle assurée par le mécanisme de la Convention. En effet, la responsabilité d'un Etat partie à la Convention pourrait être mise en jeu au regard de celle-ci s'il s'avérait ultérieurement que la protection des droits fondamentaux offerte par l'organisation internationale concernée était entachée d'une « insuffisance manifeste » »[1089]. Les Etats doivent, au moment de leur adhésion à l'organisation et du transfert de pouvoirs souverains, avoir pu considérer de bonne foi que son mécanisme juridictionnel interne n'était pas « en contradiction flagrante » avec leurs obligations issues de la Convention. La Cour conclut que, lorsqu'ils ont adopté – conjointement avec les autres Etats membres de l'organisation – le règlement créant la

[1086] Jean-François FLAUSS, Gérard COHEN-JONATHAN, *op. cit.*, p. 648

[1087] Florence BENOIT-ROHMER, « Bienvenue aux enfants de *Bosphorus* : la Cour européenne des droits de l'homme et les organisations internationales », *RTDH* n°81, 2010, p. 19. A ce sujet, v. l'affaire *Cooperatieve Producentenorganisatie Van de Nederlandse Kokkelvisserij U.A. c. Pays-Bas*, déc. du 20 janvier 2009, req. n° 13645/05

[1088] Il mettait en particulier en cause le fait que les audiences de la commission de recours ne sont pas publiques.

[1089] CourEDH, *Gasparini c. Italie et Belgique*, déc. du 12 mai 2009, req. n°10750/03

commission de recours, les deux Etats défendeurs pouvaient légitimement estimer que la procédure mise en place était conforme aux exigences du procès équitable.

Le fait générateur de la responsabilité est le comportement de l'organisation internationale, duquel l'Etat sera jugé responsable. Il s'agit donc d'une exception au principe selon lequel l'Etat n'est pas responsable à raison d'un comportement attribuable à l'organisation.[1090] Les Etats parties doivent prévoir, dans les actes constitutifs des organisations auxquelles ils participent, des garanties équivalentes à celles de la Convention au risque de se voir reprocher des faits sur la survenance desquels ils n'ont aucune influence.[1091]

Ces principes ont été appliqués dans d'autres affaires, la plupart faisant suite à des requêtes de fonctionnaires internationaux contestant le déroulement d'un litige du travail devant l'organisme compétent de l'organisation. Les requêtes visaient des actes de la Communauté européenne[1092], d'Eurocontrol[1093] et du Conseil de l'Europe[1094]. Toutes ont été déclarées irrecevables. Une requête visant la procédure suivie devant la Cour de Justice de l'Union européenne à l'occasion d'une question préjudicielle posée par une juridiction étatique a, de même, été jugée irrecevable, l'association requérante n'ayant pas établi que la protection des droits fondamentaux avait été manifestement déficiente. La Cour applique sa jurisprudence antérieure et juge que la présomption selon laquelle la procédure devant la CJUE offre une protection des droits équivalente à la Convention n'a pas été renversée.[1095]

La question est de savoir quel Etat est responsable dans une telle hypothèse. Deux possibilités existent : tous les Etats parties à la Convention et membres de l'organisation

[1090] *Cf. supra*, ch1

[1091] Florence BENOIT-ROHMER, *op. cit.*, RTDH 2010, p. 27

[1092] CEDH, *Connolly c. 15 Etats membres de la CE*, déc. du 9 décembre 2008, req. n°73274/01. La Cour y confirme que la protection des droits fondamentaux par la Communauté européenne est équivalente à celle offerte par la Convention.

[1093] CEDH, *Boivin c. 34 Etats membres du Conseil de l'Europe*, déc. du 9 septembre 2008, req. n°73250/01

[1094] CEDH, *Beygo c. 46 Etats membres du Conseil de l'Europe*, déc. du 16 juin 2009, req. n°36099/06. La requête ne remettait pas explicitement en cause le caractère équitable de la procédure devant le Tribunal administratif du Conseil de l'Europe.

[1095] CEDH, *Cooperatieve Producentenorganisatie van de Nederlandse Kokkel Visserij U. A. v. The Netherlands*, déc. du 20 janvier 2009, req. n°13645/05

internationale, solution retenue par certaines requêtes[1096], ou certains Etats, comme l'Etat de siège ou l'Etat de nationalité du requérant[1097]. Le problème dans cette seconde hypothèse est de justifier le choix des Etats contre lesquels présenter une requête. En outre, cela mènerait à rendre un ou deux Etats responsables pour une décision commune à l'ensemble des Etats membres de l'organisation. Cette solution a été acceptée dans l'affaire *Matthews*, où le Royaume-Uni a été déclaré responsable d'une violation de la Convention résultant d'un acte pris par l'ensemble des Etats membres de la Communauté européenne. Il existe cependant une différence entre l'affaire *Matthews* et une affaire du type *Gasparini* : dans le premier cas, la requérante était soumise à la juridiction du Royaume-Uni, alors que dans le second, il s'agit d'une affaire purement interne à l'organisation. Le requérant n'est soumis à la juridiction d'aucun Etat ; aucun Etat n'est *a priori* « plus responsable » que les autres, à la différence de la situation de l'affaire *Matthews*.

Il existe deux possibilités à cet égard : tenir tous les Etats membres de l'organisation responsables de n'avoir pas mis en place un système garantissant le respect de leurs obligations issues de la Convention européenne des droits de l'homme, ou présenter une requête contre certains Etats membres.

Cette dernière hypothèse possède l'avantage de la simplicité, mais la difficulté est de déterminer l'Etat qui va devoir supporter la responsabilité à raison des actes de l'organisation. Il n'existe *a priori* aucune raison de choisir un Etat plutôt qu'un autre. Il semble ainsi inadéquat de se tourner contre l'Etat de siège de l'organisation, car il serait seul à supporter toutes les requêtes contre l'organisation qu'il héberge. Une solution plus acceptable, dans une hypothèse de ce type, est de faire supporter la responsabilité à l'Etat de nationalité du requérant. Ce choix pourrait être justifié par le lien de nationalité : le requérant peut reprocher à l'Etat de n'avoir pas pris les mesures nécessaires pour éviter une violation de ses obligations à l'égard de son ressortissant.

La première possibilité – la responsabilité de tous les Etats membres – est plus équitable, dans la mesure où l'ensemble des Etats porte la même part de responsabilité dans l'absence de « protection équivalente » des droits de l'homme par l'organisation mise en cause. Elle comporte également certains défauts. En effet, il peut arriver que tous les Etats

[1096] C'est le cas notamment des affaires *Connolly*, *Boivin* et *Beygo*.

[1097] Requêtes *Waite et Kennedy*, *Beer et Regan*, *Gasparini* et *Cooperatieve Producentenorganisatie van de Nederlandse Kokkel Visserij U. A*

membres de l'organisation ne soient pas parties à la Convention, ce qui est le cas de l'OTAN. Cette solution équivaut à une véritable responsabilité conjointe des Etats, qui trouve son origine dans les actes d'une organisation internationale dont ils sont membres. Il s'agit cependant d'une responsabilité propre des Etats à raison de leur « négligence » à assurer l'existence d'une protection équivalente des droits de l'homme dans les organisations internationales qu'ils créent.[1098] Le comportement de l'organisation est l'élément déclencheur de la responsabilité internationale de l'Etat, mais celui-ci est responsable de son propre fait, ou plutôt de son omission.

Même s'il n'y a encore eu aucun arrêt sur le fond dans une affaire concernant un litige interne à une organisation internationale, il semble que la solution de tenir certains Etats membres d'une organisation internationale, ou l'ensemble d'entre eux, responsables dans une hypothèse de ce type puisse être acceptée par la Cour européenne des droits de l'homme. En effet, les requêtes, qu'elles aient été dirigées contre un, deux ou tous les Etats, ont été jugées irrecevables car manifestement mal fondées sur la base de la présomption d'équivalence de protection des droits, et non irrecevables *rationae personae*.

B) La doctrine et la question de l'élargissement du principe à d'autres cas

L'existence d'un principe sanctionnant l'utilisation de la personnalité distincte de l'organisation par les Etats a été relevée dans la doctrine. D'après Philippe Weckel, il s'agit d'un « principe général du droit des organisations internationales qui impose à ces dernières de compenser intégralement les conséquences juridiques des transferts de compétence dont elles bénéficient. »[1099] Cette règle se placerait dans le cadre de la participation de l'ONU à des conflits armés, et concernerait donc son obligation de veiller au respect du droit international humanitaire. Cependant, d'après le projet de la CDI, l'obligation porterait plutôt sur les Etats qui transfèrent leurs compétences ou des pouvoirs à l'organisation, et non sur l'organisation elle-même. Le professeur Weckel ajoute qu'un transfert de compétences est licite « à condition que l'organisation assume en substance des obligations similaires à celles qui pèsent

[1098] Pierre KLEIN, *op. cit.*, p. 476

[1099] Philippe WECKEL, *op. cit.*, in Madjid BENCHIKH (dir.), *Les organisations internationales et les conflits armés*, p. 106

sur les Etats. » La responsabilité de ce transfert de compétence relève des Etats qui y ont procédé, et non de l'organisation.

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme serait l'illustration d'une règle de droit international d'après laquelle un Etat peut être considéré comme responsable d'un fait d'une organisation contraire à ses propres obligations s'il l'a rendu possible par un « défaut de vigilance ».[1100]

Philippe Sands et Pierre Klein soulignent que la question reste en général théorique, mais que les tiers n'ont pas l'obligation de reconnaître la personnalité juridique internationale d'une organisation quand elle a été créée pour permettre aux Etats membres d'échapper à certaines de leurs obligations internationales.[1101] De leur côté, les Etats membres ont l'obligation d'assurer que le transfert de compétences à une organisation internationale ne leur permette pas d'échapper à leurs responsabilités. Il s'agirait d'une véritable obligation de *due diligence*. Les auteurs citent la jurisprudence *Matthews* de la Cour européenne des droits de l'homme et semblent estimer, en se fondant sur l'article pertinent de la CDI, qu'il s'agit d'un principe du droit international général.

D'après Ian Brownlie, le principe selon lequel la création d'une organisation internationale par un Etat avoir pour conséquence de le soustraire à sa responsabilité est apparu dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme, mais « semble d'application générale. »[1102]

C) La portée du principe de l'utilisation de la personnalité distincte de l'organisation dans le projet d'articles de la CDI

La Commission du droit international a consacré un article de son projet relatif à la responsabilité des organisations internationales à la responsabilité d'un Etat membre qui cherche à se soustraire à ses obligations. L'intention du rapporteur spécial était de prendre en

[1100] Albane GESLIN, *op. cit.*, p. 574

[1101] Philippe SANDS, Pierre KLEIN, *op. cit.*, n°15-015

[1102] Ian BROWNLIE, "The Responsibility of States for the Acts of International Organizations", in *International Responsibility Today, Essays in Memory of Oscar Schachter, op. cit.*, p. 361

compte « le cas d'États établissant une organisation internationale et lui confiant des fonctions à propos desquelles ils sont tenus par des obligations au regard du droit international alors que l'organisation ne l'est pas », dans le but de se soustraire à leurs obligations internationales.[1103]

L'article 60 du projet dispose qu'

« 1. [u]n État membre d'une organisation internationale engage sa responsabilité internationale s'il vise à se soustraire à une de ses obligations internationales en se prévalant du fait que l'organisation est compétente relativement à l'objet de cette obligation, incitant par là l'organisation à commettre un fait qui, s'il avait été commis par cet État, aurait constitué une violation de cette obligation.

2. Le paragraphe 1 s'applique que le fait en question soit ou non internationalement illicite pour l'organisation internationale. »

D'après cette disposition, il est nécessaire que l'Etat ait incité l'organisation à commettre le fait illicite, et qu'il ait délibérément visé à se soustraire à son obligation internationale. Cela peut poser problème en pratique, et réduire concrètement l'intérêt, pourtant grand, de cette règle, dans la mesure où dans les hypothèses visées, le ou les Etats incitent rarement l'organisation à commettre un fait illicite spécifique ; il est plus juste de dire qu'ils le rendent possible. En transférant des compétences à une organisation internationale, ils rendent possibles des situations dans lesquelles l'organisation va pouvoir commettre un fait qui aurait été qualifié d'illicite s'ils l'avaient commis eux-mêmes. Cependant, il s'agit là d'une simple conséquence du transfert de compétences, et non d'une volonté délibérée d'échapper à leur responsabilité, à moins que l'incitation au sens de cette disposition soit interprétée de manière aussi large que d'inclure la possibilité offerte à l'organisation de commettre le fait en question. La formulation alambiquée de cette disposition risque d'en réduire singulièrement la portée.

Dans son commentaire, le rapporteur spécial se réfère expressément à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme évoquée plus haut, notamment aux arrêts *Waite et Kennedy* et *Bosphorus*.

Le texte de cette disposition a changé au cours de l'examen du projet par la commission. Dans le quatrième rapport sur la responsabilité des organisations internationales,

[1103] CDI, 4ème rapport, addendum, p. 10

cette règle faisait l'objet de l'article 28 qui s'intitulait « utilisation par un Etat qui est membre d'une organisation internationale de la personnalité distincte de cette organisation ». L'intitulé était plus précis et indiquait clairement le comportement susceptible d'être reproché à un Etat. Le texte présente également des différences notables :

« 1. Un État qui est membre d'une organisation internationale engage sa responsabilité internationale :

a) S'il évite de se conformer à une obligation internationale concernant certaines fonctions en transférant lesdites fonctions à cette organisation; et

b) Si l'organisation commet un fait qui, s'il avait été commis par cet État, aurait impliqué le non-respect de cette obligation.

2. Le paragraphe 1 s'applique que le fait en question soit ou non internationalement illicite pour l'organisation internationale. »

Cette formulation présentait l'avantage de mettre en œuvre un système plus objectif, qui ne se fonde pas sur une incitation de l'Etat à commettre le fait illicite, mais qui le considère davantage comme la conséquence du transfert de fonctions à l'organisation internationale. L'Etat, en transférant des pouvoirs à l'organisation, a rendu possible la commission du fait illicite. L'ancienne formulation présentait cependant le défaut de ne pas protéger la position de l'Etat qui transfère de bonne foi des compétences à une organisation internationale dans des secteurs où il est lié par des obligations internationales.[1104] La formulation retenue se réfère davantage à la volonté de l'Etat de se soustraire délibérément à ses obligations en transférant certains pouvoirs à une organisation internationale : l'intitulé de l'article évoque l'Etat qui « cherche à se soustraire », le texte de la disposition l'Etat qui « vise à se soustraire » à ses obligations.[1105]

Cette volonté est dans la plupart des cas difficile à prouver. Outre qu'il est toujours difficile de rechercher les intentions réelles d'un Etat, cette volonté est, dans ce cas, souvent

[1104] Raphaëlle RIVIER (dir.), *Travaux de la Commission du droit international et de la Sixième Commission*, AFDI 2009, p. 545

[1105] Dans ce sens, Karl Zemanek a écrit que « *States should be prevented from creating an artifice with the intention of avoiding consequences which they would have to bear were they to carry out the activity, which they have assigned to the international organization, individually*. » AIDI, 1995, vol. 66-I, p. 329

inexistante. Ainsi, dans les précédents auxquels s'est référé la commission, le ou les Etats mis en cause n'avaient, en créant une organisation donnée ou en lui transférant des pouvoirs, aucune intention d'échapper à leur responsabilité internationale dans ces domaines particuliers, voire n'étaient même pas, à ce moment-là, conscients du problème. En effet, même si l'article 60 indique que la responsabilité de l'Etat trouve son origine dans le fait que l'Etat « se prévale » de la compétence de l'organisation dans le domaine considéré, l'origine première réside dans le transfert de compétences lui-même. L'Etat n'a, en principe, plus d'influence sur le partage de compétences au moment ou sa responsabilité est mise en cause. Le commentaire de l'article 60 vient cependant en nuancer la formulation, voire le contredit, dans la mesure où il indique que « l'existence d'une intention précise de se soustraire à une obligation internationale n'est pas nécessaire. » Une intention de se soustraire à une obligation internationale semble cependant exigée, même si elle peut n'être que générale.

Il est vrai que l'ancienne formulation n'est également pas entièrement exempte de référence à des intentions délibérées de l'Etat. Pour que sa responsabilité internationale puisse être engagée, il aurait fallu que l'Etat « évite » de se conformer à ses obligations internationales « en transférant » certains pouvoirs à l'organisation, ce qui laissait entendre que le transfert de pouvoirs, voire la création de l'organisation, n'avait pour seul fonction que de lui permettre d'échapper à ses obligations. La création délibérée d'une organisation internationale par des Etats dans le seul but de contourner leurs obligations internationales est cependant tout à fait envisageable, et doit être prise en compte. Cette hypothèse a été citée comme une illustration de cette disposition par le rapporteur spécial.

La formulation retenue par la CDI ne définit pas clairement la source de la responsabilité de l'Etat. Il est écrit que l'Etat, en se prévalant du fait que l'organisation est compétente dans le domaine considéré, incite l'organisation à commettre le fait illicite. Une interprétation possible est que l'acte commis par l'organisation est postérieur à la référence faite par l'Etat à la compétence de l'organisation, celle-ci étant sensée inciter l'organisation à commettre l'acte litigieux. Il est difficile d'imaginer qu'un Etat se prévale du fait que l'organisation est compétente dans un domaine précis, de manière abstraite et sans raison particulière, et alors même que le fait litigieux n'a pas encore été commis. Le fait de se prévaloir de la compétence de l'organisation ressemble plutôt à une défense que l'Etat pourrait opposer, une fois que le fait en question a été commis. En outre, on voit mal en quoi le fait que l'Etat souligne à un moment précis que l'organisation est compétente dans tel ou tel

domaine serait susceptible d'inciter l'organisation à commettre un fait « qui aurait constitué une violation » d'une obligation étatique dans ce domaine précis.

Une formulation plus claire aurait été bienvenue, et aurait pu être dérivée de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qui établit une comparaison plus objective entre les obligations de l'Etat et les compétences transférées à l'organisation. Les seuls exemples connus d'application de ce principe sont, par ailleurs, issus de la jurisprudence de cette juridiction, qui en a également produit la formulation la plus complète. Malgré l'absence de pratique ou de jurisprudence en-dehors de celle des organes de la Convention européenne des droits de l'homme, il semble que ce principe relève du droit international général. C'est, du moins, ce qui ressort de son adoption par la Commission du droit international et de l'avis des auteurs qui se sont penchés sur la question. Cette règle, au-delà des divergences sur sa formulation précise, peut du reste être considérée comme une application du principe de bonne foi, en ce qu'elle tire les conséquences de la tentative des Etat d'échapper à leurs obligations internationales en créant une organisation internationale. Il s'agit en outre de prévenir un détournement de l'institution de l'organisation internationale, dans la mesure où leur fonction est de développer la coopération internationale, et non de contourner le droit international. La possibilité que des membres d'une organisation soient responsables à raison du fait de cette organisation en application d'un principe tel que l'abus de droit a été souligné par l'Institut du droit international.[1106]

Il faut néanmoins souligner les conséquences des différences entre les formulations de la règle retenues par la Cour européenne des droits de l'homme et par la Commission du droit international sur sa portée. Ainsi, l'article 60 du projet de la CDI dispose que l'organisation doit avoir été incitée à commettre le fait illicite par l'Etat, ce qui peut être difficile à établir. La jurisprudence de la Cour européenne évite cet écueil en ne demandant pas que soit démontrée la volonté de l'Etat que l'organisation commette un fait qui aurait été illicite s'il l'avait commis lui-même ; elle se borne à constater que le fait de l'organisation est une conséquence de la négligence des Etats lors du transfert de compétences opéré à son profit. La jurisprudence de la Cour ne sanctionne pas une action délibérée, mais une omission ; elle tire les conséquences de l'absence de protection équivalente des droits dans le système de l'organisation mis en place par les Etats parties à la Convention, alors que l'article 60 du

[1106] Art. 5 b. de la résolution de 1995 sur les conséquences juridiques pour les Etats membres de l'inexécution par des organisations internationales de leurs obligations envers des tiers.

projet de la Commission vise un Etat qui cherche à se soustraire délibérément à ses obligations et qui incite l'organisation à commettre un fait particulier. Dans la jurisprudence de la Cour, l'organisation ne doit pas être incitée à commettre un fait précis ; le fait portant atteinte aux droits garantis par la Convention est simplement une conséquence du manque de diligence des Etats parties.

Le rapporteur spécial cite comme illustration le cas d'États liés par le Traité sur la non-prolifération nucléaire, qui pourraient être tenus responsables s'ils créaient une organisation internationale qui acquerrait ou mettrait au point des armes nucléaires.[1107] C'est un cas qui serait assurément dans le cadre de ce principe, mais l'hypothèse d'Etats qui créent délibérément une organisation internationale dans le seul but de contourner leurs obligations internationales est peu probable, et représenterait en tout cas une faible proportion des cas qui pourraient être appréhendés par cette règle. Par ailleurs, dans les cas de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, aucune des organisations internationales dont certains actes étaient à l'origine des affaires n'a été créée dans le but de se soustraire à leurs obligations internationales découlant de la Convention. L'intérêt de cette règle est justement de prendre en compte des conséquences dommageables, et souvent imprévues, de l'activité normale des Etats lorsqu'ils choisissent de mettre des compétences en commun, afin que les tiers ne soient pas lésés de ce fait. Que le fait soit contraire aux obligations de l'organisation ou non est indifférent, dans les termes du rapporteur spécial, si « la pertinence pratique de ce cas de figure dépend de ce que l'organisation internationale n'est pas liée par l'obligation, cela n'est certainement pas une condition indispensable.»[1108] Il n'est donc pas nécessaire de se prononcer sur la licéité de ses actes.

§3 La responsabilité conjointe entre l'organisation et les Etats : les accords mixtes

Les accords mixtes se caractérisent par l'engagement parallèle de l'organisation internationale et de ses Etats membres.[1109] S'ils concernent donc par définition toutes les organisations internationales, l'Union européenne a particulièrement développé cette pratique.

[1107] CDI, 4ème rapport, addendum, p. 8

[1108] 4ème rapport, addendum, p. 11

[1109] Pierre KLEIN, *op. cit.*, p. 453

Les accords mixtes sont des traités portant sur des matières relevant des compétences tant de l'organisation que des Etats membres, nécessitant donc leur participation conjointe.[1110]

Certains accords relevant de la compétence concurrente de l'Union européenne et des Etats membres se traduisent par leur engagement pour l'accord dans son ensemble. Ils apparaissent comme un « ensemble composite » comprenant la l'UE et les Etats, et peuvent être mis en cause ensemble. Dans ce cas, une violation de l'accord aura pour conséquence la responsabilité conjointe de l'Union et des Etats. Dans le cas de ces accords mixtes, l'organisation et les Etats forment une partie contractante unique[1111] ; l'imputabilité concerne l'Union et les Etats membres [1112], et engage leur responsabilité conjointe. La répartition des compétences interne à l'Union n'est pas opposable aux Etats non-membres parties à l'accord en ce qui concerne l'engagement de la responsabilité. L'Union et ses membres peuvent cependant choisir de constituer une partie unique au différend ou désigner le sujet compétent. Si la partie désignée – par exemple un Etat membre – ne s'acquitte pas de son obligation de réparer, l'Etat non-membre partie à l'accord mixte peut invoquer la responsabilité subsidiaire du sujet conjointement responsable.[1113]

La responsabilité conjointe n'est ici pas une exception au principe général étudié *supra*, dans la mesure où elle n'est que la conséquence nécessaire de l'engagement conjoint de la Communauté et de ses Etats membres. La CJCE a jugé, que les accords de Lomé « liant la Communauté et ses États membres d'une part et les États ACP d'autre part, (…) la Communauté et ses États membres, en tant que partenaires des États ACP, sont conjointement responsables à l' égard de ces derniers États de l'exécution de toute obligation résultant des engagements souscrits ».[1114]

[1110] Eleftheria NEFRAMI observe que « [l]a Communauté et ses Etats membres constituent, à l'égard de leurs cocontractants, un ensemble communautaire dont les deux composantes, Communauté-Etats membres, agissent de façon complémentaire. » Eleftheria NEFRAMI, *Les accords mixtes de la Communauté européenne : aspects communautaires et internationaux*, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 17

[1111] Pierre KLEIN, *op. cit.*, p. 454

[1112] Eleftheria NEFRAMI, *op. cit.*, p. 534

[1113] *Ibid.*, pp. 541-543

[1114] CJUE, *Parlement c. Conseil*, arrêt du 2 mars 1994, C-316/91, *Rec.*1994, p. I-660 et 661, pt 29

À la différence de l'hypothèse précédente, l'accord lie, outre l'ensemble communautaire, la Communauté et ses Etats membres pris séparément. Dans ce cas, la répartition des compétences entre la Communauté et ses membres est opposable aux Etats non-membres parties à l'accord si elle a été notifiée aux Etats non-membres parties au traité.

La notification de la répartition des compétences entre la Communauté et ses Etats membres a été exigée par les Etats non-membres lors de la négociation de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, afin de pouvoir déterminer l'identité du responsable de la violation éventuelle d'une disposition de la Convention.[1115] Ils peuvent également demander des précisions sur la répartition des compétences dans un cas précis ; en cas d'absence de réponse ou de réponses contradictoires, « l'organisation et les Etats membres concernés (…) sont tenus pour conjointement et solidairement responsables. »[1116] Cette solution est justifiée par le fait que la répartition interne des compétences prévue par les règles de l'organisation est *res inter alios acta* pour les Etats non-membres.

L'organisation doit également informer les autres parties de toute modification ultérieure de la répartition des compétences. Ces exigences ont été reprises dans de nombreuses conventions ouvertes à la participation d'organisations internationales. La répartition des compétences telle qu'elle a été notifiée aux Etats non-membres leur est opposable.[1117] L'organisation doit donc veiller à ce que la déclaration corresponde au partage effectif des compétences réalisé en son sein, ce qui peut présenter des difficultés compte tenu de l'évolution de cette répartition, ainsi que du flou pouvant l'entourer.

L'organisation et les Etats membres ne sont, dans ce cas, responsables qu'à raison de violations des obligations qui relèvent de leurs compétences.[1118] La responsabilité des Etats membres ne peut être mise en cause à raison d'actes de la Communauté en violation de l'accord mixte, lorsque la violation porte sur des dispositions relevant de la compétence communautaire.[1119] Ainsi, la Communauté est responsable des violations de dispositions d'un

[1115] Pierre KLEIN, *op. cit.*, p. 457

[1116] Article 6, §2, de l'Annexe IX de la Convention

[1117] Stefan TALMON, "Responsibility of international organizations: does the European Community require special treatment?", in Maurizio RAGAZZI (ed.), *International responsibility today, Essays in Memory of Oscar Schachter*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2005, p. 418

[1118] *Ibid.*

[1119] Eleftheria NEFRAMI, *op. cit.*, p. 571

accord mixte qui relèvent de son domaine de compétence, indépendamment de l'origine du comportement ayant mené à la violation. Celle-ci peut avoir été provoquée par un Etat membre, mais la responsabilité sera attribuée à l'organisation. Les Etats membres restent, par ailleurs, seuls responsables des violations d'un accord mixte dans un domaine relevant de leur compétence et à raison d'un comportement qui leur est imputable.

Cette règle ne vaut cependant que tant que les tiers sont suffisamment et précisément informés de la répartition des compétences entre l'organisation et ses membres. A défaut, et dans le but de protéger les Etats non-membres parties à l'accord, l'organisation et ses membres supportent la responsabilité conjointe de l'ensemble de l'accord.[1120] En effet, les règles de l'organisation, notamment celles relatives au partage des compétences entre les Etats et l'organisation, ne sont en principe pas opposables aux tiers. Une organisation internationale ne peut invoquer les règles de l'organisation pour justifier l'inexécution d'un traité auquel elle est partie.[1121] Par ailleurs, les Etats non-membres parties à un traité avec une organisation internationale ne doivent pas avoir à se pencher sur la question de la répartition des compétences à l'intérieur de l'organisation afin de déterminer l'étendue de sa responsabilité.[1122] Lorsqu'une organisation devient partie à un traité, elle est liée par l'ensemble de se dispositions, indépendamment de l'étendue de ses compétences.[1123]

Il existerait également une responsabilité subsidiaire mutuelle entre l'organisation et ses membres dans le cas de ce type d'accords mixtes. En effet, l'organisation et ses membres assument les obligations de l'accord dans leur ensemble, certes dans la mesure des compétences de chacun, mais pas uniquement pour les dispositions qui relevaient de leurs compétences lors de la conclusion de l'accord. La « garantie implicite » à la base de la responsabilité subsidiaire peut être déduite de leur engagement complémentaire.[1124]

Cette solution a été confirmée par la Commission du droit international dans la disposition concernant le cas de pluralité d'Etats ou d'organisations internationales responsables. L'article 47 du projet sur la responsabilité des organisations internationales

[1120] Pierre KLEIN, *op. cit.*, p. 460

[1121] Article 27, al. 2 de la Convention de Vienne sur le droit des traités entre Etats et organisations internationales et entre organisations internationales

[1122] Stefan TALMON, *op. cit.*, p. 416

[1123] *Ibid.*

[1124] Eleftheria NEFRAMI, *op. cit.*, p. 583

dispose que « [l]orsqu'une organisation internationale et un ou plusieurs États ou une ou plusieurs autres organisations internationales sont responsables du même fait internationalement illicite, la responsabilité de chaque État ou organisation internationale peut être invoquée par rapport à ce fait. » Cependant, si l'invocation de la responsabilité principale d'une des parties n'a pas abouti à une réparation, l'Etat ou l'organisation victime du fait illicite peut invoquer la responsabilité subsidiaire des autres parties.

Conclusion du Titre 1

La personnalité distincte de l'organisation garantit sa capacité à être responsable à raison de comportements qui lui sont attribuables. Les organisations internationales sont en principe seules responsables des faits illicites qui leur sont attribuables, en l'absence de toute responsabilité subsidiaire des Etats membres, sauf dans l'hypothèse où elle est expressément prévue par le traité constitutif de l'organisation ou acceptée par les Etats membres.

Cette absence de responsabilité des Etats membres à raison des faits de l'organisation est atténuée dans certains cas. Ainsi, la responsabilité de certains ou de l'ensemble des Etats membres peut être engagée dans les cas où l'organisation ne bénéficie d'aucune véritable autonomie envers eux. La responsabilité directe des Etats membres a également été mise en cause par des Etats tiers dans l'hypothèse où ces derniers s'estimaient lésés par le fait d'une organisation internationale qu'ils n'avaient pas reconnue et dont ils estimaient la personnalité internationale inopposable à leur égard. La pratique relative à ce sujet n'est guère concluante, même si une tendance se dégage en doctrine pour reconnaître aux organisations internationales une personnalité internationale opposable aux tiers. L'absence de responsabilité subsidiaire des Etats membres est plus sûrement atténuée par les obligations financières des Etats envers l'organisation. Les tiers ne peuvent se fonder sur les dispositions du traité constitutif de l'organisation, mais cette obligation de contribuer aux dépenses de l'organisation permet en principe d'arriver à une solution concrète permettant la réparation des tiers lésés, comme dans l'affaire du Conseil international de l'Etain. Les Etats membres d'une organisation internationale peuvent également voir leur responsabilité engagée en raison de faits imputables à l'organisation s'ils ont utilisé la personnalité internationale de cette dernière. Cette hypothèse, apparue dans le cadre de la jurisprudence de la Cour

européenne des droits de l'homme, paraît cependant difficilement transposable au droit international général.

Après avoir posé la portée du principe général de responsabilité en raison de faits imputables à une organisation internationale, il reste à définir les conditions d'imputabilité d'un comportement donné. Par ailleurs, comme les organisations internationales agissent souvent par le moyen de leurs Etats membres ou d'organes de ces derniers, la détermination des comportements qui leur sont imputables passe nécessairement par l'éclaircissement du partage des responsabilités entre l'organisation et ses Etats membres.

Titre 2. La détermination de la responsabilité de l'organisation internationale à raison d'un fait illicite

A l'instar de la question de la responsabilité de l'Etat à raison du fait de l'organisation, la détermination de la responsabilité d'une organisation internationale reflète les rapports complexes existant entre une organisation et ses membres. En effet, les organisations internationales agissent souvent en ayant recours aux Etats membres ou à leurs organes, ce qui conduit à des difficultés dans la détermination de leurs responsabilités respectives. C'est en particulier le cas des opérations de maintien de la paix des Nations Unies ou des opérations menées sur l'autorisation ou sous la direction d'une organisation internationale. Ces opérations se caractérisent par leur grande complexité. Néanmoins, si leurs structures et leur organisations sont diverses, les règles relatives à l'imputabilité du comportement se fondent sur certains principes clairs, issus du droit de la responsabilité des Etats. Le principe du contrôle sur le comportement litigieux ou sur l'organe ou le sujet l'ayant adopté s'impose dans la pratique internationale, même si sa portée fait l'objet de divergences.

La portée du contrôle, et donc de l'imputabilité, dépend des modalités d'action de l'organisation. Une organisation internationale peut agir par le biais de ses propres organes ou en se servant de ceux que les Etats membres mettent à leur disposition ; elle peut également agir de manière indirecte, en demandant à ses membres d'adopter un comportement donné.

La responsabilité de l'organisation internationale se place sur des plans distincts, selon son mode d'activité et le degré d'implication des Etats membres. Un premier cas est relatif à l'imputabilité du comportement des agents et organes des organisations internationales, ainsi que des organes mis à leur disposition (chapitre 1). Le second cas concerne l'attribution de la responsabilité à raison du comportement d'Etats membres d'une organisation internationale, agissant en application d'une autorisation ou d'une décision de celle-ci. Dans cette dernière hypothèse l'Etat agit en tant qu'unité, comme un sujet de droit international distinct ; le comportement lui est attribuable, il demeure un fait de l'Etat tel que défini en vertu des principes exposés dans la première partie. La responsabilité à raison de ce fait est néanmoins susceptible d'être attribuée à l'organisation qui est à son initiative (chapitre 2).

Chapitre 1. L'imputabilité du comportement des agents et organes de l'organisation, ainsi que des organes mis à sa disposition

L'article 4 du projet de la CDI sur la responsabilité des organisations internationales dispose qu'il y a fait internationalement illicite d'une organisation internationale lorsqu'un comportement « est attribuable à l'organisation internationale en vertu du droit international » et constitue une violation de ses obligations internationales. L'étude des conditions auxquelles un comportement est attribuable à une organisation internationale fait l'objet de ce chapitre.

Comme les Etats, les organisations internationales agissent par le moyen de leurs organes et agents. La détermination des personnes dont le comportement est susceptible d'engager la responsabilité internationale de l'organisation révèle toutefois certaines particularités des organisations internationales. Celles-ci transparaissent tant dans la définition des personnes susceptibles de les engager car faisant partie de leur « appareil » que dans leur recours à des organes que les Etats membres mettent à leur disposition, particulièrement fréquent dans le cas de l'utilisation de moyens militaires par l'Organisation des Nations Unies dans le cadres des opérations de maintien de la paix.[1125] Dans ce dernier cas, les organes étatiques mis à disposition de l'organisation sont en général purement et simplement assimilés à des organes de l'organisation, mais la réalité est plus complexe. Les organes « prêtés » se trouvent dans un équilibre fragile entre l'organisation et l'Etat dont ils relèvent. Ils sont néanmoins un moyen d'action de l'organisation, leur comportement lui est en principe attribuable ; une action ou omission d'un organe mis à disposition est un fait propre de l'organisation bénéficiaire.

[1125] Une organisation internationale peut également bénéficier de la mise à disposition d'agents ou d'organes d'une autre organisation internationale. L'article 6 du projet de la CDI sur la responsabilité des organisations internationales vise les deux hypothèses. Ce chapitre n'évoquera toutefois que la mise à disposition d'organes d'un Etat à une organisation internationale, cette hypothèse étant de loin la plus fréquente et celle entraînant le plus de questions de principes. Cela évite en outre d'alourdir le propos. Les solutions dégagées concernent cependant tant les organes mis à disposition par un Etat que par une autre organisation internationale.

La volonté, manifestée par la Commission du droit international, de s'inspirer du précédent sur la responsabilité de l'Etat, se heurte aux spécificités des organisations internationales, notamment leur relation étroite avec les Etats membres. La détermination des agents et organes de l'organisation se caractérise par un important pragmatisme. De manière générale, la pratique, notamment en relation avec les activités de l'Organisation des Nations Unies, a joué un rôle essentiel dans l'apparition et la consolidation des principes régissant ce domaine.

Si tant les actes et omissions des agents et organes de l'organisation que ceux des organes étatiques mis à sa disposition lui sont en principe attribuables, leurs régimes juridiques présentent chacun certains traits caractéristiques. Une distinction doit en conséquence être faite entre les agents et organes de l'organisation au sens strict, qui dépendent exclusivement de l'organisation (s. 1) et les organes d'Etats mis à disposition de l'organisation (s.2).

s. 1 L'imputabilité à l'organisation des faits de ses organes et agents

Le comportement des agents et organes de l'organisation lui est attribuable s'ils ont agi en cette qualité. La question de la définition des agents et organes de l'organisation (§1) précède donc celle de l'action en cette qualité, et notamment de l'imputabilité du comportement *ultra vires* (§2)

§1 La définition de l'organe et de l'agent de l'organisation internationale

Le projet de la CDI sur la responsabilité des organisations internationales s'inspire largement du projet sur la responsabilité des Etats sur les points où ce parallèle est possible. L'article 5 du projet sur la responsabilité des organisations internationales correspond à l'article 4 du projet sur la responsabilité des Etats, et dispose que

« le comportement d'un organe ou agent d'une organisation internationale dans l'exercice des fonctions de cet organe ou agent est considéré comme un fait de cette organisation d'après le droit international. »

Cependant, la portée de cette disposition est plus large que l'article 4 sur la responsabilité étatique. En effet, la notion d'agent ne se limite pas aux personnes ayant ce statut d'après les règles de l'organisation, mais inclut les « fonctionnaires et autres personnes ou entités par l'intermédiaire desquelles l'organisation agit. »[1126] L'article 5 du projet recouvre également le cas des agents ou organes d'un Etat ou d'une autre organisation internationale entièrement détachés auprès de l'organisation.[1127]

Si l'article 4 du projet sur la responsabilité des Etats vise également les organes *de jure* et *de facto*, il ne concerne pas les agents *de facto*, qui font notamment l'objet de l'article 8 de ce projet. Il n'existe pas d'équivalent de cette disposition dans le projet sur la responsabilité des organisations internationales. L'article 5 du projet sur la responsabilité des organisations internationales englobe tous les organes et agents de l'organisation.[1128] La distinction entre organes et agents n'est pas pertinente aux fins de l'attribution d'un comportement à une organisation internationale ; les actes des organes comme des agents accomplis dans l'exercice de leurs fonctions sont imputables à l'organisation.[1129]

Les agents sont définis par l'article 2 du projet comme toutes les personnes par l'intermédiaire desquelles l'organisation agit. Cette définition comprend les agents *de jure*, c'est-à-dire possédant ce statut d'après les règles de l'organisation, mais également les agents de fait, agissant sous le « contrôle, les instructions ou les directives » de l'organisation.[1130] Sont attribuables à l'organisation tous les actes commis par ses organes, mais également par toute personne ou groupe soumis à un « degré de contrôle, même informel ».[1131] L'imputabilité d'un acte à une organisation internationale doit être fondée sur les rapports de

[1126] Article 2, CDI, Rapport sur la 61ème session, doc. A/64/10

[1127] CDI, Rapport sur la 61ème session, doc. A/64/10, p. 64

[1128] V. dans ce sens Pierre KLEIN, *op. cit.*, p. 383

[1129] CDI, Rapport sur la 61ème session, doc. A/64/10, p. 62

[1130] *Ibid.*, p. 50, §10

[1131] Pierre KLEIN, Philippe SANDS, *op. cit.*, n°15-101

fait entre l'organisation et l'auteur matériel du fait, et plus particulièrement sur le contrôle exercé par l'organisation sur ses activités.[1132]

L'agent d'une organisation internationale a été défini comme toute personne qui dépend en dernier ressort d'un organe statutaire, dont l'activité est dirigée par les instructions et placée sous le contrôle de cet organe.[1133] Au contraire, d'après certains auteurs, comme le professeur Perez Gonzalez, qui s'inspire des règles relatives à l'imputabilité d'un fait illicite à l'Etat, il existe une différence entre organe et agent. Un organe de l'organisation est déterminé par les règles de l'organisation, comme un organe de l'Etat doit avoir ce statut d'après le droit interne de cet Etat. Cette approche n'englobe que les organes *de jure*, alors que l'agent de l'organisation, défini comme se trouvant sous la direction et le contrôle d'un organe statutaire, comprend l'agent *de facto*.[1134] Il semble que cette distinction n'ait qu'un intérêt descriptif, les « organes » étant souvent désignés ainsi par les règles de l'organisation, alors que les personnes agissant en fait pour le compte de l'organisation ont tendance à être désignées comme des « agents » de fait. Cependant, l'expression « organes et agents » retenue par la Commission du droit international vise simplement à englober toutes les personnes par l'intermédiaire desquelles l'organisation agit, quel que soit leur statut d'après les règles de l'organisation.

La Commission du droit international est restée dans la droite ligne de la jurisprudence de la Cour Internationale de Justice, dont elle s'inspire directement. En effet, celle-ci, dans son Avis consultatif du 11 avril 1949, a défini les agents de l'ONU comme « quiconque, fonctionnaire rémunéré ou non, employé à titre permanent ou non, a été chargé par un organe de l'Organisation d'exercer, ou d'aider à exercer, l'une des fonctions de celle-ci, bref, toute personne par qui l'organisation agit. »[1135] Cette définition englobe explicitement les agents *de facto*. Pour être qualifiée d'agent de fait de l'organisation, une personne doit avoir été chargée d'exercer des fonctions de l'organisation, même de manière ponctuelle. Les instructions issues par un organe de l'organisation sont le critère essentiel permettant de définir un agent de fait de l'organisation. Ce cas est équivalent à celui de l'article 8 du projet sur la

[1132] Pierre KLEIN, *op. cit.*, p. 378

[1133] Jean-Pierre RITTER, « La protection diplomatique à l'égard d'une organisation internationale », *AFDI* 1962, p. 441

[1134] Manuel PEREZ GONZALEZ, *op. cit.*, p. 82

[1135] CIJ, *Réparations des dommages subis au service des Nations Unies,* Avis consultatif du 11 avril 1949, Rec. p. 177

responsabilité de l'Etat. L'hypothèse du particulier agissant suivant les instructions de l'organisation tombe dans le cadre général des « organes et agents » de l'organisation.

Ainsi un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme, en tant qu'expert en mission, est également un agent de l'organisation, du fait qu'une mission lui a été confiée par l'organisation.[1136] Les agents temporaires, ainsi que le personnel recruté localement pour des tâches subalternes, sont également des organes de l'organisation aux fins de l'attribution.[1137]

Le comportement d'un organe ou d'un agent de l'organisation lui est attribuable, que ceux-ci soient ou non ainsi désignés par le « droit interne » de l'organisation.[1138] Il y a ici un parallèle avec article 4 du projet d'articles de la CDI sur la responsabilité des Etats, d'après lequel le droit interne ne donne pas nécessairement une définition exhaustive des organes de l'Etat. Dans le cas des organisations internationales, l'expression organes et agents englobe toutes les personnes ayant ce statut au sein de l'organisation, mais ne s'y limite pas, et comprend également les personnes qui agissent pour le compte de l'organisation.[1139] Dans son deuxième rapport sur la responsabilité des organisations internationales, le rapporteur spécial Giorgio Gaja avait proposé de définir les organes et agents de l'organisation comme les personnes ainsi désignées par les règles de l'organisation. Bien que la définition de « règles de l'organisation » retenue ait été très large, cette approche n'en aurait pas moins été trop restrictive et formaliste. Elle aurait, en outre, conduit à certaines difficultés pour identifier les agents de l'organisation, car cela aurait nécessité de se pencher sur les règles de chaque organisation. La formulation retenue est plus heureuse, dans la mesure où elle relève d'une approche pragmatique qui permet de prendre en compte toutes les personnes par l'intermédiaire desquelles l'organisation agit.

Le comportement d'un agent ou d'un organe de l'organisation lui est attribuable s'il a été accompli dans l'exercice de ses fonctions. Les fonctions de l'organe de l'organisation sont

---

[1136] CIJ, *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, pp. 83 et 88-89

[1137] Christian DOMINICE, « La responsabilité des Nations Unies », in Jean-Pierre COT, Alain PELLET, Mathias FORTEAU (dir.), *La Charte des Nations Unies, Commentaire article par article*, Paris, Economica, 3ème éd., 2005, p. 146

[1138] CDI, Rapport sur la 61ème session, doc. A/64/10p. 49§5

[1139] *Ibid.*, p. 61

définies d'après les règles de l'organisation, c'est-à-dire son « droit interne » ; cette expression comprend son acte constitutif, le droit dérivé ainsi que la pratique généralement acceptée.[1140] D'après l'article 2 b) du projet de la CDI, « l'expression «règles de l'organisation» s'entend notamment des actes constitutifs, des décisions, résolutions et autres actes de l'organisation adoptés conformément aux actes constitutifs, ainsi que de la pratique bien établie de l'organisation. » L'expression « règles de l'organisation » donne un poids important à la pratique[1141], et permet de réaliser un équilibre entre les règles formellement acceptées par les Etats membres et la pratique ultérieure de l'organisation.[1142] Elle donne une large place aux besoins propres de l'organisation dans le cadre du développement de ses activités, et prend en compte son fonctionnement effectif.

Dans son Avis consultatif portant sur *la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies*[1143], la Cour internationale de Justice a précisé que l'agent n'est pas essentiellement défini par sa situation administrative, mais par la nature de sa mission. Cet avis portait sur la détermination des immunités, mais la constatation vaut pour la définition de l'agent de l'organisation en général. Les organisations internationales ont en effet été amenées « à confier des missions de plus en plus variées à des personnes n'ayant pas la qualité de fonctionnaires de l'Organisation », ce qui justifie une approche pragmatique capable d'appréhender concrètement tous les faits de l'organisation, c'est-à-dire ceux commis par les personnes agissant de fait pour son compte ou en son nom.[1144] Cette définition de l'agent vaut pour toutes les organisations internationales, d'après la Commission du droit international, qui reprend entièrement à son compte l'approche retenue par la Cour internationale de Justice. Les agents de l'organisation, dont le comportement est susceptible d'engager sa responsabilité internationale, regroupent les personnes ayant ce statut d'après les règles de l'organisation « mais aussi d'autres personnes exerçant pour le compte de l'Organisation des Nations Unies des fonctions que leur a assignées un organe de celle-ci. »[1145] La notion d'agent de

[1140] Robert KOLB, Gabriele PORRETTO, Sylvain VITE, *op. cit.*, p. 326

[1141] CDI, Rapport sur la 61ème session, doc. A/64/10, p. 51

[1142] CDI, Deuxième rapport sur la responsabilité des organisations internationales, présenté par le rapporteur spécial Giorgio Gaja, 2004, doc. A/CN.4/541, p. 12

[1143] CIJ, *Applicabilité de la section 22 de l'article VI de la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies*, Avis consultatif du 15 décembre 1989, Rec. 1989, p. 177

[1144] Christian DOMINICE, « La responsabilité des Nations Unies », *op. cit.*, p. 147

[1145] CDI, Rapport sur la 61ème session, doc. A/64/10, p. 61

l'organisation ne comprend pas uniquement des personnes physiques, mais également les « entités » par l'intermédiaire desquelles l'organisation agit.[1146]

La Cour, puis la Commission ont adopté une définition très large de l'agent d'une Organisation internationale, englobant les personnes ayant le statut de fonctionnaires de l'Organisation, mais aussi celles qui agissent, en dehors de lien statutaire, « pour son compte ». Le professeur Gaja souligne qu'il est superflu, dans le cas des organisations internationales, de reprendre les dispositions des articles 5 (personnes exerçant des prérogatives de puissance publique) et 8 (personnes agissant en fait pour le compte de l'Etat), ces hypothèses étant déjà couvertes par l'article 4.

Les organisations internationales peuvent, en outre, avoir recours aux services de personnes privées pour l'exécution de tâches opérationnelles. D'après l'*International Law Association*, le lien contractuel avec l'organisation ne les transformerait pas en agents de l'organisation.[1147] Les actes d'une personne privée peuvent cependant engager la responsabilité d'une organisation internationale en application de la règle générale codifiée par l'article 4 du projet d'articles, c'est-à-dire si elle est soumise à son autorité ou agit en suivant ses instructions. Elle deviendrait de ce fait un agent de l'organisation.[1148]

§2 L'imputabilité du comportement *ultra vires* des organes et agents de l'organisation

[1146] *Ibid.*, p. 52

[1147] ILA, Final Report, p. 38

[1148] A ce sujet, dans le cadre de la collaboration entre une organisation internationale et une organisation non-gouvernementale, José Joaquin CAICEDO estime que « l'attribution des actes des ONG à l'organisation internationale (…) dépend de l'autorité exercée par l'organisation sur l'ONG dans la conduite des actions que cette dernière mène grâce à l'assistance de l'organisation. » José Joaquin CAICEDO, *La répartition de la responsabilité internationale entre l'organisation internationale et les Etats membres,* Thèse soutenue le 24 janvier 2005, Paris I Panthéon-Sorbonne, p. 119

L'imputabilité à une organisation internationale du comportement *ultra vires* de ses organes a été traitée à l'article 7 du projet, dont la formulation[1149] est quasiment identique, *mutatis mutandis,* à celle de l'article 7 du projet sur la responsabilité des Etats.[1150] [1151]

Un comportement *ultra vires* peut prendre deux formes distinctes, celle d'un agent agissant contrairement aux instructions reçues, en-dehors de ses compétences, dans l'exécution d'une décision adoptée de manière régulière par l'organisation, ainsi que celle d'un organe adoptant une décision pour laquelle il n'est pas compétent, ou en violation de la procédure.

Ce comportement doit être considéré comme un fait de l'organisation dans les deux cas.[1152] Dans les deux cas, le comportement en cause peut aller au-delà des règles de l'organisation[1153] ; les organisations internationales étant soumises au principe de spécialité, contrairement aux Etats qui possèdent la plénitude des compétences. Un comportement de l'organisation allant au-delà de ses compétences, définies par son acte constitutif, lui est également attribuable.

L'International Law Association, dans le rapport de la conférence de Berlin en 2004, a, de même, suggéré que

« *[t]he conduct of organs, officials, or agents of an IO shall be considered an act of that IO under international law if the organ, official, or agent was acting in its official capacity, even if that conduct exceeds the authority granted or contravenes instructions given (ultra vires).* »

[1149] Cet article dispose que « le comportement d'un organe ou agent d'une organisation internationale est considéré comme un fait de l'organisation d'après le droit international si cet organe ou agent agit en cette qualité, même s'il outrepasse sa compétence ou contrevient à ses instructions. »

[1150] Les principes gouvernant l'attribution d'un acte *ultra vires* d'agents ou d'organes d'une organisation internationale sont identiques à ceux concernant les Etats. V. José Joaquin CAICEDO, *op. cit.*, p. 130

[1151] Dans le même sens, rapport final de l'ILA, p. 28. V. également Toshiya UEKI, "Responsibility of International Organisations and the Role of the International Court of Justice", in N. Ando et al. (Eds), *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda*, Kluwer Law International, La Haye, Londres, New York, 2002, Volume 1, p. 237

[1152] Pierre KLEIN, *op. cit.*, p. 389

[1153] CDI, Rapport sur la 61ème session, doc. A/64/10, p. 72

Le comportement d'un organe ou d'un agent est imputable à l'organisation même s'il outrepasse sa compétence ou contrevient à ses instructions, à condition qu'il ait agi en cette qualité.[1154] Un comportement adopté à titre privé, par un particulier qui se trouve être un agent de l'organisation, n'est pas attribuable à cette dernière.[1155] Le comportement d'un agent ne présentant aucun rapport avec sa fonction n'engage pas l'organisation.[1156] Un « lien étroit » doit exister entre les fonctions de l'organe ou de l'agent et son comportement.[1157] Comme dans le cas de la responsabilité étatique, l'imputation des comportements *ultra vires* s'explique par le fait qu'ils sont adoptés « à l'occasion ou sous le couvert des fonctions officielles »[1158], dans le cadre apparent des compétences (« *within the scope of apparent authority* ») de l'organe ou de l'agent[1159], grâce à l'autorité que l'organisation leur a conférée.

L'article 7 du projet sur la responsabilité des organisations internationales dispose qu'est attribuable à l'organisation le comportement *ultra vires* de ses organes et agents. L' « agent de l'organisation » comprenant toute personne à travers laquelle l'organisation agit, cette disposition inclut également les agents *de facto* de l'organisation. Cette conclusion est paradoxale, dans la mesure l'action *ultra vires* est définie comme l'action de l'agent qui outrepasse sa compétence, alors que l'agent *de facto* n'a précisément pas de « compétences » définies par le droit interne de l'organisation. L'agent *de facto* est défini comme toute personne agissant sous le contrôle, ou en suivant les instructions et directives, d'un organe. Son comportement est imputable à l'organisation dans l'hypothèse où il agit au-delà des instructions ou directives, ou à leur encontre, mais toujours en tant qu'agent de l'organisation. L'imputabilité dépend ici du caractère du comportement litigieux : il est imputable à l'organisation si l'agent a agi pour son compte, même en allant au-delà des instructions reçues, et non à titre privé.

L'ONU a accepté la responsabilité pour les actes *ultra vires* commis par des membres de forces de maintien de la paix, mais non pour ceux réalisés alors qu'ils n'étaient pas en

---

[1154] *Ibid.*, p. 59

[1155] Cf, *mutatis mutandis*, 1ère partie, titre 1, chapitre 1, section 2

[1156] Pierre KLEIN, *op. cit.*, p. 391

[1157] CDI, Rapport sur la 61ème session, doc. A/64/10, p. 60

[1158] Pierre KLEIN, p. 390 ; Christian DOMINICE, « La responsabilité des Nations Unies », *op. cit.*, p. 147

[1159] C.F. AMERASINGHE, *Principles…, op. cit.*, p. 401

service.[1160] La responsabilité de l'organisation ne peut naître que du comportement d'un membre d'une force adopté dans ses capacités « officielles ou opérationnelles », et non à titre privé, qu'il ait été en civil ou en uniforme ou qu'il se trouvait dans la zone d'opérations ou non au moment de la commission du fait illicite.[1161] Un comportement peut également avoir été adopté à titre privé pendant que le membre de la force se trouvait « en état d'alerte » s'il a néanmoins agi à titre individuel, indépendamment de l'accomplissement de tâches officielles.[1162]

Le comportement adopté par un agent de l'organisation en-dehors de tout lien avec ses fonctions peut également être attribué à celle-ci dans le cas où le droit des conflits armés est applicable.[1163] Dans ce cas, tous les actes sont attribuables, même ceux accomplis à titre privé. Le droit international humanitaire peut être applicable aux opérations de maintien de la paix de l'ONU si les conditions sont remplies. Ainsi, le cas qui a provoqué la réponse du service juridique des Nations Unies citée concernait la FINUL[1164], où le droit international humanitaire n'était pas applicable au moment du fait en question.

D'après les articles 3 de la quatrième convention de La Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre de 1907 et 91 du protocole additionnel I aux conventions de Genève de 1949, une partie à un conflit armé est responsable de tous les actes des personnes qui font partie de ses forces armées, également ceux commis sans aucun rapport avec leur fonction. La Cour internationale de Justice a jugé que cette règle relevait du droit international général, auquel les organisations internationales sont soumises comme les Etats. Par ailleurs, dans son arrêt sur l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo*, la Cour n'a pas limité l'application de ce principe aux Etats mais a évoqué toute « partie » à un conflit armé.[1165] Dans la mesure où une organisation internationale est susceptible d'être partie à un

---

[1160] *Liability of the United Nations for claims involving off-duty acts of members of peace-keeping forces – Determination of "off-duty" versus "on-duty" status*, AJNU 1986, p. 300

[1161]"*We consider the primary factor in determining an "off duty" situation to be whether the member of a peace-keeping mission was acting in a non-official/non-operational capacity when the incident occurred and not whether he/she was in military or civilian attire at the time of the incident or whether the incident occurred inside or outside the area of operations.*"*Ibid.*

[1162] *Ibid.*

[1163] *Cf. supra*, 1ère partie, Titre 1, ch. 1

[1164] Force intérimaire des Nations Unies au Liban

[1165] Cour internationale de Justice, *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, 19 décembre 2005, §214

conflit armé, le comportement de tout membre de « ses » forces armées lui est imputable.[1166] Une force armée d'une organisation internationale « *is bound to observe humanitarian laws of war and is entitled to protection under them.* »[1167] L'ONU est responsable d'éventuelles violations du droit international humanitaire commis par des troupes placées sous son commandement opérationnel.[1168] Dans le même sens, l'Institut du droit international a soutenu, dans sa résolution adoptée en 1971, que « [l]es règles de caractère humanitaire résultant du droit relatif aux conflits armés sont applicables de plein droit à 1'Organisation des Nations Unies et doivent être respectées en toutes circonstances par ses Forces dans les hostilités où celles-ci sont engagées. »[1169] L'applicabilité du droit international humanitaire aux forces des Nations Unies « lorsque ses membres sont engagés en tant que combattants dans des situations de conflit armé » a été confirmée par l'ONU.[1170]

Lors de la mise en place de l'ONUC[1171], l'organisation s'est engagée à ce que la Force des Nations Unies observe les « principes et l'esprit » des conventions applicables à la conduite de forces armées. Elle a reconnu sa responsabilité pour tous les actes dommageables qui ne relevaient pas de la nécessité militaire. La responsabilité de l'organisation s'étend, dans cette situation caractérisée par l'application du droit des conflits armés, au-delà du comportement *ultra vires*, pour englober tous les actes de membres de la force de maintien de la paix.

[1166] L'hypothèse la plus courante est celle des opérations de maintien de la paix de l'ONU. Si l'organisation dispose du contrôle effectif sur les forces engagées, elle devient titulaire des droits et obligations du droit international humanitaire (Robert KOLB, Gabriele PORRETTO, Sylvain VITE, *op. cit.*, p. 152).

[1167] Finn SEYERSTED, *United Nations Forces in the Law of Peace and War*, Leyden, Sijthoff, 1966, p. 176; v. également Umesh PALWANKAR, « Applicability of International Humanitarian Law to United Nations peace-keeping forces », *Revue international de la Croix-Rouge*, n°294, 1993, pp. 227-240; au contraire, Marten ZWANENBURG, *op. cit.*, p. 131, estime que cette règle d'imputation ne s'applique pas aux opérations de maintien de la paix, même si les forces de maintien de la paix sont tenues d'observer le droit international humanitaire (*ibid.* , p. 170)

[1168] Laurence BOISSON DE CHAZOURNES, Luigi CONDORELLI, « L'article premier commun aux Conventions de Genève revisité : protéger les intérêts collectifs », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, n°837

[1169] Institut du droit international, *Les conditions d'application des règles humanitaires relatives aux conflits armés aux hostilités dans lesquelles les Forces des Nations Unies peuvent être engagées*, résolution adoptée à la session de Zagreb, 1971

[1170] Doc A/51/389, §16

[1171] Opération des Nations Unies au Congo

Le département du maintien de la paix de l'ONU souligne que le droit international humanitaire fait partie du « cadre normatif » des opérations de maintien de la paix.[1172]

Le second cas concerne celui où le comportement de l'agent n'excède pas ses fonctions, mais applique conformément à ses compétences ou à ses instructions une décision adoptée *ultra vires* par un organe. L'imputabilité de l'acte à l'organisation doit être distinguée de sa validité au regard des règles de l'organisation. La question de la validité de l'acte n'a aucune influence sur son imputabilité. Comme l'a souligné le rapporteur spécial, « même considéré comme non valide, cet acte peut engager la responsabilité de l'organisation. »[1173] Cette solution découle de la protection des tiers[1174] ainsi que de la nécessité d'assurer l'effectivité de cette disposition. En effet, les actes adoptés *ultra vires* sont, en général, également invalides d'après le « droit interne » de l'organisation. Limiter l'imputabilité aux actes valides reviendrait à vider la règle énoncée à l'article 7 de sa substance. Le même souci qui a mené à la consécration de cette règle dans le droit de la responsabilité de l'Etat conserve toute sa pertinence dans le cas des organisations internationales.[1175] Les compétences des organes ne sont, par ailleurs, pas toujours clairement délimitées ; il est possible que le caractère *ultra vires* d'un fait donné n'apparaisse pas clairement à l'agent[1176], et *a fortiori* aux tiers, pour qui l' « économie interne » de l'organisation est de toute façon *res inter alios acta*.

Dans son avis consultatif concernant *Certaines dépenses des Nations Unies*, la Cour internationale de Justice a relevé que le fait qu'une dépense ait été engagée par un organe suite à une décision *ultra vires*, et donc non-conforme à l'économie interne de l'organisation, n'entraînait pas nécessairement qu'il ne s'agit pas d'une dépense de l'organisation. Un fait reste celui de l'organisation même s'il a été adopté en violation des dispositions régissant les compétences des organes de décision ou la procédure de décision.[1177] La Cour s'est cependant appuyée sur le fait que les résolutions étaient valides car elles entraient dans les fonctions de l'organisation. Celle-ci peut être liée par la décision d'un de ses organes, même pris *ultra*

[1172] Secrétariat des Nations Unies, département des opérations de maintien de la paix, *Opérations de maintien de la paix des Nations Unies, Principes et orientations (« doctrine fondamentale »)*, 2008, p. 15

[1173] CDI, Rapport sur la 61ème session, doc. A/64/10, p. 60

[1174] *Ibid.*

[1175] *Cf. supra*, 1ère partie, Titre 1, chapitre 1, s. 2

[1176] Pierre KLEIN, *op. cit.*, p. 392

[1177] CIJ, *Certaines dépenses des Nations Unies*, Avis consultatif du 20 juillet 1962, Rec. p. 151

vires.[1178] D'après l'opinion de plusieurs juges ayant voté en faveur de l'avis, la conclusion de la Cour sur la qualification de « dépenses de l'organisation » est indépendante de la validité des résolutions qui les ont ordonnées.[1179] De manière plus générale, d'après le juge Fitzmaurice, « des irrégularités internes ne sauraient affecter les engagements encourus définitivement par l'organisation ou en son nom, vis-à-vis de tiers ne faisant pas partie de l'organisation ».[1180] La validité de l'acte dépend de sa conformité aux buts de l'organisation internationale, cependant cela ne change rien au niveau de l'imputabilité. Pour la Commission du droit international, les considérations de principe qui ont conduit la Cour à conclure que les Nations Unies devaient supporter les charges résultant de décisions *ultra vires* de leurs organes « apparaissent plus puissantes encore lorsqu'il s'agit d'un comportement illicite, parce que refuser l'attribution du comportement peut priver les tierces parties de tout recours ».[1181]

L'organisation des Nations Unies est donc responsable du comportement d'une force armée qu'elle a mise en place, tant qu'elle en exerce le commandement et le contrôle opérationnel, et indépendamment de la validité des actes qui l'ont créée. Comme l'a souligné Finn Seyersted, « *[f]rom the point of view of international law it is generally the factual control which matters, irrespective of whether such control has been assumed in a constitutional or in an unconstitutional manner.* »[1182]

s. 2 L'imputabilité du comportement d'un organe mis à la disposition d'une organisation internationale

Les organisations internationales ne disposent que de ressources limitées, et doivent souvent compter sur l'action et l'assistance matérielle des Etats membres. Une organisation

[1178] Rec. p. 168

[1179] Opinion individuelle de Sir Percy Spender, Rec. p. 182 ; opinion individuelle du juge Morelli, Rec. p. 216. *Contra* : v. opinion dissidente du juge Bustamante.

[1180] Opinion individuelle de Sir Gerald Fitzmaurice, Rec. pp. 199-200

[1181] CDI, Rapport sur la 61ème session, doc. A/64/10, p. 74

[1182] Finn SEYERSTED, "United Nations Forces: some legal problems", *BYBIL*, vol. XXXVII, 1961, p. 474

peut agir par l'intermédiaire des Etats membres[1183], ou en utilisant des organes que les Etats membres mettent à leur disposition. Ce cas est fréquent dans la pratique internationale.

Les opérations de maintien de la paix de l'ONU sont une des principales illustrations de la pratique de la mise à disposition d'organes à une organisation internationale. Même s'il a parfois été écrit que les membres des contingents nationaux deviennent des agents de l'organisation[1184], ils agissent encore dans une certaine mesure en qualité d'organe de l'État d'envoi, et relèvent donc de l'hypothèse présentée par l'article 6 du projet de la CDI.[1185] Le cas d'un agent d'un Etat ou d'une organisation internationale qui est entièrement détaché auprès d'une autre organisation relève de l'article 5 ; il est considéré comme un agent de cette organisation.

L'attribution des actes d'un organe étatique mis à disposition d'une organisation ne dépend pas de l'appartenance, mais sous l'autorité de qui et pour le compte de qui les actes sont accomplis.[1186] La dépendance de l'activité par rapport à la finalité fonctionnelle de l'organisation devrait également être prise en compte.[1187] Cela paraît toutefois secondaire par rapport à l'autorité et contrôle de l'organisation.

Il est acquis depuis les premières opérations que l'Etat qui accueille une opération de maintien de la paix sur son territoire n'au aucun pouvoir envers elle et n'est pas responsable de ses actes.[1188] La question est de savoir qui, de l'Organisation ou des Etats qui mettent un organe à sa disposition, est responsable des faits illicites commis par cet organe.

La pratique et la jurisprudence internationales concernent principalement les opérations de maintien de la paix mises en place par l'Organisation des Nations Unies (§1), et permettent de cerner les critères de l'imputabilité du comportement d'organes mis à disposition (§2).

[1183] V. ch. 2, *infra*

[1184] Robert KOLB, Gabriele PORRETTO, Sylvain VITE, *op. cit.*, p. 36

[1185] CDI, Rapport sur la 61ème session, doc. A/64/10, p. 64

[1186] Manuel PEREZ GONZALEZ, *op. cit.*, p. 83

[1187] *Ibid*. p. 84

[1188] P. ex, dans ce sens, Finn SEYERSTED, *United Nations Forces in the Law of Peace and War, op. cit.*, p. 91

§1 La pratique : les opérations de maintien de la paix de l'ONU

Les premières opérations de maintien de la paix ont été mises en place de manière empirique, sans que cette forme de mise à disposition d'organes étatiques ne soit prévue par la Charte des Nations Unies. Elles ont établi les principes fondamentaux gouvernant la mise à disposition à une organisation internationale d'un organe étatique. Selon le modèle d'accord entre l'ONU et les pays hôtes concernant le statut des forces de maintien de la paix, « l'opération de maintien de la paix, en tant qu'organe subsidiaire de l'ONU, bénéficie du statut, des privilèges et des immunités des Nations Unies. » Des faits illicites commis par une opération de maintien de la paix seraient ainsi attribués à l'ONU. Les opérations de maintien de la paix sont d'ailleurs dépourvues de personnalité juridique internationale propre, et ne pourraient donc supporter la responsabilité d'un comportement illicite. Une difficulté qui apparaît dans cette hypothèse est celle de l'imputabilité du comportement illicite à deux entités: l'ONU, dont dépend l'opération de maintien de la paix, et l'Etat dont les personnes ayant commis l'acte en cause sont toujours des organes. Les principes ont été établis par les premières opérations (A). Des difficultés particulières sont apparues dans la pratique récente (B). La question de la responsabilité à raison de faits de contingents participant à des opérations de maintien de la paix a également donné lieu à une jurisprudence interne et internationale (C).

A) Les premières opérations de maintien de la paix de l'ONU

Les principes relatifs à la structure de commandement des opérations de maintien de la paix ont été mis en place dans les cas de la Force d'urgence des Nations Unies (1) et de l'Opération des Nations Unies au Congo (2).

1. Le statut et le commandement de la Force d'urgence des Nations Unies

La Force d'urgence des Nations Unies (FUNU I) a été établie par l'Assemblée générale (résolution 998, 1000 et 1001 adoptées début novembre 1956), suivant la procédure de la résolution « Union pour le maintien de la paix», le Conseil de Sécurité ayant été

empêché d'agir du fait des vetos français et britannique. Il s'agit du premier cas d'opération de maintien de la paix non-coercitive, à la différence de celle menée en Corée. La fonction de cette force était d'assurer le respect du cessez-le-feu en étant positionnée le long de la ligne d'armistice entre Israël et l'Egypte.

Le Commandant de la force est nommé par l'Assemblée Générale des Nations Unies, il est un fonctionnaire international responsable de l'exécution de sa mission devant l'Assemblée générale, intégré à l'administration de l'ONU et soumis aux instructions du Secrétaire général et est indépendant des Etats participant à la Force.[1189] Il assure le commandement opérationnel de la Force, exercé en consultation avec le Secrétaire général. Celui-ci dispose de *« full overall authority for the administrative, executive and financial matters affecting the Force* »[1190]; cependant, le commandement de la force appartient à son commandant, et non au secrétaire général de l'organisation, ce qui sera le cas de l'ONUC.[1191] Le commandant de la force est nommé par les Nations Unies, prend ses ordres exclusivement de ses organes. Il est indépendant des politiques et du contrôle des Etats. Les contingents nationaux mis à la disposition de la force restent sous le commandement de leurs officiers nationaux, mais ceux-ci sont soumis au contrôle opérationnel exclusif du commandant de la Force.[1192]

Les relations entre l'Organisation et les Etats fournisseurs de troupes ont été formalisées par des accords qui ont pris la forme d'échanges de lettres, où les principes fondamentaux gouvernant le statut de la force d'urgence ont été énoncés.

Les actes créant la FUNU disposent que les membres de la force sont, pour la durée de l'opération, un personnel international sous l'autorité et le contrôle des Nations Unies, et sont soumis aux instructions du commandant de la force.[1193] Ils ne peuvent recevoir d'instructions que du commandant de la force, et doivent accomplir leurs fonctions dans le seul intérêt des Nations Unies.[1194] Les Etats ne participent pas à la direction politique et stratégique de

[1189] Finn SEYERSTED, *United Nations Forces in the Law of Peace and War, op. cit.*, p. 48; Derek BOWETT, *United Nations Forces, A Legal Study of United Nations Practice*, Londres, Stevens & sons, 1964, p. 115

[1190] Derek BOWETT, *op. cit.*, p. 118

[1191] *Ibid.*, p. 339

[1192] Finn SEYERSTED, *United Nations Forces in the Law of Peace and War, op. cit.*, p. 92

[1193] Derek BOWETT, *op. cit.*, p. 122

[1194] Finn SEYERSTED, *United Nations Forces in the Law of Peace and War, op. cit.*, p. 54

l'opération ni au commandement de leurs troupes sur le terrain. Celles-ci ne peuvent prendre leurs ordres que de l'organisation, par l'intermédiaire de la chaîne de commandement liant l'Assemblée générale, le Secrétaire général et le commandant de la force.[1195] Le contrôle stratégique et politique suprême de la FUNU appartient à l'Assemblée générale, bien qu'elle ait délégué de nombreux pouvoirs au Secrétaire général.[1196]

Le commandant de la FUNU est investi d'une responsabilité générale de maintien de l'ordre au sein de la force, et dispose à cette fin d'une police militaire dont les compétences s'étendent à l'ensemble de la force. Cependant, le commandement de chaque contingent national conserve le pouvoir disciplinaire sur les membres du contingent, et sont seuls compétents pour prendre des mesures de sanction à leur égard.[1197] Ceux-ci demeurent soumis à la compétence pénale des Etats fournisseurs, qui ce sont engagés à exercer des poursuites contre les membres de leurs contingents respectifs.[1198]

La FUNU est une force des Nations Unies ; elle a été considérée comme un organe subsidiaire de l'Organisation des Nations Unies, et plus particulièrement de l'Assemblée générale.[1199] Ses membres sont assimilés à des experts en mission de l'ONU aux fins de l'application des privilèges et immunités à leur profit.[1200] La responsabilité vis-à-vis des tiers pour des actes commis par des membres de la force relève des Nations Unies.

2. La responsabilité à raison du comportement de l'Opération des Nations Unies au Congo

L'Opération des Nations Unies au Congo (ONUC), menée pour aider le gouvernement du Congo nouvellement indépendant à rétablir son autorité sur l'ensemble de son territoire,

[1195] Derek BOWETT, *op. cit.*, p. 114

[1196] *Ibid.*, p. 117

[1197] Derek BOWETT, *ibid.*, pp. 116-117 et p. 344, cite le Secrétaire général, qui observe que la dissociation du commandement et du pouvoir disciplinaire est une anomalie du strict point de vue militaire, qui s'explique néanmoins par le caractère international de la force.

[1198] D.S WIJEWARDANE, *Criminal jurisdiction over visiting forces with special reference to international forces*, BYBIL vol. XLI, 1965-1966, p. 185

[1199] Finn SEYERSTED, *United Nations Forces in the Law of Peace and War*, *op. cit.*, pp. 51 et 97, Derek BOWETT, *op. cit.*, p. 121

[1200] Derek BOWETT, *op. cit.*, p. 122

était conçue comme une opération de maintien de la paix classique, mais a mené des missions coercitives pour combattre la sécession du Katanga soutenue par des intérêts économiques belges.[1201]

Quelques jours après l'indépendance du pays, proclamée le 30 juin 1960, des membres de la Force publique se mutinent et se livrent à des violences contre les civils, notamment belges. Face aux difficultés rencontrées par les autorités pour maintenir l'ordre, les troupes belges interviennent. Confrontés à ce qu'ils considèrent comme une agression, le Président et le Premier ministre congolais demandent l'assistance des Nations Unies les 12 et 13 juillet. Le 14, le Conseil de Sécurité adopte une résolution demandant le retrait des troupes belges et autorisant le Secrétaire général à fournir au Congo l'assistance militaire nécessaire pour rétablir l'ordre. Les buts de l'opération des Nations Unies ont par la suite été précisés. Il s'agissait, non seulement d'aider le gouvernement à rétablir l'ordre public, mais aussi de maintenir l'intégrité territoriale menacée par la tentative de sécession du Katanga, d'assurer l'indépendance politique du Congo, de prévenir le déclenchement d'une guerre civile et d'assurer le retrait de tout le personnel militaire étranger, y compris les « conseillers » et les mercenaires. Les forces de l'ONU ont été contraintes de se lancer dans de véritables opérations militaires, en particulier contre la gendarmerie katangaise et les mercenaires étrangers.

Cette opération est un cas tout à fait particulier; le mandat de la force était notamment de garantir l'intégrité territoriale du Congo et d'aider les autorités de ce pays à y rétablir l'ordre. Il était très difficile dans ces conditions pour la force de respecter une des bases essentielles des opérations de maintien de la paix, à savoir ne pas intervenir dans les affaires internes du pays hôte.[1202] Les relations avec le gouvernement de l'Etat hôte sont allées de la tension à une étroite coopération; l'ONUC a, ainsi, largement assisté le gouvernement dans l'application de son ordonnance du 24 août 1961 relative à l'expulsion des officiers et mercenaires étrangers servant dans les forces katangaises.[1203] Cette coopération s'inscrivait, cependant, dans le mandat de la Force des Nations Unies, et n'a pas affecté l'autonomie de

[1201] V. en général sur ce sujet, George ABI-SAAB, *The United Nations Operation in the Congo 1960-1964*, OUP, 1978, 206 p.

[1202] A ce sujet, v. Yves PETIT, *Droit international du maintien de la paix*, LGDJ, Paris, 2000, p. 43

[1203] Finn SEYERSTED, *United Nations Forces in the Law of Peace and War, op. cit.*, p. 93

décision et le commandement exclusif des Nations Unies sur la Force. Elle n'est pas, de ce fait, passée sous les ordres du gouvernement du Congo.[1204]

La responsabilité de la direction et l'organisation de la force a été confiée au Secrétaire général, qui a délégué le commandement sur le terrain à un représentant spécial. Les règles gouvernant les relations entre la Force et le gouvernement hôte ont été inspirées de l'accord sur le statut de la FUNU, avec la différence que dans le cas de l'ONUC le secrétaire général assurait également le commandement militaire de la force par l'intermédiaire de son représentant, alors que son rôle était auparavant limité à la direction et au contrôle politique de la force ; le commandement militaire relevait dans le cas de la FUNU du commandant (militaire) de la force.[1205]

Le Secrétaire Général a déclaré au Conseil de Sécurité que le commandement de l'opération était assuré exclusivement par l'Organisation : « *the Force is necessarily under the exclusive command of the United Nations, vested in the Secretary-General under the control of the Security Council* ».[1206] Le caractère exclusivement international de la force était affirmé par le cadre juridique mis en place par le Secrétariat général. Il se traduisait entre autres par l'utilisation du drapeau de l'ONU par les troupes participant à l'opération.[1207]

Les personnels, tant civils que militaires, mis au service de l'Organisation relevaient de cette dernière et étaient soumis aux principes fondamentaux de la fonction publique internationale, notamment la loyauté envers l'organisation et l'interdiction de recevoir des instructions des autorités nationales.[1208] Les Etats n'avaient aucune compétence en matière de décisions opérationnelles. Celles-ci relevaient exclusivement du Commandement des Nations Unies, soumis aux instructions du Secrétaire général. Ce dernier disposait de l'autorité suprême et exclusive sur la force des Nations Unies.[1209]

[1204] *Ibid.*

[1205] Derek BOWETT, *op. cit.*, pp. 338-343

[1206] 1er rapport du Secrétaire général, cité par Finn SEYERSTED, *United Nations Forces in the Law of Peace and War*, *op. cit.* p. 65

[1207] Derek BOWETT, *op. cit.*, p. 220

[1208] Finn SEYERSTED, *United Nations Forces in the Law of Peace and War, op. cit.*, p. 65

[1209] Derek BOWETT, *op. cit.*, p. 339 cite la règlementation de l'ONUC, d'après laquelle « *The Secretary-General (…) has full command authority over the Force*."

Les Etats conservaient le pouvoir disciplinaire sur leurs troupes mises à la disposition des Nations Unies. Comme dans le cas de la FUNU, le commandant de la force avait une responsabilité générale d'assurer le bon ordre au sein de la force, tandis que l'action disciplinaire au sein de chaque contingent relevait du commandant du contingent en question.

Certains Etats fournisseurs ont contesté l'interprétation du rôle de l'ONUC par le Secrétaire général et ont ordonné à leurs contingents de ne pas appliquer des ordres du commandant de la force.[1210]

Le contrôle politique et stratégique de la force appartenait entièrement à l'organisation, et non aux Etats, que ce soit des Etats membres, contributeurs ou non, ou l'Etat hôte, même si des pressions politiques ont été exercées par certains de ces Etats. S'il relevait en principe du Conseil de sécurité, il a, en pratique, été exercé le plus souvent par le Secrétaire général lui-même, du fait du défaut de direction claire de la part du Conseil.[1211] Le Secrétaire général avait alors mis en place un comité des Etats contributeurs afin de les associer à la prise de décision. Le rôle de ce comité est resté uniquement consultatif, la prise de décision effective incombant au Secrétaire général.[1212] Les Etats contributeurs disposaient néanmoins d'une certaine influence sur la politique menée par l'organisation, dans la mesure où la présence de leurs troupes dépendait de leur accord. Ils conservaient la possibilité de retirer leurs troupes, où pouvaient menacer de le faire pour montrer leur désaccord avec la politique suivie.[1213] Cependant, comme dans le cas de la FUNU, l'efficacité de la menace de retrait ou du retrait effectif d'un contingent national était limitée par le fait que chaque Etat ne contribuait qu'à une partie de l'opération. Le Secrétaire général avait pris soin d'éviter de s'appuyer de manière disproportionnée sur un seul Etat qui aurait par voie de conséquence eu une influence importante sur l'opération.[1214]

L'ONU a accepté d'assurer la responsabilité des actes illicites commis par ses forces au Congo, en se fondant sur « les principes énoncés dans le conventions internationales relatives à la protection des vies et des biens de la population civile en période

[1210] *Ibid.*, p. 343

[1211] *Ibid.*, pp. 212-213

[1212] *Ibid.*, p. 213

[1213] Derek BOWETT, *op. cit.*, p. 208 : certains contingents nationaux ont effectivement été retirés de l'ONUC.

[1214] Cf. Finn SEYERSTED, *United Nations Forces in the Law of Peace and War, op. cit.*, p. 95

d'hostilité. »[1215] Bien qu'elle ne soit pas partie aux conventions portant sur le droit international humanitaire, l'organisation a reconnu qu'elle était liée par les règles relevant du droit international général.[1216] La responsabilité de l'Organisation a été déduite du caractère international de l'ONUC, de son statut d'organe subsidiaire des Nations Unies et de sa soumission au contrôle exclusif de l'Organisation.[1217] Les Etats ont cependant conservé leur compétence pénale sur les membres des contingents nationaux, et avaient donc l'obligation de poursuivre les membres du contingent suspectés de violation du droit international humanitaire.[1218]

Ainsi, des accords du 20 février 1965 entre le ministre des affaires étrangères de Belgique et le Secrétaire général de l'ONU, règlent les réclamations nées de l'opération de maintien de la paix dans l'ancienne colonie belge.[1219] Il s'agissait d'une situation nouvelle. La question de la définition de la responsabilité de l'Organisation se posait dans le cadre d'un contentieux relativement important. D'après l'étude du professeur Jean Salmon, 1298 réclamations ont été introduites, dont 68 pour des dommages aux personnes et 1230 pour dommages aux biens. Ce nombre est explicable par les véritables opérations de guerre auxquelles l'ONUC a été contrainte de se livrer. Cette question inédite était de celles « qui tant sur le plan scientifique que pratique paraissent parmi les plus obscurs du droit des organisations internationales. »[1220]

La responsabilité de l'organisation est engagée par les seuls actes des « membres du personnel de l'ONUC et ne résultant pas d'une nécessité militaire (...) (ayant) fait subir un préjudice injustifiable à des innocents ».[1221] Les règles d'imputation d'actes illicites à l'ONU sont une transposition des règles régissant la responsabilité des Etats du fait de leurs forces armées. Le critère de la « nécessité militaire » est issu du droit des conflits armés.

[1215] Lettre du secrétaire général U Thant à M. Morozov, représentant permanent de l'URSS auprès de l'ONU, du 6 août 1965. Citée par Jean SALMON, *Les accords Spaak-U Thant du 20 février 1965*, AFDI 1965, p. 480

[1216] Cf supra (ultra vires)

[1217] Derek BOWETT, *op. cit.*, p. 245

[1218] *Ibid.*, p. 247

[1219] V. sur ce point Jean SALMON, *op. cit.*, p. 468

[1220] *Ibid.*, p. 479

[1221] Lettre d'U Thant adressée à Paul-Henri Spaak, ministre des affaires étrangères belge, le 20 février 1965. Citée par le professeur Salmon, p. 496

L'accord précise plus loin que « la responsabilité de l'Organisation n'est pas engagée du fait des dommages aux personnes et aux biens qui ont été uniquement la conséquence des opérations militaires ou (...) causés par des tiers ». Les Nations Unies n'ont admis leur responsabilité que pour les actes commis sous leur autorité[1222], par « des membres du personnel de l'ONUC » ou des « agents de l'ONU »[1223]. Ainsi, l'organisation a dénié toute responsabilité pour des forces aériennes utilisée par des Etats contributeurs pour ravitailler leurs contingents nationaux.[1224] Dans sa lettre du 20 février 1965, le secrétaire général des Nations Unies assimile les troupes faisant partie de l'ONUC à des agents de l'Organisation.

Les règles appliquées à la responsabilité de l'ONU ont été inspirées des principes gouvernant la responsabilité des Etats. Les troupes de l'ONUC ont été considérées, aux fins de la responsabilité, comme des forces de l'ONU au même titre que des forces armées d'un Etat. L'accord « Spaak-U Thant » a servi de modèle aux accords ultérieurs portant sur le traitement de réclamations présentées à l'Organisation.[1225]

Pour Finn Seyersted, « *international responsibility for the United Nations peace-keeping Forces and for their members as such rests exclusively with the United Nations, in the same manner as for other organs of the Organization* ».[1226] Cet auteur assimile entièrement les contingents nationaux participant à une opération de maintien de la paix à des organes de l'ONU. Ces deux cas tendent cependant à être distingués. La pratique récente des opérations de maintien de la paix apporte certaines précisions au sujet du statut des forces mises à disposition de l'organisation.

B) La pratique récente des opérations de maintien de la paix

De nombreuses opérations de maintien de la paix ont été menées par l'ONU, en particulier depuis la fin du blocage du Conseil de Sécurité causé par la guerre froide. Elles ont

[1222] V.dans ce sens Finn SEYERSTED, *United Nations Forces in the Law of Peace and War, op. cit.*, p. 110

[1223] Lettre d'U Thant à Paul-Henri Spaak, citée plus haut.

[1224] Finn SEYERSTED, *United Nations Forces in the Law of Peace and War, op. cit.*, p. 110

[1225] Christian DOMINICE, *op. cit., Commentaire de la Charte des Nations Unies*, p. 154

[1226] Finn SEYERSTED, *United Nations Forces in the Law of Peace and War, op. cit.*, p. 119

toutes, au niveau de l'aménagement des relations entre l'organisation et les Etats contributeurs, suivi le modèle mis en place par les premières opérations (FUNU I et ONUC). Certaines de ces opérations s'avèrent importantes pour l'étude du sujet. L'analyse est cependant concentrée sur les opérations internationales en Somalie, qui illustrent très bien les tendances récentes au sein de la pratique de la mise à disposition d'organes étatiques à une organisation internationale.

1. Les opérations internationales en Somalie

Premières opérations d'envergure après la fin de la guerre froide, les opérations des Nations Unies en Somalie ont été mises en place alors que la guerre civile y a provoqué un grand risque de famine. Cette opération présente la particularité d'être fondée sur le chapitre VII de la Charte, du fait de l'absence de gouvernement susceptible de donner son consentement. L'ONUSOM I avait cependant une mission classique de surveillance du cessez-le-feu entre les deux factions se disputant le contrôle de Mogadiscio, ainsi que de protection du personnel humanitaire. Cependant, face à la dégradation de la situation humanitaire due à la poursuite des combats entre les nombreuses factions ennemies et au pillage de l'aide alimentaire, le Conseil de Sécurité décide, suivant en cela la recommandation du Secrétaire général, d'autoriser les Etats membres à « employer tous les moyens nécessaires » pour restaurer la sécurité en Somalie.[1227] Une « Force d'intervention unifiée » placée sous le commandement des Etats-Unis, menant une opération coercitive et ponctuelle, est créée en plus de l'ONUSOM. Son mandat est seulement d'assurer la sécurité des approvisionnements. Après le retrait de la force multinationale, l'ONUSOM II, au mandat beaucoup plus large rendu nécessaire par la persistance des troubles, est chargée d'imposer la paix. L'ONUSOM II est dirigée par les Nations Unies. Les Etats-Unis participent à l'opération de façon directe, ainsi que par la constitution d'une « force de réaction rapide » demeurant sous leur commandement. Ainsi que l'écrit le secrétaire général des Nations Unies, Boutros Boutros-Ghali, « la présence de la force de réaction rapide donnait à ONUSOM II des possibilités supplémentaires, mais faisait aussi que les forces américaines allaient relever de deux hiérarchies distinctes et les responsabilités seraient donc diffuses. »[1228] Une certaine

[1227] Résolution 794-1992 du 3 décembre 1992

[1228] *Les Nations Unies et la Somalie, 1992-1996*, p. 47.

confusion dans la répartition des responsabilités a été causée par la soumission de la conduite des opérations à deux structures de commandement parallèles.[1229]

La question de l'imputabilité du comportement de membres de contingents déployés en Somalie aurait pu se poser dans des cas de violations du droit international humanitaire.

La responsabilité à raison du comportement de la Force de réaction rapide, en principe sous commandement des Etats-Unis, aurait dû être déterminée au cas par cas, selon que l'opération spécifique au cours de laquelle les faits litigieux ont été commis a été dirigée de façon indépendante par les Etats-Unis, ou a été accomplie « à la requête, ou sous l'autorisation et la direction de l'ONUSOM. »[1230] Il semble toutefois que le critère essentiel soit le contrôle opérationnel. Le fait qu'une opération spécifique a été conduite à la demande de l'ONUSOM n'est pas suffisant pour lui attribuer la responsabilité principale du comportement de membres de la force de réaction rapide. Son comportement ne pourrait être imputé à l'ONUSOM que si elle a agi sous sa direction effective.

De la même manière, l'ONU a affirmé n'être pas responsable du comportement de troupes qui ne relevaient pas de sa chaîne de commandement. Ainsi, l'Organisation a refusé d'être tenue pour responsable d'un incident impliquant un membre du contingent belge, celui-ci faisant partie de la Force de réaction rapide qui ne se trouvait pas sous le commandement des Nations Unies.[1231]

Une difficulté semblable apparaît au sein même de l'ONUSOM. Conformément à la structure des opérations de maintien de la paix, alors que le commandement opérationnel de la force relevait de l'ONU, les Etats participants ont conservé le pouvoir disciplinaire sur leur contingent. Ainsi qu'il a été relevé, à juste titre :

« ce mode de fonctionnement aboutit ainsi à un hiatus entre le commandement opérationnel des forces internationales et la supervision de leurs comportements sur le terrain.

[1229] Robert KOLB, Gabriele PORRETTO, Sylvain VITE, *op. cit.*, p. 157

[1230] Daphna SHRAGA, « The United Nations as an Actor bound by International Humanitarian Law », in Luigi CONDORELLI, Anne-Marie LA ROSA, Sylvie SCHERRER (dir.), *Les Nations Unies et le droit international humanitaire*, Actes du colloque international à l'occasion du cinquantième anniversaire de l'ONU, Pedone, Paris, 1996, p. 332

[1231] CDI, Deuxième rapport sur la responsabilité des organisations internationales, présenté par le rapporteur spécial Giorgio Gaja, 2004, doc. A/CN.4/541, p. 17

Il en découle une situation paradoxale, puisque les Etats se comportèrent comme s'ils détenaient la titularité [sic] et la responsabilité juridiques liées aux activités de l'ONUSOM, alors que les Nations Unies s'étaient vues attribuer le commandement stratégique de l'opération. »[1232]

Par ailleurs, les contingents nationaux ont parfois continué à recevoir des Etats des ordres qui pouvaient différer de ceux du commandement des Nations Unies. Comme l'a relevé le Secrétaire général des Nations Unies, « certains contingents faisant en principe partie de l'ONUSOM commençaient en fait par consulter leur capitale. » Ce comportement des contingents nationaux est devenu plus fréquent à mesure que l'opération devenait plus dangereuse et impliquait des combats avec des milices somaliennes. Certains gouvernements ont ainsi ordonné à leur contingent de ne pas suivre des ordres du commandement des Nations Unies, qui auraient, à leurs yeux, impliqué de trop grands risques. Cela a notamment été le cas des contingents italiens et pakistanais qui ont refusé de se déployer dans certaines régions, suivant en cela les instructions de leur gouvernement, mais contredisant l'ordre du commandement des Nations Unies.[1233] Cette pratique est en contradiction avec les principes des opérations de maintien de la paix définis par les Nations Unies.[1234]

Dans les cas de la FUNU I et de l'ONUC, les Nations Unies ont reconnu leur responsabilité pour des faits illicites commis par des membres de contingents mis à disposition de chaque opération. L'ONU, et non les Etats ayant fourni les contingents, a payé les réparations dues aux ayant-droits de civils tués accidentellement par des membres de ces forces. L'Etat national des contingents conserve uniquement une compétence disciplinaire sur ses troupes. Un membre individuel sera soumis au régime disciplinaire et aux juridictions militaires nationales. Ainsi, des membres du contingent belge de l'ONUSOM ont été jugés par les juridictions belges.[1235] Le commandement reste cependant international: « *(t)he "substantive" (legislative and administrative) jurisdiction in operational matters-and this is the most important-is vested in the Organization* ».[1236] Le professeur Seyersted ajoute que

[1232] Robert KOLB, Gabriele PORRETTO, Sylvain VITE, *op. cit.*, p. 164

[1233] Davis BROWN, "The Role of the United Nations in Peacekeeping and Truce-monitoring : What are the Applicable Norms", *RBDI*, vol. 27, 1994, p. 594

[1234] L'influence de ces pratiques sur l'imputabilité fait l'objet du §2

[1235] Robert KOLB, Gabriele PORRETTO, Sylvain VITE, *op. cit.*, p. 158

[1236] Finn SEYERSTED, *United Nations Forces in the Law of Peace and War, op. cit.*, p. 97

cette compétence est exercée directement sur ces organes étatiques, qui sont devenus, pour un temps limité et dans un but spécifique, un organe des Nations Unies.

Il s'agit d'une différence fondamentale d'avec les opérations menées « sous l'égide des Nations Unies »[1237]. L'Etat ne se reconnaît pas seulement lié par l'obligation de mettre en œuvre toutes les mesures nécessaires à l'exécution de la décision de l'organisation; il met un de ses organes à la disposition de l'organisation internationale.

2. La pratique contemporaine des Nations Unies

De manière générale, l'ONU « reconnaît que la responsabilité des dommages causés par des membres des forces des Nations Unies est imputable à l'Organisation. »[1238] L'importance du caractère exclusif du contrôle de l'organisation sur l'opération est rappelée par le département de maintien de la paix de l'ONU. Le document exposant la « doctrine fondamentale » régissant les opérations de maintien de la paix dispose que les troupes mises à disposition de l'Organisation par les Etats fournisseurs sont placées sous l'autorité opérationnelle du Commandant de la Force des Nations Unies, avant de souligner qu'

« une fois sous l'autorité opérationnelle des Nations Unies, les commandants de contingents et leur personnel sont sous les ordres du Commandant de la Force et ne doivent pas agir en fonction des directives nationales, surtout si un tel comportement peut avoir un impact négatif sur l'accomplissement du mandat de la mission ou s'il est contraire aux directives des Nations Unies qui s'appliquent à la mission. »[1239]

Les opérations de maintien de la paix sont sous l'autorité du Secrétaire général de l'organisation, et plus concrètement de son représentant spécial, qui a « autorité générale sur toutes les activités des Nations Unies » dans le pays hôte de l'opération. Il dispose d'une « marge de manœuvre significative » dans la direction de l'opération.[1240]

Si l'ONU dispose du commandement opérationnel sur les troupes mises à sa disposition, la compétence personnelle sur les forces continue d'être exercée par l'Etat de

[1237] *Cf. infra*, chapitre 2

[1238] Doc A/51/389, §8

[1239] Département des opérations de maintien de la paix, *« Doctrine fondamentale », op. cit.* , p. 75

[1240] *Ibid.*, pp. 75-77

nationalité de chaque contingent, qui continue à faire partie des forces armées de l'Etat et reste soumis à sa compétence disciplinaire et pénale.[1241] Dans ce sens, le secrétariat des Nations Unies a souligné que le personnel militaire mis à disposition de l'organisation est placé sous l'autorité opérationnelle du commandant de la Force, mais non sous le commandement des Nations Unies.[1242] Un contingent national reste commandé par ses officiers, qui doivent cependant prendre leurs ordres exclusivement du commandant de la Force.

Dans les opérations de maintien de la paix, l'Etat garde un certain contrôle sur les forces qu'il met à disposition de l'Organisation. Les membres des contingents mis à disposition de l'organisation restent des membres des forces armées nationales.[1243] Les contingents demeurent sous le contrôle d'un commandement national, lui-même soumis au commandement de la force. Il y a ici une distinction à faire entre le commandement « organique » des troupes, qui reste entre les mains de l'Etat d'origine, et le commandement « opérationnel », qui revient à l'Organisation. L'imputabilité dépend de l'effectivité du contrôle au moment où le fait illicite est commis. Il s'agit d'une question de fait qui doit être examinée dans le cas d'espèce. Le contrôle effectif est constaté à l'aide d'un faisceau d'indices, qui détermine le degré du contrôle exercé par l'Organisation ou l'Etat. Le lien entre le contrôle et la responsabilité est le fondement de la problématique de la responsabilité internationale de manière générale, et particulièrement dans le cadre des Nations Unies. La responsabilité est la conséquence logique du contrôle exercé par l'Organisation, elle est « une garantie en faveur de l'effectivité du contrôle ».[1244]

La détermination du sujet exerçant un contrôle effectif sur l'auteur du comportement illicite est délicate dans les cas où il est lié par des liens organiques ou de fait à plusieurs sujets de droit, par exemple dans le cas des contingents nationaux mis à la disposition de l'ONU, ou du « prêt » d'agents entre organisations internationales. Dans ce dernier cas, le comportement illicite commis par l'agent est généralement attribué à l'organisation qui contrôle effectivement l'activité de l'agent.

[1241] Voir p. ex. José Joaquin CAICEDO, *op. cit.*, p. 306

[1242] Département des opérations de maintien de la paix, *« Doctrine fondamentale », op. cit.*, p. 74

[1243] Finn SEYERSTED, *United Nations Forces in the Law of Peace and War, op. cit.*, p. 91

[1244] Paul de VISSCHER, *op. cit.*, p. 56

C) L'imputabilité du comportement de contingents nationaux mis à la disposition de l'ONU dans la jurisprudence.

Le rattachement des opérations de maintien de la paix à l'organisation ou à ses Etats membres a été abordé par certaines juridictions internes (1) et par la Cour européenne des droits de l'homme (2).

1. La jurisprudence interne

Dans l'affaire *Nissan*, la Chambre des Lords s'est prononcée sur l'imputabilité d'actes du contingent britannique de la Force des Nations Unies à Chypre. Une requête a été déposée devant les juridictions britanniques par le propriétaire d'un hôtel qui a été réquisitionné par les forces britanniques présentes à Chypre, alors qu'elles s'y trouvaient suite à un accord du 25 décembre 1963 entre le Royaume-Uni et le gouvernement chypriote. Ces forces sont devenues une partie intégrante de la Force des Nations Unies à Chypre à partir de la création de celle-ci, le 27 mars 1964. Elles ont continué d'occuper l'hôtel pendant un peu plus d'un mois. La Chambre des Lords estime que le contingent britannique est demeuré dans le service du Royaume-Uni, malgré leur soumission à l'autorité des Nations Unies et aux instructions du commandant de la Force à compter de la création de celle-ci.[1245]

Même si elle n'a pas exclu la responsabilité de l'ONU, la Chambre des Lords a jugé que le contingent britannique n'a pas agi en tant qu'agent de l'organisation. Elle se fonde sur la distinction entre le commandement opérationnel, qui relevait de l'organisation, et les fonctions internationales d'une part, et l'autorité pénale et disciplinaire, qui continuait à relever de l'Etat, d'autre part. Même si cette analyse est erronée, l'imputabilité à l'ONU des actes de membres des contingents mis à sa disposition étant reconnue par l'organisation elle-même et découlant de la soumission du contingent à l'autorité du commandant de la Force, elle contient des éléments intéressants dans ma mesure où elle relève que le contrôle des Nations Unies n'est pas exclusif. Les membres des contingents nationaux continuent de faire

[1245] Chambre des Lords, *Attorney General v. Nissan*, ILR vol. 44, p. 375 ; v. Ian BROWNLIE, "Decisions of British courts during 1968 involving questions of public or private international law", *BYBIL* vol. XLIII, pp. 217s

partie des forces armées nationales, et relèvent donc encore de la compétence de l'Etat dans le domaine « personnel » (discipline, compétence pénale, statut personnel comme le grade, etc.), ce qui peut permettre une responsabilité concurrente liée à un contrôle du contingent à la fois par l'Etat et par l'organisation.[1246]

Cette jurisprudence est toutefois restée isolée. La non-imputabilité à l'Etat des actes des organes étatiques mis à la disposition d'une opération de maintien de la paix de l'ONU a été affirmée par les juridictions internes de plusieurs Etats.

La Cour régionale supérieure de Vienne a jugé que les actes d'un membre du contingent autrichien de la FNUOD, force des Nations Unies présente sur le plateau du Golan, n'était pas attribuable à l'Autriche mais à l'ONU. Un membre du contingent autrichien avait subi des dommages matériels, qui ont été causés par un autre membre de ce contingent, un sous-officier, dans l'exécution d'un ordre de ses supérieurs. La Cour régionale de Vienne a relevé qu'en exécutant ces ordres, le sous-officier agissait en tant qu'organe des Nations Unies, et s'est notamment fondée sur le traité entre l'Autriche et les Nations Unies concernant la mise à disposition de troupes aux opérations de maintien de la paix, qui prévoyait que les troupes nationales devenaient un personnel international sous le commandement des Nations Unies.[1247]

Une conclusion identique a été atteinte par le tribunal de la Haye dans une affaire concernant le bataillon néerlandais à Srebrenica.[1248] La responsabilité des Pays-Bas a été mise en cause pour la protection déficiente exercée par le bataillon néerlandais de la FORPRONU, qui aurait été à l'origine de la disparition de membres de la famille du plaignant, assassinés par les forces serbes de Bosnie.

Le tribunal se fonde sur le projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales pour déterminer l'imputabilité du comportement du bataillon néerlandais aux Pays-Bas ou à l'ONU, et estime que le bataillon néerlandais a été mis à disposition des Nations Unies dans le cadre de la FORPRONU. Les actes ou omissions du bataillon néerlandais doivent être considérés comme des actes ou omissions d'un contingent de la

[1246] C. F. AMERASINGHE, *Principles…, op. cit.*, p. 404

[1247] Cour régionale supérieure (*Oberlandesgericht*) de Vienne, *N.K. c. Autriche*, arrêt du 26 février 1979, ILR 77, p. 470

[1248] Tribunal de district de la Haye, *H.N. c. Pays-Bas*, 10 septembre 2008. Disponible sur http://www.haguejusticeportal.net/eCache/DEF/9/758.html

FORPRONU, et attribués en principe à l'ONU.[1249] Cela concerne également les actes ou omissions pouvant être considérés comme des négligences graves.[1250]

Cette présomption d'attribution à l'organisation du comportement d'un organe étatique mis à sa disposition peut cependant être renversée. Le comportement du bataillon néerlandais aurait été attribuable aux Pays-Bas s'il avait suivi des instructions étatiques d'ignorer ou d'agir contrairement aux ordres de l'ONU, ou s'il avait de son propre chef décidé de ne plus suivre les ordres du commandement de l'ONU, de se retirer de la structure de commandement de la FORPRONU, et de se considérer sous le commandement exclusif des autorités néerlandaises, avec l'accord de ces dernières.[1251] Le tribunal déduit l'attribution du comportement d'un organe mis à disposition d'une organisation internationale de l'exercice du contrôle sur celui-ci. L'organisation est en principe responsable des faits illicites commis par un organe mis à sa disposition car la mise à disposition suppose l'exercice du contrôle par l'organisation, ou du moins que l'organe agisse pour son compte.

Dans le cas de la première exception relevée par le tribunal, le comportement illicite de l'organe mis à disposition de l'organisation est néanmoins attribuable à l'Etat car celui-ci a exercé un contrôle effectif sur l'organe en lui donnant des instructions qui ont été effectivement suivies. La seconde exception prévoit que le comportement illicite de l'organe est attribuable à l'Etat lorsqu'il agit pour son compte, lorsqu'il décide de sa propre initiative de se soustraire au service de l'organisation et de se considérer sous le contrôle exclusif de l'Etat, avec l'accord des autorités étatiques. Cette hypothèse n'est pas fondée sur le contrôle ou les instructions de l'Etat, mais sur un comportement spontané de la part de l'organe qui agit pour le compte de l'Etat.

[1249] HN, §4.11

[1250] HN §4.13

[1251] "*If Dutchbat was instructed by the Dutch authorities to ignore UN orders or to go against them, and Dutchbat behaved in accordance with this instruction from the Netherlands, this constitutes a violation of the factual basis on which the attribution to the UN rests. This then creates scope for attribution to the State. The same is true if Dutchbat to a greater or lesser extent backed out of the structure of UN command, with the agreement of those in charge in the Netherlands, and considered or shown themselves as exclusively under the command of the competent authorities of the Netherlands for that part. If, however, Dutchbat received parallel instructions from both the Dutch and UN authorities, there are insufficient grounds to deviate from the usual rule of attribution."* H.N., §4.14.1

Le tribunal ne va cependant pas jusqu'à reconnaître la possibilité d'une attribution conjointe du comportement de l'organe au cas où il aurait reçu des instructions tant de l'ONU que des Pays-Bas. Dans ce cas, le comportement reste attribuable à l'ONU. Le tribunal conclut à l'attribution exclusive du comportement du bataillon néerlandais à l'ONU.

2. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

La Cour européenne des droits de l'homme s'est prononcée sur l'imputabilité des actes des opérations internationales au Kosovo dans la récente affaire *Behrami et Saramati*.[1252]

L'élément principal de la décision de la Cour porte sur l'imputabilité des faits de membres de contingents faisant partie de la KFOR[1253], opération de l'OTAN dont la mise en place a été autorisée par le Conseil de Sécurité dans sa résolution 1244 (1999).[1254] Cependant, la question de l'attribution du comportement de la MINUK[1255], opération de maintien de la paix « classique », créée par la même résolution, a également été abordée.

Les requérants ont mis en cause la responsabilité d'Etats parties à la Convention européenne des droits de l'homme à raison de faits commis par des membres de leurs forces armées agissant dans le cadre de la KFOR. La requête de la famille Behrami visait l'inaction litigieuse des troupes de la KFOR, et plus particulièrement du contingent français dans le déminage. Cette omission du contingent français aurait été attribuable à la France.

La Cour étudie le partage des responsabilités en matière de déminage entre la KFOR et la MINUK d'après la résolution 1244. L'ONU, intervenant devant la Cour européenne des droits de l'homme, relève que la MINUK est un organe subsidiaire de l'ONU investi de tous les pouvoirs législatifs et administratifs au Kosovo, dirigé par un représentant spécial du Secrétaire général de l'Organisation. La MINUK rend des comptes directement au Conseil de

[1252] CourEDH (GC), *Agim et Bekir Behrami c. France et Ruzhdi Saramati c. France, Allemagne et Norvège*, req. n°71412/01 et 78166/01, décision d'irrecevabilité du 2 mai 2007

[1253] Kosovo Force

[1254] Point traité *infra*, ch. 2

[1255] Mission d'administration intérimaire des Nations Unies au Kosovo

sécurité par l'intermédiaire du Secrétaire général.[1256] A la différence de la KFOR[1257], elle relève directement de l'ONU et ses actes sont imputables à l'organisation.

La supervision du déminage relevait du mandat de la MINUK ; l'inaction dans ce domaine, qui a entraîné les dommages causés à des civils kosovars, est donc attribuable à l'ONU.[1258] Si l'attribution de faits commis par la MINUK à l'ONU est entièrement justifiée, et conforme à la pratique des opérations de maintien de la paix, l'examen du mandat de la MINUK réalisé par la Cour n'est cependant pas pertinent aux fins de l'attribution. En effet, la requête ne visait pas les actes de la MINUK, mais des troupes françaises faisant partie de la KFOR. La Cour a dévié la discussion sur les activités de la MINUK, évidemment attribuables à l'ONU, alors que cette question n'était pas abordée par la requête *Behrami*.[1259] Le fait que le déminage faisait en principe partie des compétences de la MINUK est sans pertinence aux fins de l'imputation. Cette conclusion paraît par ailleurs contestable, et est contraire à l'analyse du partage des compétences entre les deux forces faite par l'ONU dans son intervention devant la Cour.[1260] Le comportement litigieux a été commis par un contingent de la KFOR, qui contrôlait l'activité de déminage, même si cela n'était pas conforme au partage des compétences entre les deux organisations, à l' « économie interne » de la présence internationale au Kosovo.[1261]

Par ailleurs, et même si ce point n'a pas eu d'influence sur la détermination de l'imputabilité, le lien entre les contingents nationaux et le commandement de l'OTAN apporte certains éléments intéressants sur le critère du contrôle.[1262] La structure de la KFOR se rapprochait en effet de celle d'une opération de maintien de la paix classique de l'ONU. Les Etats participant à la KFOR ont placé leurs contingents sous un commandement unifié, tout en conservant la compétence « personnelle » à leur égard. Les contingents nationaux ont été placés sous le commandement opérationnel direct du commandant de la KFOR, lui-même

[1256] Cour EDH, *Behrami e. a.*, §118

[1257] *Cf. infra*

[1258] Cour EDH, *Behrami e. a.*, §143

[1259] Marko MILANOVIC, Tatjana PAPIC, "As Bad as it Gets: The European Court of Human Rights' Behrami and Saramati Decision and General International Law", *ICLQ* vol. 58, 2009, p. 275

[1260] Philippe LAGRANGE, « Responsabilité des Etats pour actes accomplis en application du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies », *RGDIP* 2008, p. 91

[1261] V. à ce sujet l'intervention de l'ONU devant la Cour, §119-120

[1262] Cour EDH, *Behrami e. a.*, §139

chargé de mettre en œuvre le plan opérationnel de l'OTAN. La Cour a jugé que l'OTAN disposait du « commandement effectif des questions opérationnelles pertinentes », mais n'en a pas tiré les conclusions qui s'imposaient en matière d'imputabilité.[1263] Les contingents nationaux de la KFOR sont des organes étatiques mis à la disposition de l'OTAN, et placés sous son contrôle opérationnel.

§2 Les principes gouvernant l'imputabilité des faits illicites d'un organe mis à disposition d'une organisation internationale.

L'étude de la pratique internationale et de la jurisprudence permet de dégager des règles applicables à l'imputabilité du comportement d'organes étatiques mis à disposition d'une organisation internationale. Deux éléments, bien qu'intimement liés, peuvent être distingués : le critère d'imputation, concrètement le degré du contrôle exercé (A) et l'objet du contrôle, c'est-à-dire si, aux fins de l'imputation, le contrôle doit porter sur l'organe lui-même ou sur le comportement spécifique en cause (B).

A) Le critère d'imputation

La détermination du degré et de la forme du contrôle est traitée (1.) avant l'éventualité d'une imputation conjointe à l'Etat fournisseur et à l'organisation bénéficiaire (2.)

1. Le degré et la forme du contrôle

Il existe une divergence entre les termes utilisés par l'Organisation des Nations Unies pour définir le statut des forces de maintien de la paix et la prise en compte des relations entre l'organisation et ces forces par la Commission du droit international et la doctrine. L'ONU estime en effet qu' « une force de maintien de la paix des Nations Unies créée en vertu d'une

[1263] *Cf. infra*, ch. 2

décision du Conseil de sécurité ou de l'Assemblée générale est un organe subsidiaire de l'ONU »[1264], conformément à sa pratique depuis la mise en place de la FUNU, alors que d'après la CDI, les contingents faisant partie d'une opération de maintien de la paix est un organe de l'Etat mis à disposition de l'organisation. La contradiction n'est cependant qu'apparente et n'a pas d'influence sur l'imputation des actes de ces contingents.

Ils deviennent des organes subsidiaires des Nations Unies d'après les règles de cette organisation, mais le droit international général les appréhende comme des organes d'Etats mis à la disposition de l'organisation. L'assimilation par l'ONU des contingents nationaux regroupés dans une force de maintien de la paix à un organe subsidiaire traduit la volonté d'insister sur leur soumission exclusive au commandement des Nations Unies, et a pour effet de reconnaître sa responsabilité de principe à raison des faits illicites commis par des membres de ces contingents. Cette attribution de principe du comportement des membres de forces de maintien de la paix à l'organisation est expressément soulignée par le secrétariat général, qui relève que

« le principe de l'imputation à l'ONU du comportement d'une force de maintien de la paix découle de ce que la force est placée sous le commandement et le contrôle de l'Organisation. »[1265]

Le lien logique entre le contrôle et l'attribution est clairement souligné. Le contrôle, dont les modalités doivent être définies, reste un critère essentiel d'imputabilité des faits d'un « groupe de personnes » à un sujet du droit international. Le secrétariat de l'ONU ajoute cependant qu'une force de maintien de la paix a « juridiquement la qualité d'organe subsidiaire de l'ONU », même s'il relève également que le personnel militaire placé sous le commandement de l'ONU continue de faire partie des forces armées de l'Etat fournisseur.

Les contingents nationaux peuvent être considérés comme des organes ou agents de l'ONU dans la mesure où elle agit par leur intermédiaire, conformément à la définition d'un organe ou agent d'une organisation par le droit international. Il convient néanmoins de

[1264] CDI, 56ème session, 2004, *Responsabilité des organisations internationales, commentaires et observations des organisations internationales*, doc. A/CN/4.545, p. 18. La qualification des opérations de maintien de la paix d'organes de l'ONU a également été avancée en doctrine, ainsi Michael BOTHE, « Peace-keeping », in Bruno SIMMA (ed.), *The Charter of the United Nations, A Commentary*, 2nd ed., OUP, p. 686. Cette qualification vaut également pour les opérations de maintien de la paix d'organisations régionales (*ibid.*, p. 698).

[1265] *Ibid.*, p. 19

souligner que la terminologie utilisée par les Nations Unies est susceptible d'induire en erreur, car le personnel militaire faisant partie d'une force de maintien de la paix n'est pas entièrement détaché auprès de l'organisation, il n'est pas un agent ou organe *stricto sensu*, au sens de l'article 5 du projet de la CDI. Il n'est en effet pas soumis au contrôle exclusif de l'organisation. Les Etats fournisseurs conservent un certain degré de contrôle à son égard, il reste soumis à la compétence de l'Etat dans certains domaines. Il est un personnel étatique mis à disposition de l'organisation, dont seuls sont imputables à l'organisation le comportement soumis à son contrôle effectif.[1266] Comme l'a souligné la CDI, les opérations de maintien de la paix sont des organes étatiques mis à disposition de l'organisation, et ne relèvent donc pas de l'article 5, relatif à l'attribution à l'organisation du comportement de ses agents et organes commis en cette qualité, car le personnel militaire n'est pas entièrement détaché auprès de l'organisation et agit encore dans une certaine mesure en qualité d'organe de l'État d'envoi.[1267]

Dans le cas des opérations de maintien de la paix, il est présumé que le contingent fourni par un Etat contributeur est soumis à l'autorité et au contrôle de l'organisation des Nations Unies. Lorsque le commandement d'un contingent national est transféré à l'organisation, il est placé à sa disposition et son comportement lui est donc en principe attribuable.[1268]

Cette présomption peut être renversée s'il est établi que, dans un cas donné, le contingent a agi sous le contrôle de l'Etat, particulièrement s'il a suivi ses instructions spécifiques.[1269] Le comportement du contingent est imputable à l'Etat d'envoi s'il a agi en fait pour son compte, et non pour le compte des Nations Unies.[1270]

[1266] L'article 6 du projet de la CDI sur la responsabilité des organisations internationales dispose que :

« Le comportement d'un organe d'un État ou d'un organe ou agent d'une organisation internationale mis à la disposition d'une autre organisation internationale est considéré comme un fait de cette dernière d'après le droit international pour autant qu'elle exerce un contrôle effectif sur ce comportement. »

[1267] CDI, Rapport sur la 61ème session, doc. A/64/10, p. 64

[1268] Marten ZWANENBURG, *op. cit.*, p. 130 ; dans le même sens, p. ex. Claude EMANUELLI, « Les forces des Nations Unies et le droit international humanitaire », in Luigi CONDORELLI, Anne-Marie LA ROSA, Sylvie SCHERRER, *op. cit.*, pp. 367-368, José Joaquin CAICEDO, *op. cit.*, p. 307

[1269] Marten ZWANENBURG, thèse, *op. cit.*, pp. 112-113

[1270] *Cf* supra, 1ère partie, Titre 2, chapitre 1, section 1, §2, pour la discussion de la notion d'action « pour le compte » de l'Etat.

Le critère du contrôle effectif a été défendu pour déterminer le destinataire des droits et obligations du droit international humanitaire.[1271] Le critère déterminant est l'exercice en pratique du commandement et du contrôle des forces engagées sur le terrain[1272], le pouvoir d'instruction et de commandement sur l'organe mis à disposition.[1273] Les Nations Unies estiment que les faits commis par les membres d'un contingent mis à leur disposition leur sont imputables si l'opération en question est placée sous leur contrôle et commandement exclusifs.[1274]

Dans le cas d'opérations caractérisées par la présence d'une opération sous le commandement des Nations Unies et d'une opération « autorisée », sous commandement national, la responsabilité de la conduite des troupes dépend de l'exercice du contrôle opérationnel conformément aux arrangements entre l'organisation et les Etats. En l'absence d'arrangement formel entre l'ONU et les Etats, la responsabilité serait déterminée dans chaque cas en fonction du degré de contrôle effectif exercé par chaque partie dans la conduite des opérations.[1275]

Paul de Visscher, dans son rapport à l'Institut du droit international sur les conditions d'application des règles humanitaires relatives aux conflits armés aux hostilités dans lesquelles les Forces des Nations Unies peuvent être engagées, a écrit que

« lorsque les hommes ou les choses dont l'activité ou la présence sont à l'origine d'un dommage internationalement illicite sont, *prima facie*, susceptibles de rattachement à deux personnes juridiques distinctes, la responsabilité devra, en principe, être imputée à celle d'entre elles qui, quant à l'acte dommageable considéré, exerçait à leur égard le contrôle prépondérant ou exclusif. »[1276]

[1271] Robert KOLB, Gabriele PORRETTO, Sylvain VITE, *op. cit.*, p. 151

[1272] *Ibid.*

[1273] Christian DOMINICE, « La responsabilité des Nations Unies », *op. cit.*, p. 148

[1274] Doc ONU A/51/389, §17

[1275] Doc ONU A/51/389, §18. V. également Daphna SHRAGA, « The United Nations as an Actor bound by International Humanitarian Law », in Luigi CONDORELLI, Anne-Marie LA ROSA, Sylvie SCHERRER (dir.), *Les Nations Unies et le droit international humanitaire,* Actes du colloque international à l'occasion du cinquantième anniversaire de l'ONU, Pedone, Paris, 1996, p. 332

[1276] AIDI 54-I, pp. 48-49

Dans son rapport sur la responsabilité des organisations internationales, l'*International Law Association* a recommandé qu'une organisation internationale soit responsable des actes d'un organe étatique mis à sa disposition, à condition qu'elle dispose d'une autorité suffisante pour exercer un contrôle effectif sur les activités de l'organe (« *authority to exercise effective control (operational command and control) over the activities of that organ* »).[1277] Pour l'ILA, le critère déterminant n'est pas l'exercice du contrôle, mais la possibilité de l'exercer. L'imputabilité est fondée sur l'autorité de l'organisation envers l'organe, plus que sur l'exercice d'un contrôle sur un comportement spécifique. Les actes illicites commis par un organe étatique mis à disposition sont imputables à l'organisation si l'organe est soumis au contrôle opérationnel de l'organisation. Ce terme est issu de la pratique des opérations de maintien de la paix ; il définit l'autorité de principe de l'organisation sur l'organe étatique. Le « contrôle et commandement opérationnel » est assimilé au « contrôle effectif » sur les activités de l'organe.

La responsabilité d'une organisation internationale à raison des actes des contingents étatiques placés sous sa « direction opérationnelle »[1278], ou sous son « contrôle opérationnel », a également été affirmée par la doctrine.[1279]

L'organisation est en principe responsable des actes illicites commis par un organe étatique sur lequel elle dispose du pouvoir d'exercer son contrôle effectif, à moins que l'Etat dont relève l'organe n'ait conservé le contrôle effectif, ou le « commandement et contrôle opérationnel » sur celui-ci.[1280] Le principe reste l'imputabilité du comportement de l'organe étatique à l'organisation à laquelle il a été mis à disposition, à moins qu'elle ne dispose pas du contrôle opérationnel sur l'organe, celui-ci étant exercé par l'Etat.

L'attribution du comportement de membres d'un contingent national à l'Etat fournisseur ne saurait, par ailleurs, être fondée uniquement sur le fait que celui-ci conserve ses compétences disciplinaires et pénales à leur égard.[1281] L'absence d'exemple d'attribution de

[1277] Rapport ILA, p. 28

[1278] Philippe WECKEL, « Le droit des conflits armés et les organisations internationales », in Madjid BENCHIKH (dir.), *Les organisations internationales et les conflits armés*, L'Harmattan, 2001, p. 103

[1279] V. p. ex. Pierre KLEIN, *Ibid.*, p. 180

[1280] Rapport ILA, p. 28

[1281] CDI, Deuxième rapport sur la responsabilité des organisations internationales, présenté par le rapporteur spécial Giorgio Gaja, 2004, doc. A/CN.4/541, p. 20

responsabilité à l'Etat du fait du comportement d'un contingent national participant à une opération de maintien de la paix ne signifie pas que cette hypothèse doit être exclue ; elle serait, dans certaines circonstances, conforme au projet d'articles sur la responsabilité des Etats.[1282] Ainsi, comme l'attribution dépend du contrôle, un acte illicite commis par un membre d'un contingent national faisant partie d'une opération de maintien de la paix dans un domaine qui relève du contrôle de l'Etat sera attribuable à ce dernier.[1283]

La répartition des compétences entre l'organisation et les Etats mentionnée plus haut (la distinction contrôle opérationnel/contrôle organique) devrait elle-même être nuancée, les commandants des contingents nationaux exerçant souvent une certaine influence sur les choix stratégiques de l'opération, ou prenant des initiatives individuelles.[1284] Dans ce dernier cas, le comportement du contingent devrait cependant être imputé exclusivement à l'Etat.

La « doctrine fondamentale » du département du maintien de la paix de l'ONU insiste sur le rôle des Etats contributeurs et l'importance des consultations avec eux.[1285] Une plus grande participation des Etats fournissant des contingents à la prise de décision de l'opération avait déjà été proposée par le secrétaire général Boutros Boutros-Ghali suite aux dysfonctionnements qui ont marqué les activités des forces internationales en Somalie. Cette participation devrait toutefois avoir pour objet et pour but que les contingents soient soumis à l'autorité exclusive des Nations Unies.[1286] Il ne s'agit en effet que d'une consultation des Etats fournisseurs ; ils ne disposent pas du commandement ou du contrôle des troupes. La consultation des Etats fournisseurs, dont dépendent les opérations de maintien de la paix, a été conçue pour assurer leur acceptation du contrôle opérationnel exclusif de leurs troupes par les Nations Unies. Il est moins probable qu'ils n'ordonnent à leurs troupes de ne pas exécuter certains ordres du commandement des Nations Unies s'ils ont pu exposer leurs vues au sujet de l'utilisation des troupes par l'organisation.

Le contrôle opérationnel exercé par l'ONU sur les opérations de maintien de la paix, a été assimilé à un « contrôle global », qui serait toutefois suffisant pour lui attribuer leur

[1282] Marten ZWANENBURG, thèse, *op. cit.*, p. 112

[1283] CDI, Rapport sur la 61ème session, doc. A/64/10, p. 66

[1284] Robert KOLB, Gabriele PORRETTO, Sylvain VITE, *op. cit.*, p. 153; cette possibilité a également été relevée par le tribunal de district de la Haye dans l'affaire N. H. c. Pays-Bas (cf. supra)

[1285] Département des opérations de maintien de la paix, *« Doctrine fondamentale », op. cit.*, pp. 56-57

[1286] *Les Nations Unies et la Somalie*, p. 92

comportement de manière exclusive.[1287] L'expression « contrôle global », comme celle de « contrôle effectif », ne sont entièrement pertinentes ici. Ces expressions sont apparues dans le cadre de l'attribution à un Etat de faits commis par des personnes ou groupes de personnes n'ayant pas le statut d'organes *de jure*.[1288]

Le « contrôle effectif » doit porter sur un comportement spécifique. Il est utilisé dans ce sens par le présent article 6, qui dispose que le comportement de l'organe mis à disposition doit avoir été réalisé sous le contrôle effectif de l'organisation pour lui être imputable. Cependant, il est utilisé dans le cadre de la responsabilité des Etats dans un cas bien distinct, à savoir celui de l'attribution à l'Etat de faits commis par des particuliers avec lesquels l'Etat n'a que des relations de fait. Or, dans le cas présent, des relations de droit, fondées sur l'accord entre l'Etat et l'organisation, fondent le lien entre l'organisation à l'organe mis à disposition. Il s'agit justement d'un organe d'Etat, et non de particuliers ; en outre, l'Etat les a mis à disposition, ce qui est habituellement concrétisé par un accord entre l'Etat et l'organisation. Le contingent fourni par l'Etat n'est pas un agent de fait de l'organisation, il n'est pas un « groupe de personnes » au sens de l'article 8 du projet sur la responsabilité des Etats ; il s'agit d'un organe d'Etat mis à disposition de l'organisation. Le contrôle exercé par l'organisation sur l'organe n'est pas *de facto,* mais bien *de jure,* il est fondé sur un accord entre l'Etat et l'organisation. C'est un cas de relation juridique entre deux sujets de droit international, l'organisation et l'Etat, sur la mise à disposition d'un organe de ce dernier, et non de relations factuelles entre un sujet de droit international et des particuliers.

Le « contrôle global » est également tiré du contexte des relations entre un Etat et des groupes ne disposant pas de la personnalité juridique internationale. L'imputabilité de tous les actes d'un groupe organisé sur le fondement du contrôle global a été rejetée par la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Génocide*.[1289] Cette expression n'est pas nécessairement transposable au cas de la mise à disposition d'un organe à une organisation internationale, entre autres pour la même raison que précédemment : le critère du « contrôle global » a été conçu par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie comme une alternative au « contrôle effectif » appliqué par la CIJ, et concerne des relations factuelles entre un sujet de droit international, l'Etat, et une entité non-étatique.

[1287] José Joaquin CAICEDO, *op. cit.,* p. 310

[1288] *Cf. supra*, 1ère partie, Titre 2

[1289] *Cf. supra*, 1ère partie, Titre 2, ch.2

Cependant, cette expression peut être plus pertinente ici dans la mesure où elle a été créée pour prendre en compte des relations durables, systémiques, entre deux entités. C'est dans ce sens que l'application de ce critère au cas des opérations de maintien de la paix a été défendue.[1290] Cette hypothèse est toutefois bien distincte, et l'utilisation de ce terme pourrait mener à des confusions. En effet, ce critère a été forgé pour décrire les relations de fait entre la République fédérale de Yougoslavie et la République serbe de Bosnie et ses forces armées, relations caractérisées notamment par une aide militaire, matérielle et financière massive. Le cas des opérations de maintien de la paix est tout différent ; le contrôle n'est pas fondé sur des critères matériels, qui traduisent une hégémonie de fait de l'Etat sur l'entité ou le groupe contrôlé, mais sur l'accord entre l'Etat et l'organisation de mettre un de ses organes à disposition de cette dernière. Le contrôle de l'organisation sur l'organe de l'Etat est fondé sur un traité international entre deux entités ; l'organe n'est soumis au contrôle de l'organisation que sur la base du consentement exprès de l'Etat duquel il relève.

Le cas de la mise à disposition d'un organe à une organisation internationale ne peut donc pas être assimilé à celui du contrôle exercé par un Etat sur un « groupe de personnes ». Un critère particulier doit être utilisé dans ce cas. L'application du critère du « contrôle global » a été proposée pour rendre compte du fait qu'il suffit que le contrôle porte sur l'organe, et non sur un comportement précis. Ce résultat peut néanmoins être atteint avec un critère plus adapté et propre à ce domaine, à savoir le contrôle opérationnel.

Il ressort de la pratique que le comportement du personnel militaire national mis à la disposition de l'organisation est imputable à celle-ci s'il est soumis à son contrôle et commandement opérationnel. Aux fins de l'imputabilité, il suffit que le contrôle porte sur l'organe mis à disposition, et non sur le comportement spécifique en cause. Cette conclusion est renforcée par le fait que l'ONU reconnaît sa responsabilité pour les actes *ultra vires* des membres de forces de maintien de la paix, actes qui sont par définition hors de son contrôle effectif. La pratique montre que le comportement de l'organe mis à disposition adopté en cette qualité est attribuable à l'organisation, ce qui rapproche le régime de l'organe mis à disposition au sens de l'article 6 de celui de l'organe au sens de l'article 5.

Il existe une présomption que la mise à disposition d'un organe a pour effet de rendre le comportement de cet organe imputable à l'organisation bénéficiaire du transfert, si

[1290] José Joaquin CAICEDO, *op. cit.*, p. 315

l'organisation exerce le contrôle opérationnel de principe sur cet organe. Par ailleurs, la « mise à disposition » contient en principe cet effet ; l'organe devient précisément à la disposition de l'organisation bénéficiaire, qui peut l'utiliser pour son compte.

Un organe mis à disposition d'une organisation internationale relève donc en principe de l'autorité de l'organisation bénéficiaire. Si l'organe relève effectivement du contrôle opérationnel de l'organisation bénéficiaire, son comportement adopté en cette qualité lui est attribuable. N'est attribuable à l'Etat que le comportement adopté par l'organe en suivant ses instructions ou en agissant sous sont contrôle effectif. Il s'agit, dans ce cas, d'une relation de fait entre l'Etat et son organe ; il relève en principe de l'organisation, mais l'Etat a exercé sur un contrôle effectif sur un comportement spécifique, ce qui justifie son attribution à l'Etat.

La détermination de l'imputabilité, à l'Etat d'origine ou à l'organisation bénéficiaire, du comportement d'un organe étatique mis à disposition d'une organisation internationale dépend de la source concrète, effective, du contrôle et/ou des instructions, de l'« effectivité du contrôle et du commandement sur les forces engagées. »[1291]

2. La possibilité d'une attribution conjointe

Même s'ils se trouvent à la disposition de l'ONU et sont soumis à son contrôle opérationnel, les contingents nationaux n'en demeurent pas moins des organes de l'Etat, qui n'abandonne pas tout contrôle à leur égard. Il conserve au moins l'autorité disciplinaire et pénale sur eux.[1292]

La complexité du système de commandement des forces des Nations Unies, caractérisé par une autorité exercée, à des degrés divers, tant par l'organisation que les Etats membres, empêcherait de conclure que les Nations Unies exercent un contrôle exclusif.[1293] Il s'agirait en réalité davantage d'un « double contrôle », d'un contrôle partagé entre

[1291] Robert KOLB, Gabriele PORRETTO, Sylvain VITE, *op. cit.*, p. 152

[1292] CDI, Deuxième rapport sur la responsabilité des organisations internationales, présenté par le rapporteur spécial Giorgio Gaja, 2004, doc. A/CN.4/541, p. 20

[1293] Robert KOLB, Gabriele PORRETTO, Sylvain VITE, *op. cit.*, p. 153

l'organisation et les Etats fournisseurs. Le contrôle exclusif « ne correspond pas aux réalités du terrain. »[1294]

Les contingents faisant partie d'opérations de maintien de la paix ne seraient pas soumis au contrôle effectif de l'ONU, mais à un contrôle conjoint de l'organisation et des Etats fournisseurs. Les Etats conserveraient de manière permanente une influence importante sur leur contingent, que ce soit au niveau des consultations sur l'emploi des forces que sur le terrain, par l'intermédiaire des commandants des contingents nationaux.[1295] Une imputation conjointe de principe à l'organisation et à l'Etat de tous les actes des contingents n'est cependant pas conforme à la pratique. En effet, le comportement de membres d'un contingent faisant partie d'une opération de maintien de la paix est exclusivement attribuable à l'ONU, sauf si le comportement a été commis alors qu'il agissait pour le compte de l'Etat.[1296]

Comme le souligne le professeur Pierre Klein, la « double imputabilité » d'un fait à l'organisation et à l'Etat fournisseur du contingent ne doit pas être exclue en principe, mais doit être déduite du contrôle exercé sur le contingent lors de sa commission.[1297] Le rapporteur spécial de la CDI rappelle que le critère déterminant aux fins de l'attribution est celui de l'exercice effectif du contrôle sur le comportement en cause, ce qui implique la possibilité d'une attribution conjointe lorsque l'organisation et l'Etat ont exercé un contrôle sur une opération spécifique.

Par ailleurs, l'attribution conjointe serait justifiée dans le cas où le droit international humanitaire est applicable. L'organisation comme les Etats fournisseurs de contingent ont l'obligation de le « respecter et faire respecter », ce qui impliquerait une responsabilité conjointe en la matière. Il convient cependant de distinguer clairement entre les obligations pesant sur les Etats et l'organisation et les règles secondaires du droit de la responsabilité internationale. L'imputabilité ne dépend pas de la règle primaire applicable, mais uniquement du contrôle exercé sur le personnel militaire. Le sujet chargé de « respecter » le droit international humanitaire dans un conflit est celui qui participe à ce conflit, c'est-à-dire qui

---

[1294] *Ibid.*

[1295] Christopher LECK, "International Responsibility in United Nations Peacekeeping Operations : Command and Control Arrangements and the Attribution of Conduct", *Melbourne Journal of International Law*, vol. 10, 2009, p. 14

[1296] Marten ZWANENBURG, thèse, *op. cit.*, p. 113

[1297] Pierre KLEIN, *op. cit.*, p. 381

exerce effectivement le commandement sur les troupes engagées. Il s'agit en principe dans le cas des opérations de maintien de la paix de l'Organisation des Nations Unies. Les Etats contributeurs sont pour leur part soumis à l'obligation de « faire respecter » le droit international humanitaire. Si une attribution conjointe à l'Etat et à l'organisation est envisageable dans les cas où le contingent national était soumis à un véritable contrôle conjoint de leur part, il est sans doute plus juste de considérer « que les actes ayant porté atteinte au droit sont imputables soit à l'État soit à l'Organisation des Nations Unies, alors qu'une omission, le cas échéant, s'agissant de prendre des mesures préventives, est imputable à l'autre sujet. »[1298]

Pour certains auteurs, l'attribution conjointe ne serait pas envisageable ; le contrôle d'un sujet exclurait celui de l'autre, et donc sa responsabilité internationale.[1299]

La responsabilité des Etats contributeurs de troupes à une opération de maintien de la paix doit en principe être exclue. Comme dans le cas général de la responsabilité des organisations internationales, la responsabilité concurrente ou secondaire d'Etats membres comprend le risque que ceux-ci entendent exercer un contrôle sur leur contingent, au détriment de l'unité de commandement de la force et, en conséquence, de son efficacité.[1300] Le respect du caractère international d'une opération de maintien de la paix exige que l'organisation dispose du commandement et du contrôle exclusifs de la force, et soit donc responsable des actes de celle-ci. Cela n'empêche pas que l'organisation puisse ensuite se retourner contre l'Etat fournisseur du contingent, selon les accords concernant la mise à disposition des troupes. L'accord-type sur la mise à disposition de troupes entre l'ONU et les Etats dispose que l'organisation doit en principe indemniser les tiers, lorsque le dommage a été causé par le personnel fourni par l'Etat dans l'exercice de ses fonctions. L'indemnisation incombe toutefois à l'Etat si le dommage est dû à une négligence grave ou à une faute

[1298] CDI, Deuxième rapport sur la responsabilité des organisations internationales, présenté par le rapporteur spécial Giorgio Gaja, 2004, doc. A/CN.4/541, p. 22

[1299] José Joaquin CAICEDO, *op. cit.*, p. 317

[1300] Marten ZWANENBURG, thèse, *op. cit.*, p. 132. L'absence d'unité de commandement, dû à la cohabitation entre une opération des Nations Unies et des forces sous commandement national, a eu des conséquences graves sur le terrain. Le manque de coordination entre des forces soumises à des commandements différents a causé des pertes importantes, notamment en Somalie (cf. le rapport du Secrétaire général Boutros Boutros-Ghali, *Les Nations Unies et la Somalie*, p. 57).

intentionnelle. Cet accord est cependant *res inter alios acta* vis-à-vis des tiers, envers lesquels les règles générales d'imputabilité, fondées sur le critère du contrôle, s'appliquent.

L'organisation est également responsable du manquement par un Etat fournisseur de poursuivre des membres de son contingent pour violation du droit international humanitaire. Cependant, le fait que l'organisation est seule responsable envers l'Etat hôte ou un Etat tiers des faits d'un membre d'une opération de maintien de la paix ne l'empêche pas de pouvoir se retourner contre l'Etat d'envoi, au cas où le soldat a commis une faute intentionnelle ou une négligence grave[1301], ou s'il n'a pas poursuivi un membre de son contingent responsable d'une violation du droit des conflits armés.[1302] Le secrétaire général de l'ONU a également envisagé une « responsabilité concurrente des États de nationalité en cas de violation du droit humanitaire international par des membres des contingents nationaux » faisant partie d'une opération des Nations Unies.[1303] Ces derniers conserveraient cependant leur responsabilité principale.

B) L'objet du contrôle

Le critère d'attribution du comportement à l'organisation internationale est le contrôle, qui doit être « exercé dans les faits sur le comportement particulier adopté par l'organe ou l'agent mis à la disposition de l'organisation d'accueil. »[1304]

La formulation de l'article 6 du projet sur la responsabilité des organisations internationales diffère en quelques aspects de son pendant sur la responsabilité des Etats, qui a cependant inspiré les solutions retenues dans la pratique. En effet, le comportement d'un organe mis à la disposition d'un État par un autre État est considéré comme un fait du premier État pour autant que cet organe agisse dans l'exercice de prérogatives de puissance publique de l'État à la disposition duquel il se trouve. Or, ce critère de l'exercice de prérogatives de puissance publique ne convient pas dans le cas des organisations internationales.[1305] Le critère

[1301] Doc ONU A/51/389, §42

[1302] Pierre KLEIN, *op. cit.*, p. 386

[1303] Doc ONU A/51/389, §44

[1304] CDI, Rapport sur la 61ème session, doc. A/64/10, p. 65

[1305] *Ibid.*, p. 65

essentiel est ici le contrôle effectif sur le comportement de l'organe ou de l'agent mis à disposition.

Le commentaire du rapporteur spécial James Crawford sous l'article 6 du projet relatif à la responsabilité de l'Etat précise que le comportement en question n'est attribuable à l'Etat bénéficiaire que si l'organe a agi sous sa direction et son contrôle exclusifs.[1306] Dans ce dernier cas, le contrôle semble se référer à l'organe mis à disposition. Les actes de l'organe mis à disposition sont donc attribuables à l'Etat bénéficiaire dans les mêmes conditions que les actes de ses propres organes. Cependant, dans le cas des organisations internationales, l'hypothèse d'un organe ou d'un agent entièrement mis à disposition de l'organisation, qui est de ce fait assimilable à ses propres organes ou agents, relève de l'article 5 du projet d'articles. L'article 6 concerne le cas où l'organe ou l'agent prêté agit encore dans une certaine mesure en qualité d'organe de l'État ou de l'organisation d'envoi.[1307]

Le projet relatif à la responsabilité des organisations internationales s'éloigne ici de son pendant relatif à la responsabilité des Etats. Alors que le projet sur la responsabilité des Etats se réfère au contrôle exercé sur l'organe par l'Etat bénéficiaire de la mise à disposition, le projet relatif à la responsabilité des organisations internationales exige que le contrôle porte sur le comportement illicite afin que celui-ci soit attribuable à l'organisation bénéficiaire.

La différence est causée par le fait que les deux dispositions ne concernent pas exactement la même hypothèse, ce qui est dû au caractère extensif de la définition d'agent de l'organisation retenue par l'article 2 du projet. Définie comme toute personne par laquelle l'organisation agit, la notion d'agent de l'organisation prend déjà en compte les agents ou organes mis à disposition de l'organisation et sur lesquels elle exerce un contrôle exclusif, ainsi que les personnes agissant sous son contrôle ou en suivant ses instructions au sens de l'article 8 du projet d'articles sur la responsabilité des Etats.

Par ailleurs, il ressort de la pratique de la mise à disposition par un Etat d'un des ses organes à une organisation internationale que le contrôle exercé par cette dernière sur l'organe est rarement exclusif, alors que l'exclusivité du contrôle par l'Etat bénéficiaire, à l'exclusion de tout contrôle résiduel de l'Etat prêteur, est une condition de l'attribution du comportement de l'organe à l'Etat bénéficiaire dans le cas de l'article 6 sur la responsabilité des Etats. Les

[1306] James CRAWFORD, *op. cit.*, p. 100

[1307] CDI, Rapport sur la 61ème session, doc. A/64/10, p. 64

Etats qui mettent des organes ou des agents à la disposition d'une organisation internationale retiennent souvent un certain degré de contrôle, notamment dans le cas de mise à disposition d'un contingent militaire. Le contrôle de l'organisation sur l'organe mis à sa disposition n'est donc, par hypothèse, pas exclusif, ce qui explique que la CDI ait retenu le critère du contrôle sur le comportement. En effet, l'organisation ne saurait se voir attribuer tous les actes et omissions d'un organe sur lequel elle n'exerce pas un contrôle exclusif, alors qu'il s'agit précisément du critère retenu pour la définition d'un organe étatique *de facto*.[1308]

Malgré ces différences, il n'est sans doute pas nécessaire d'exiger que le contrôle effectif de l'organisation porte sur le comportement illicite lui-même. Cette exigence n'est pas conforme avec la pratique. En effet, dans la pratique des opérations de maintien de la paix, tous les actes commis dans le cadre de leurs fonctions par des membres de contingents de la force sont attribuables à l'ONU, sauf ceux commis sous le contrôle effectif de l'Etat, ou pour le compte de l'Etat. L'organisation a elle-même reconnu sa responsabilité pour les actes de ces forces, dont ceux commis *ultra vires*, dont l'imputabilité à l'organisation internationale est acceptée dans la pratique. Or, le comportement *ultra* vires ne serait pas imputable à l'organisation internationale si le contrôle devait porter sur le comportement spécifique. En effet, le « contrôle effectif » sur le comportement suppose que l'organisation a effectivement dirigé ce comportement. Un comportement de l'organe contraire aux instructions de l'organisation se situerait de ce fait hors du champ du contrôle de cette dernière. Si un organe d'Etat « prêté » à une organisation commet un acte *ultra vires* par rapport à l'organisation, il ne pourrait donc être considéré comme « mis à disposition » de l'organisation, car celle-ci n'aurait pas exercé son contrôle effectif sur le comportement en question, et ce même si elle exerçait son contrôle sur l'organe.

Par ailleurs, l'exigence que le contrôle de l'organisation porte sur le comportement de l'organe rendrait le statut de ce dernier dépendant de considérations factuelles très variables et fluctuantes, et causerait une certaine insécurité juridique. En effet, le comportement d'un organe d'Etat ne serait pas attribuable à l'organisation même s'il est « mis à sa disposition » (au sens courant de ce terme) et est soumis à son contrôle. Les faits de cet organe resteraient imputables à l'Etat en application des règles gouvernant la responsabilité étatique, sauf ceux qui ont été commis sous le contrôle effectif de l'organisation. Le statut de l'organe – organe

[1308] *Cf. supra* : l'organe *de facto* d'un Etat se caractérise par sa « totale dépendance » envers l'Etat, ce qui suppose le contrôle exclusif de la part de celui-ci.

de l'Etat dont le comportement lui est attribuable ou organe mis à disposition d'une organisation internationale au sens du projet d'articles – ne pourrait être déterminé qu'au cas par cas.

Le projet de l'ILA dispose que les faits illicites d'un organe d'Etat mis à disposition d'une organisation internationale lui sont imputables si elle dispose de l'autorité propre à exercer un contrôle effectif sur les activités de l'organe. Le critère n'est pas l'exercice du contrôle sur les activités de l'organe, mais l'autorité propre à l'exercer dont dispose l'organisation, c'est-à-dire une autorité qui porte sur l'organe lui-même. Le principe est ici que l'imputabilité dépend du contrôle, ou de l'autorité, exercé sur l'organe, et non le contrôle effectif portant sur des activités spécifiques. Le projet prévoit que la présomption d'imputation à l'organisation peut être renversée si le contrôle effectif (ou commandement opérationnel) est de fait exercé par l'Etat dont l'organe relève.

Le critère décisif est ici l'autorité, le pouvoir de contrôle, d'instruction ou de commandement[1309], dont dispose l'organisation sur l'organe, que ce contrôle ait été exercé sur le comportement litigieux ou non. Le comportement d'un organe étatique, mis à la disposition d'une organisation internationale et effectivement soumis à son contrôle, est attribuable à l'organisation, sauf s'il a été commis sous le contrôle effectif de l'Etat.

La pratique internationale montre le caractère déterminant du critère du contrôle. En principe, le comportement litigieux sera attribué au sujet de droit international, Etat ou organisation internationale, qui contrôlait effectivement l'organe ou les agents qui ont commis cet acte. Il est cependant possible d'affirmer qu'il existe une présomption selon laquelle l'organisation bénéficiaire de la mise à disposition est responsable des actes et omissions de l'organe. Le comportement d'un organe mis à disposition est attribuable à l'organisation si *l'organe* est soumis au contrôle opérationnel, de principe, de l'organisation. La présomption peut être renversée si *un comportement* était soumis au contrôle effectif de l'Etat. Cette conclusion, conforme à la pratique internationale dans le domaine, permet d'assurer le respect du principe d'effectivité du droit international tout en présentant un cadre conceptuel stable à cette question.

[1309] Christian DOMINICE, « La responsabilité des Nations Unies », *op. cit.*, p. 148.

Chapitre 2. L'attribution de la responsabilité à raison du fait d'Etats membres agissant en application d'une autorisation ou d'une décision de l'organisation

Les organisations internationales peuvent réaliser leurs missions en utilisant des organes que les Etats membres mettent à leur disposition. Dans ce cas, l'organisation dispose en principe du contrôle sur les activités de cet organe, dont le comportement lui est attribuable. L'organisation est alors seule responsable pour le fait de l'organe en question. Il y a identité entre l'imputation du fait illicite et l'attribution de la responsabilité. L'organisation internationale est en principe seule à répondre des actes d'un organe étatique placé à sa disposition. Cependant, les organisations internationales peuvent également agir par l'intermédiaire de leurs Etats membres, en recommandant ou autorisant des Etats membres à adopter un comportement précis, ou en prenant une décision contraignante à leur égard. Dans cette hypothèse, l'Etat ne met pas l'organe compétent à la disposition de l'organisation ; l'acte de l'organisation s'adresse à lui en tant que sujet de droit distinct. Le fait illicite demeure celui de l'Etat, qui agit par le biais de ses agents et organes, et si l'Etat doit en principe en répondre, une responsabilité propre de l'organisation vient s'ajouter. La responsabilité de l'organisation internationale trouve son origine dans un comportement attribuable aux Etats, mais repose sur leur fait propre, à savoir l'autorisation ou la décision.

La responsabilité propre de l'organisation s'explique par le fait qu'elle ne doit pas pouvoir se soustraire à ses obligations internationales en utilisant ses Etats membres pour réaliser un fait qui aurait été illicite si elle l'avait commis elle-même. Même s'il ne s'agit pas à proprement parler d'une hypothèse d'imputation, ou d'attribution de la responsabilité, la responsabilité de l'organisation pour son autorisation ou sa décision participe de la problématique de l'influence de la structure des organisations internationales et des relations entre l'organisation et ses membres sur l'allocation de la responsabilité internationale. Elle est inséparable de la question de l'attribution de la responsabilité dans le cas de la mise en œuvre des décisions ou obligations d'une organisation internationale par ses Etats membres. Par ailleurs, la responsabilité à raison de l'application d'une décision, ou de la mise en œuvre d'une autorisation, de l'organisation par les Etats a été abordée dans la pratique ou la doctrine

sur le plan de l'imputabilité du comportement, de l'attribution de la responsabilité, ainsi que de la responsabilité propre de l'organisation pour son autorisation ou sa décision ; or, il est nécessaire de distinguer clairement cette hypothèse de celle de la responsabilité de l'organisation à raison du fait de ses organes ou des organes mis à sa disposition.

La responsabilité pour un fait propre qui trouve cependant son origine dans un comportement attribuable à un autre sujet n'est pas propre aux relations entre une organisation et ses membres. Le projet d'articles sur la responsabilité des Etats prend en compte des cas dans lesquels un Etat est responsable à raison d'un fait attribuable à un autre Etat. Il s'agit notamment du contrôle exercé sur la commission du fait, ou de la contrainte sur l'Etat auteur du fait. Ces hypothèses sont fondées sur des relations factuelles entre les deux Etats. Le droit international tire des conséquences au niveau de l'attribution de la responsabilité de relations s'établissant entre deux Etats à l'occasion de la commission d'un fait portant préjudice à un tiers. Des relations du même type peuvent s'établir entre une organisation internationale et un Etat ou une autre organisation internationale, et des dispositions parallèles ont été incluses dans le projet sur la responsabilité des organisations internationales.

Cependant, la pratique fait apparaître un cas particulier aux relations entre une organisation internationale et ses Etats membres[1310] qui a fait l'objet d'une disposition spécifique du projet d'articles de la Commission du droit international. La responsabilité de l'organisation du fait de son autorisation ou de sa décision est fondée sur les relations *de jure* entre l'organisation et ses membres. Une organisation internationale dispose en effet rarement des moyens d'exercer un véritable contrôle ou une contrainte sur un Etat, mais elle peut se fonder sur les relations juridiques avec les Etats membres pour réaliser ses objectifs par leur intermédiaire. Une organisation peut de ce fait être responsable « à raison du fait d'un Etat ou d'une autre organisation internationale ».[1311] La responsabilité propre de l'Etat est également justifiée par le contrôle qu'il garde sur ses organes, et sa liberté de décision.

Deux cas spécifiques doivent être distingués : l'attribution de la responsabilité suite à une autorisation donnée par l'organisation internationale à un Etat membre (s.1), et l'attribution de la responsabilité suite à une décision de l'organisation internationale envers un Etat membre (s. 2).

[1310] L'hypothèse peut être élargie aux organisations internationales membres.

[1311] Ces hypothèses font l'objet du chapitre IV du projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales réalisé par la Commission du droit international.

s. 1 L'attribution de la responsabilité issue d'un comportement adopté par un Etat suite à une autorisation donnée par l'organisation internationale dont il est membre.

La problématique de la responsabilité à raison de faits commis suite à une autorisation ou une recommandation d'une organisation internationale est apparue avec la pratique des Nations Unies en matière d'opérations de « rétablissement de la paix » suite à une guerre d'agression. Devant faire face à des guerres d'agression, en l'absence des forces prévues par les articles 42 et 43 de la Charte, le Conseil de sécurité a choisi de recommander, ou d'autoriser[1312], des Etats membres volontaires à agir pour y mettre fin. A la différence des opérations de maintien de la paix, les opérations « autorisées » ont une nature « mixte »[1313] ou « hybride »[1314] ; elles se caractérisent par la présence d'éléments institutionnels, qui rattachent l'opération à l'organisation, et des éléments décentralisés mettant en évidence le rôle central des Etats.[1315] Cette ambivalence a été à l'origine de divergences concernant l'attribution de la responsabilité à raison de faits illicites commis au cours d'une opération de ce type.

Une différence apparaît entre la pratique internationale relative à la responsabilité des organisations internationales du fait d'autorisations ou de recommandation et le traitement de la question par la Commission du droit international. La pratique se situe sur le terrain de l'attribution du comportement illicite ou de la responsabilité, basée sur l'analyse des relations de contrôle et d'autorité entre l'organisation internationale et ses Etats membres destinataires de l'autorisation ou de la recommandation. La CDI, quant à elle, se situe sur un autre plan ; elle appréhende l'autorisation et le comportement étatique comme des faits distincts, des actes propres de l'organisation comme des Etats membres. Dans cette optique, chaque sujet est responsable à raison de son fait propre, l'Etat du comportement litigieux commis par ses organes, et l'organisation de l'autorisation qu'elle a adoptée, ce qui présente l'avantage d'éviter certaines difficultés concrètes auxquelles se heurte la première approche. La réalité

[1312] La recommandation a été utilisée dans le cas du conflit coréen, l'autorisation dans le cas du conflit du Golfe et des opérations suivantes.

[1313] Linos-Alexandre SICILIANOS, « L'autorisation par le Conseil de sécurité de recourir à la force : une tentative d'évaluation », *RGDIP* 2002, p. 24

[1314] Robert KOLB, Gabriele PORRETTO, Sylvain VITE, *op. cit.*, p. 42

[1315] V. à ce sujet le cours du professeur Linos-Alexandre SICILIANOS à l'Académie de la Haye : « *Entre multilatéralisme et unilatéralisme : l'autorisation par le Conseil de sécurité de recourir à la force* », RCADI t. 339, 2008

des relations entre l'organisation et les Etats membres concernés sont, en outre, davantage pris en compte. En effet, les liens entre eux sont trop lâches pour pouvoir qualifier l'Etat d'instrument ou organe de l' organisation, et donc de lui attribuer tous ses actes ; en même temps, il faut prendre en compte le rôle de l'autorisation de l'organisation dans la commission du fait illicite. L'étude du mécanisme de l'article 16 de la CDI (§2) est précédée de celle de la pratique et la jurisprudence internationales concernant l'attribution de la responsabilité à raison du comportement d'organes d'Etats prenant part à une opération autorisée (§1).

§1 La responsabilité à raison du comportement d'organes d'Etats prenant part à une opération autorisée

Le principe solidement établi de l'imputabilité aux Etats des actes commis par leurs organes prenant part à une opération autorisée (A) a récemment fait l'objet d'une remise en cause, dont la portée est toutefois relative (B).

A) La pratique des opérations autorisées par les Nations Unies

La détermination du titulaire de la responsabilité pour d'éventuels faits illicites commis à l'occasion d'opérations menées « sous l'égide » des Nations Unies conduit à étudier les relations entre l'organisation internationale et les Etats prenant part à l'opération. Le cas des opérations autorisées a souvent été traité sur le même plan que celui des opérations de maintien de la paix, c'est-à-dire au niveau de l'imputabilité fondée sur des relations de contrôle ou d'autorité. Les opérations autorisées ne présentent dans cette approche qu'une différence de gradation avec les opérations de maintien de la paix, le contrôle de l'organisation étant moins étroit dans le premier cas que dans le second. La pratique initiée lors de l'intervention des forces des Nations Unies en Corée (1) a été confirmée à partir des années 1990 (2).

1. L'attribution de la responsabilité à raison de faits illicites commis par des forces « des Nations Unies » en Corée.

La première opération internationale menée sous l'égide de l'ONU a lieu cinq ans après la création de l'organisation. Les forces armées de Corée du Nord franchissent le 38ème parallèle et pénètrent sur le territoire de la République de Corée le 25 juin 1950. Le 27, le Conseil de Sécurité adopte la résolution 83 (1950), qui « recommande aux membres de l'Organisation des Nations Unies d'apporter à la République de Corée toute l'aide nécessaire pour repousser les assaillants et rétablir dans cette région la paix et la sécurité internationales. » La résolution 84 (1950) a pour but de coordonner l'aide militaire apportée à la Corée du Sud, et demande aux Etats fournissant des troupes de les mettre à la disposition du commandement unifié sous l'autorité des Etats-Unis. Les Etats-Unis sont requis de désigner le commandant de la force internationale ainsi que de présenter au Conseil des rapports sur les actions entreprises par le Commandement unifié. Le commandement unifié est autorisé à utiliser l'emblème de l'ONU avec les drapeaux des Etats participants.

Par la suite, l'action du Conseil de Sécurité est bloquée par le retour du représentant de l'URSS; du fait du veto, le pouvoir d'initiative passe à l'Assemblée Générale sous l'empire de la résolution « Union pour le maintien de la paix » du 3 novembre 1950.

La question de la base juridique de l'opération a suscité des controverses en doctrine. Selon certains auteurs, il s'agit de légitime défense collective sur la base de l'article 51.[1316]

Les forces venues assister la République de Corée étaient cependant considérées comme des « forces des Nations Unies ». La résolution 83 (1950) était fondée sur l'article 39 ; il s'agissait bien d'une mesure de sécurité collective, d'une action coercitive autorisée par des recommandations du Conseil de Sécurité. La recommandation avait l'effet d'une autorisation, permettant aux Etats membres de se lancer dans une action qui aurait pu être illégale en l'absence d'autorisation.[1317] La technique de la recommandation visait à permettre au Conseil

[1316] Jochen FROWEIN, Nico KRISCH, "Article 39", in Bruno SIMMA (ed.), *The Charter of the United Nations: a Commentary*, p. 728

[1317] Derek BOWETT, *op. cit.*, p. 32. Cet auteur critique le formalisme excessif qui a conduit certains observateurs à dénier le caractère d'opération coercitive du Chapitre VII ou même d'opération des Nations Unies à l'intervention en Corée. Dans le même sens, Robert KOLB, Gabriele PORRETTO, Sylvain VITE, *op. cit.*, pp. 44-45

de Sécurité d'exercer sa responsabilité principale de maintien de la paix et de la sécurité internationales tout en palliant l'inexistence du système prévu par la Charte.

L'assistance fournie par les Etats membres à la force des Nations Unies a fait l'objet d'arrangements bilatéraux entre les Etats fournisseurs, ainsi que la République de Corée, avec le gouvernement des Etats-Unis[1318], ceux-ci agissant comme un mandataire des Nations Unies ; les Etats-Unis ont toujours prétendu agir comme « *the executive agent of the United Nations Forces in Korea.* »[1319] Les accords sur la mise à disposition de troupes ont été conclus directement entre les Etats pourvoyeurs et les Etats-Unis. Il y a là une différence importante avec les opérations de maintien de la paix, où les troupes sont mises directement à la disposition des Nations Unies.

Les troupes des Etats membres, ainsi que celles de la République de Corée ont été incorporées à la huitième armée américaine et placées sous le commandement opérationnel d'officiers des Etats-Unis.[1320] Le Commandement des Nations Unies, c'est-à-dire les Etats-Unis par l'intermédiaire du « Commandement unifié », avait le contrôle complet des opérations militaires et de l'ensemble des troupes fournies à la demande du Conseil de Sécurité. Les Etats-Unis disposaient du commandement suprême des troupes des Nations Unies, ainsi que des troupes de la République de Corée.

La nomination du chef militaire de la force a été déléguée aux Etats-Unis; le « Commandement unifié » des Nations Unies s'est en pratique identifié au « Commandement d'Extrême-Orient » de l'armée des Etats-Unis.[1321] Cette chaîne de commandement étant inhabituelle, et peu souhaitable s'agissant d'une force internationale que le commandant soit nommé par un Etat membre, et non par des organes des Nations Unies. Elle s'expliquait néanmoins par des raisons pratiques, notamment la présence préalable d'importantes forces des Etats-Unis dans la région. Par ailleurs, le commandement politique et stratégique, qui suppose une connaissance précise de la situation et des plans militaires, ne pouvait être effectivement assuré par le Comité d'Etat-major ni par le Conseil de Sécurité, dans lesquels étaient présents des représentants soviétiques.[1322] En effet, pour sa première opération

[1318] Finn SEYERSTED, *op. cit.*, p. 35

[1319] Derek BOWETT, *op. cit.*, p.37

[1320] Finn SEYERSTED, *op. cit.*, p. 36, Derek BOWETT, *op. cit.*, p. 40

[1321] Derek BOWETT, *op. cit.*, p. 40, Finn SEYERSTED, *op. cit.*, p. 337

[1322] Derek BOWETT, *op. cit.*, p. 41

coercitive d'envergure, l'ONU était confrontée à une difficulté particulière: un membre permanent du Conseil de Sécurité est un proche allié de l'entité contre laquelle l'action est dirigée. Un Comité pour la coordination de l'assistance à la Corée, composé des Etats contributeurs, a été proposé par le Secrétaire général, mais s'est heurté à l'opposition des Etats-Unis. Ceux-ci souhaitaient conserver la complète maîtrise des opérations. Un « Comité des Seize » Etats contributeurs, aux fonctions uniquement consultatives, a été mis en place après l'intervention de troupes de la République populaire de Chine.

Le contrôle stratégique et politique effectif appartenait aux Etats-Unis, et non à l'ONU. Le commandement unifié recevait ses ordres exclusivement du gouvernement des Etats-Unis.[1323] Comme l'a déclaré le général Mac Arthur devant le Sénat des Etats-Unis, « *my connection with the United Nations was largely nominal...I had no direct connection with the United Nations whatsoever.* »[1324] Les Etats membres, et notamment les Etats-Unis, avaient reçu mandat de mener l'opération, au nom des Nations Unies mais sans contrôle effectif ou commandement stratégique de leur part.[1325]

Dans ce contexte s'est posée la question de l'attribution des faits illicites commis par les forces des Nations Unies.

Les réclamations ont été traitées par le commandement unifié ou par les autres Etats participants, et non par les Nations Unies.[1326] Les réclamations n'ont pas été traitées par les Nations Unies mais par le Commandement unifié ou directement par les Etats participants, sur leurs fonds propres.

En septembre 1950, l'URSS a présenté une plainte à l'ambassade des Etats-Unis à Moscou pour la destruction d'un avion militaire au-dessus de la haute mer par des forces des Etats-Unis. Ceux-ci ont indiqué que cet incident ne relevait pas de leur compétence mais de celle des Nations Unies, tandis que l'URSS a maintenu sa position selon laquelle il s'agit d'une affaire strictement bilatérale entre les deux Etats.[1327] Il en a été de même dans le cas d'une autre réclamation consécutive au bombardement d'une base aérienne soviétique par l'aviation des Etats-Unis.

[1323] Finn SEYERSTED, *op. cit.*, p. 41

[1324] Cité par Derek BOWETT, *op. cit.*, p. 42

[1325] V. à ce sujet Finn SEYERSTED, *op. cit.*, p. 98

[1326] Finn SEYERSTED, *op. cit.*, p. 110

[1327] *Ibid.*, pp. 110-111

Dans les deux cas les Etats-Unis ont accepté de présenter des excuses et de payer des réparations, mais par le truchement des Nations Unies, prétendant que les forces aériennes responsables de l'attaque se trouvaient sous le contrôle des Nations Unies, et non des Etats-Unis.[1328] Pour Giorgio Gaja, des actes illicites commis par des forces bénéficiant d'une autorisation de l'ONU ne sauraient être attribués à celle-ci; il cite la décision des Etats-Unis « [...] d'assumer la responsabilité des dommages dont une enquête impartiale menée immédiatement pourrait montrer qu'ils ont été causés par les forces des États-Unis et d'indemniser ces dommages».[1329] Le rapporteur spécial note cependant que « le représentant des États-Unis avait rejeté toute responsabilité en ce qui concerne une réclamation antérieure similaire, faisant valoir que ce comportement devait être imputé à l'Organisation des Nations Unies en Corée. »[1330] Ces actes illicites étaient surtout constitués par la violation de la neutralité-certes toute théorique-de la République populaire de Chine avant son intervention directe dans le conflit, qualifiée d'agression par l'Assemblée générale[1331], ainsi que de l'URSS.

La position américaine selon laquelle la responsabilité des faits illicites commis par leurs forces armées relevait des Nations Unies n'a pas été défendue de manière cohérente. En effet, les Etats-Unis n'auraient, dans ce cas, accepté aucune responsabilité, fût-ce par le biais de l'ONU. Celle-ci n'a, en outre, accepté aucune forme de responsabilité.[1332] De manière générale, la pratique des réparations pour les actes des forces des Etats-Unis participant à l'opération en Corée a présenté des contradictions, ce qui explique la division de la doctrine sur cette question. Ainsi, Derek Bowett considère que les Etats-Unis ont à juste titre estimé que les réclamations contre les activités de leurs forces armées auraient dû être adressées à l'ONU, et que le versement d'une réparation relevait également de l'organisation.[1333]

Selon le professeur Marie-Françoise Labouz, le Conseil de Sécurité a « endossé juridiquement l'action entreprise » en « réputant le commandement des Etats-Unis,

[1328] Howard J. TAUBENFELD, "International Armed Forces and the Rules of War", *AJIL* vol. 45, 1951, p. 675

[1329] Lettre datée du 26 septembre 1950, adressée au Secrétaire général par le représentant adjoint des États-Unis d'Amérique au sujet du bombardement par l'armée de l'air américaine du territoire de la Chine (S/1813).

[1330] Giorgio GAJA, 2ème rapport sur la responsabilité des organisations internationales, doc. A/CN.4/541, p.16, note 48

[1331] Résolution 498 V, adoptée le 1er février 1951

[1332] Finn SEYERSTED, *op. cit.*, p. 112

[1333] Derek BOWETT, *op. cit.*, p. 57

commandement des Nations Unies. » Les forces participant à l'opération coréenne ont été qualifiées de « forces des Nations Unies », ce qui aurait, d'après cette approche, pour effet de rendre l'ONU responsable de leur comportement.[1334] Au contraire, Henri Meyrowitz estime que le titre de l'action au regard du *jus ad bellum* constitué par les résolutions pertinentes des organes principaux des Nations Unies ne modifie en rien le partage des responsabilités entre l'organisation et les Etats participants.[1335] Une action prise sur la base d'une résolution d'un organe des Nations Unies ne signifie pas nécessairement que l'action est réalisée par les Nations Unies.[1336]

Les liens politiques existant entre l'ONU et les forces armées dépendant du Commandement unifié étaient trop ténus pour avoir pour effet de les transformer en organe des Nations Unies. Ils restent des organes des Etats participants, dont le comportement engage la responsabilité internationale.[1337] Les Nations Unies ne peuvent être considérées comme responsables à raison d'éventuels comportements illicites commis par les forces participant à l'intervention en Corée sur sa recommandation car ils ne disposaient pas du contrôle opérationnel sur celles-ci ; ces organes étatiques n'ont pas été mis à sa disposition. Le commandement sur les troupes relevait directement des Etats-Unis, qui exerçaient « en fait le contrôle complet des opérations militaires menées sur le terrain, le rôle de l'ONU se limitant essentiellement à une couverture politique de l'opération », ce qui justifie l'imputation à cet Etat des violations du droit international commises par les forces du Commandement unifié.[1338] Le contrôle opérationnel apparaît comme le critère pertinent permettant de déterminer l'imputabilité du comportement d'un contingent militaire à son Etat d'origine ou à l'organisation internationale pour le compte de laquelle il agit, quels que soient les termes utilisés pour définir la force ou les éléments symboliques comme l'autorisation d'arborer le drapeau des Nations Unies.[1339] La responsabilité relative aux contingents faisant partie de la force des Nations Unies en Corée relève des Etats ayant appliqué la recommandation de

[1334] Marie-Françoise LABOUZ, *l'Organisation des Nations Unies et la Corée, recherches sur la fiction en droit international public*, Publications universitaires de Paris, 1980, pp. 234-235

[1335] Henri MEYROWITZ, *Le principe de l'égalité des belligérants devant le droit de la guerre*, Pedone, 1970, p. 214

[1336] Giorgio GAJA, "Use of Force Made or Authorized by the United Nations", in Christian TOMUSCHAT (ed.),*The United Nations at Age Fifty – A Legal Perspective*, Kluwer Law International, 1995

[1337] Henri MEYROWITZ, *op. cit.*, p. 214

[1338] Pierre KLEIN, *op. cit.*, pp. 378-379

[1339] Finn SEYERSTED, *op. cit.*, pp. 121-122.

l'Organisation, en particulier des Etats-Unis qui en exerçaient le contrôle opérationnel. Lorsque les contingents nationaux sont demeurés des organes de l'Etat, et sous son contrôle organique, leur comportement ne peut pas être attribué à l'organisation, même s'ils agissaient sur sa recommandation.[1340] L'exercice réel par les Etats du contrôle sur les forces prime leur rattachement formel à l'organisation.

2. La pratique contemporaine

Dans le cas de l'opération menée par une coalition d'Etats dirigé par les Etats-Unis contre l'Irak en 1991, l'ONU s'est contentée d'autoriser l'intervention militaire. Les troupes alliées ne se trouvaient pas, même formellement, sous le commandement de l'Organisation. Le Secrétaire général de l'ONU a lui-même précisé qu'il ne s'agissait pas d'une « opération des Nations Unies », qu'il s'agissait d'une action multilatérale autorisée, mais non contrôlée, par les Nations Unies.[1341]

Les Etats exerçaient un contrôle effectif sur leurs troupes; les actes de ces dernières devaient donc leur être imputés. En l'absence de contrôle de la part de l'ONU, un comportement illicite ne pouvait lui être attribué. Le mandat donné par l'organisation était très large ; la résolution 678 (1990) autorisait « les Etats membres coopérant avec le gouvernement koweïtien (…) à user de tous les moyens nécessaires pour faire respecter et appliquer la résolution 660 (1990) (…) et pour rétablir la paix et la sécurité internationales dans la région ». Le Conseil de Sécurité était absent tout au long de l'opération « Tempête du désert » et n'a exercé aucun contrôle sur les opérations militaires[1342], qui ont été menées sans coordination avec l'ONU. Le contrôle de l'opération relevait entièrement des Etats coalisés, et

[1340] Dans ce sens, v. notamment Roberto AGO, *1er rapport sur la responsabilité des Etats*, ACDI 1971, vol. II, 1ère partie, pp. 287-288, §210 et 211 ; C. F. AMERASINGHE, *Principles…*, p. 403 ; Albane GESLIN, *op. cit.*, p. 554

[1341] Intervention de Javier Pérez de Cuellar, cité par André LEWIN, « Le Conseil de Sécurité : de la Corée au Golfe…et après », in Brigitte STERN (dir.),*Les aspects juridiques de la crise et de la guerre du Golfe*, Montchrestien, 1991, p. 154 et note 4.

[1342] V. Serge SUR, « La conduite des hostilités et les aspects militaires du conflit », in Brigitte STERN (dir.), *op. cit.*, p. 217

le contrôle du Conseil de Sécurité exercé par le biais des rapports qui lui ont été envoyés a été « plutôt nominal. »[1343]

Par la suite, de nombreuses opérations ont été menées par des Etats sur l'autorisation de l'ONU.[1344] Certaines, telle l'opération « *Restore Hope* », fondée sur la résolution 794 (2002), étaient combinées avec une opération de maintien de la paix classique (dans ce cas l'ONUSOM II). L'origine de l'opération était une offre des Etats-Unis, acceptée par le Conseil de Sécurité qui a autorisé les Etats volontaires à « employer tous les moyens nécessaires pour instaurer aussitôt que possible des conditions de sécurité pour les opérations de secours humanitaire en Somalie ».[1345] La résolution confie clairement le commandement de l'opération aux Etats-Unis, qui ont bénéficié d'une importante marge de manœuvre dans sa direction et son commandement.[1346] Le principe selon lequel la responsabilité dépend du contrôle n'est pas modifié dans le cas où une opération de maintien de la paix « classique » et une opération coercitive autorisée sont menées simultanément.[1347] Ainsi, l'Organisation des Nations Unies a refusé d'être tenue pour responsable d'un incident impliquant un membre du contingent belge relevant de l'opération « *Restore Hope* », au motif que « les troupes de la Force d'intervention unifiée n'étaient pas sous le commandement de l'Organisation des Nations Unies ».[1348] Les Etats participant à des opérations autorisées ont généralement accepté cette solution.[1349]

Une des techniques de contrôle sur une opération autorisée, l'obligation des Etats intervenants de faire des rapports au Conseil de Sécurité, est largement dépendante de leur bonne volonté, et ne permet pas l'exercice d'un contrôle efficace par le Conseil. La pratique

---

[1343] Linos-Alexandre SICILIANOS, *op. cit.*, RCADI t. 339, 2008, p. 67

[1344] *Cf.* Françoise HAMPSON, « States' Military Operations Authorized by the United Nations and International Humanitarian Law », in Luigi CONDORELLI, Anne-Marie LA ROSA, Sylvie SCHERRER (dir.), *Les Nations Unies et le droit international humanitaire*, Actes du colloque international à l'occasion du cinquantième anniversaire de l'ONU, Pedone, Paris, 1996

[1345] Résolution 794 (1992), §10

[1346] Giorgio GAJA, *Use of Force…, op. cit.*, p. 42

[1347] Daphna SHRAGA, "The United Nations as an Actor bound by International Humanitarian Law", in Luigi CONDORELLI, Anne-Marie LA ROSA, Sylvie SCHERRER (dir.), *op. cit.*, p. 332 : «*Depending upon the arrangements establishing the force and its modalities of cooperation with the United Nations, international responsibility for the conduct of the troops would lie where operational command and control is vested.* »

[1348] Giorgio GAJA, 2ème rapport sur la responsabilité des organisations internationales, doc. A/CN.4/541, §33

[1349] *Ibid.*

des rapports traduit « l'intention des Etats de ne pas laisser de marges d'intervention trop importantes au Conseil de sécurité et leur souci de se réserver autant que faire se peut le contrôle et l'initiative sur le cours des opérations. »[1350] De manière générale, le contrôle sur les forces appartient entièrement aux Etats ou organisations autorisées à « employer tous les moyens nécessaires » ; l'autorité de l'ONU ne se traduit pas par un contrôle ou commandement effectif de l'opération.

La pratique de l'autorisation d'intervenir développée par le Conseil de Sécurité a précisément pour cause la volonté des Etats de conserver le contrôle sur leurs troupes et sur l'opération. Les Etats membres sont libres de suivre l'autorisation ou la recommandation, ils ont l'initiative du début et de la fin de l'opération.[1351] Ils ne placent pas les contingents destinés à prendre part à l'opération à la disposition des Nations Unies au sens de l'article 6 du projet de la CDI sur la responsabilité des organisations internationales ; au contraire, ils en gardent entièrement le contrôle, sous réserve des arrangements entre Etats liés à la mise en place d'un commandement unifié. Celui-ci n'est cependant pas soumis au contrôle ou au commandement de l'organisation. Les Etats ne sont prêts à se lancer dans des opérations de grande ampleur comme des opérations de rétablissement de la paix qu'à la condition d'en garder le contrôle, en proportion de leur participation ; ils ne sont pas prêts à mettre des moyens militaires aussi importants à la disposition du Conseil de Sécurité.[1352] La marge de liberté dont disposent les Etats constitue pour eux l'attrait principal du système des autorisations de recourir à la force.[1353]

Il découle des résolutions relatives aux opérations coercitives que celles-ci sont placées sous l'autorité du Conseil de Sécurité. L'autorité du Conseil est généralement implicite, et est rarement mentionnée de manière expresse.[1354] L'étendue de l'autorité des Nations Unies sur les opérations coercitives autorisées varie selon les caractéristiques de

[1350] Linos-Alexandre SICILIANOS, *op. cit.*, RCADI t. 339, 2008, p. 108

[1351] Giorgio GAJA, *Use of Force…, op. cit.*, p. 42

[1352] Dans ce sens, v. Michael BOTHE, "Peace-keeping", in Bruno SIMMA, *op. cit.*, p. 664

[1353] Théodore CHRISTAKIS, Karine BANNELIER, « Acteur vigilant ou spectateur impuissant ? Le contrôle exercé par le Conseil de Sécurité sur les Etats autorisés à recourir à la force », *RBDI* 2004, p. 504

[1354] Linos-Alexandre SICILIANOS, *op. cit.*, RGDIP 2002, p. 11

chaque opération, qui s'échelonne entre les deux extrêmes de « l'autorisation quasiment en blanc jusqu'à [l']habilitation bien délimitée et proportionnelle aux circonstances. »[1355]

Le Conseil de Sécurité exerce certes une « direction politique d'ensemble », qui place l'opération autorisée dans le cadre institutionnel de la Charte[1356], mais pas de « véritable supervision » de l'opération[1357], dont la direction est largement soumise à la discrétion des Etats qui la mènent. Comme l'écrit le professeur Sicilianos, « le Conseil de sécurité n'exerce pas un contrôle effectif sur le déroulement des opérations qu'il autorise. »[1358] Les Etats bénéficient d'un « très important pouvoir discrétionnaire » dans la mise en œuvre de l'autorisation du Conseil de sécurité, qui se traduit par « une liberté absolue en ce qui concerne la planification, le commandement et le déroulement de l'opération militaire, qui n'a ainsi pour limite que le respect du mandat et du droit international. »[1359]

Le critère pertinent aux fins de l'attribution d'un comportement illicite commis au cours d'une opération autorisée par les Nations Unies a été défini comme le contrôle effectif sur le comportement en question.[1360] Le critère du contrôle effectif sur le comportement illicite ne recouvre pas entièrement celui du contrôle sur les contingents engagés. Dans le cas des opérations de maintien de la paix classiques, dans lesquelles les organes étatiques sont mis à la disposition de l'organisation, la distinction présente une certaine importance. Si le projet de la CDI sur la responsabilité des organisations internationales retient la première solution, il ressort de la pratique que l'élément déterminant est l'exercice du contrôle opérationnel sur le contingent par l'organisation, à moins que le comportement spécifique ait été soumis au contrôle effectif de l'Etat.[1361] Dans le cas des opérations autorisées, les deux critères sont en principe équivalents ; l'organe étatique n'est pas mis à la disposition de l'organisation internationale, il reste soumis au commandement et au plein contrôle de l'Etat, qui est donc également le titulaire du contrôle effectif sur un éventuel comportement illicite commis par cet organe.

[1355] *Ibid.*, p. 12

[1356] Linos-Alexandre SICILIANOS, *op. cit.*, RCADI t. 339, 2008, p. 70

[1357] Linos-Alexandre SICILIANOS, *op. cit.*, RGDIP 2002, p. 22

[1358] Linos-Alexandre SICILIANOS, *op. cit.*, RCADI t. 339, 2008, p. 108

[1359] Théodore CHRISTAKIS, Karine BANNELIER, *Acteur vigilant…*, *op. cit.*, pp. 510-511

[1360] Linos-Alexandre SICILIANOS, *op. cit.*, RCADI t. 339, 2008, p. 370

[1361] *Cf. supra* 2ème partie, T2, ch. 1

L'application de ce critère conduit à attribuer les comportements de ce type « aux agents d'exécution des autorisations du Conseil de sécurité »[1362], c'est-à-dire aux Etats ou organisations qui mènent l'opération coercitive et qui disposent du contrôle opérationnel exclusif de leurs troupes. Les Etats disposent du contrôle opérationnel et du commandement des troupes prenant part à une opération coercitive autorisée, et sont en conséquence responsable de leur conduite. Parallèlement, l'absence de contrôle effectif par l'Organisation des troupes engagées dans une opération de ce type a pour conséquence que leurs actes ne lui sont pas attribuables.[1363] Le contrôle opérationnel des forces engagées dans l'opération a une conséquence directe sur l'imputabilité.[1364]

Dans le même sens, l'*International Law Association* affirme que la responsabilité d'une organisation internationale n'est pas affectée par l'action d'un Etat ou d'un groupe d'Etats agissant en suivant son autorisation[1365] ; dans ses termes « *the primary responsibility for any illegal act committed in the course of the execution of a delegation or authorisation rests with those States* »[1366], c'est-à-dire ceux auxquels l'opération a été déléguée.

La Commission du droit international n'a pas expressément consacré de disposition de son projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales à des critères négatifs d'attribution. Il ressort néanmoins des articles concernant l'imputation d'un comportement à une organisation internationale que « le comportement des forces militaires d'États ou d'organisations internationales n'est pas attribuable à l'Organisation des Nations Unies lorsque le Conseil de sécurité autorise des États ou des organisations internationales à prendre les mesures nécessaires en dehors d'une chaîne de commandement reliant ces forces aux Nations Unies. »[1367] Si l'impossibilité d'attribuer le comportement d'Etats ou d'organisations internationales participant à une opération autorisée par le Conseil de sécurité ne fait pas l'objet d'une disposition spécifique du projet d'articles, ce point est mentionné en

[1362] V. par exemple Linos-Alexandre SICILIANOS, *op. cit.*, RCADI t. 339, 2008, p. 370

[1363] Dans ce sens, Jochen FROWEIN, Nico KRISCH, « Article 42 », in. Bruno SIMMA (ed.), *op. cit.*, p. 759 ; Christian DOMINICE, *op. cit.*, p. 154 ; C.F.AMERASINGHE, *Principles…*, *op. cit.*, pp. 403-404 ; Daphna SHRAGA, *op. cit.*, p. 330

[1364] Robert KOLB, Gabriele PORRETTO, Sylvain VITE, *op. cit.*, p. 46, Linos-Alexandre SICILIANOS, *op. cit.*, RCADI t. 339, 2008, p. 374

[1365] International Law Association, Final Report 2004, p. 30

[1366] *Ibid*., p. 31

[1367] CDI, Rapport sur la 61ème session, doc. A/64/10, p. 58

passant dans les commentaires, ce qui souligne le fait que ce point était considéré comme acquis par la CDI et qu' « il n'était pas nécessaire d'alourdir le texte du projet lui-même en énonçant ce qui relèverait de l'évidence. »[1368]

En réalité, c'est le droit commun de la responsabilité des Etats qui trouve à s'appliquer dans cette hypothèse. L'Etat est responsable du comportement de ses organes[1369], sauf s'il les a mis à disposition d'un autre sujet de droit international, ce qui n'est pas le cas ici. L'autorisation rend le recours à la force licite, mais ne transforme pas l'opération autorisée en opération des Nations Unies. L'Etat autorisé à agir conserve sa liberté de décision, il ne se transforme pas en organe de l'organisation internationale, même s'il est l'instrument de la réalisation des buts de l'organisation. L'opération reste un comportement propre de l'Etat bénéficiaire de l'autorisation, qui conserve l'entière maîtrise de ses organes qui y prennent part ; il est en conséquence responsable des faits illicites dont ils sont les auteurs.

Le cas des « opérations autorisées » est donc une illustration du principe selon lequel « le comportement de tout organe de l'État est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international. »

L'organisation ne peut pas se voir attribuer le comportement des troupes engagées dans une opération de ce type car elle ne dispose pas du contrôle opérationnel sur celles-ci.[1370] Une responsabilité pour son propre fait est cependant envisageable.[1371]

B) La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, une remise en cause de la pratique

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme remettant en cause les règles relatives à l'imputabilité du comportement d'opérations internationales autorisées par les Nations Unies (1) conduit à une discussion du critère applicable au cas d'opérations internationales complexes, caractérisées par la participation de nombreux acteurs (2).

[1368] Linos-Alexandre SICILIANOS, *op. cit.*, RCADI t. 339, 2008, p. 375

[1369] Art. 4 des articles sur la responsabilité de l'Etat, *cf.* 1ère partie, T1, ch. 1

[1370] Robert KOLB, Gabriele PORRETTO, Sylvain VITE, *op. cit.*, p. 331

[1371] *Cf. infra*, projet de la Commission du droit international.

1. La position de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'imputabilité du comportement des opérations internationales

La question de l'imputabilité du comportement de contingents nationaux prenant part à une opération autorisée par les Nations Unies a été posée devant la Cour européenne des droits de l'homme, dans l'affaire *Behrami et Saramati c. France, Allemagne et Norvège*[1372]. Les requérants ont mis en cause la responsabilité d'Etats parties à la Convention européenne des droits de l'homme à raison de faits commis par des membres de leurs forces armées agissant dans le cadre de la KFOR[1373]. La Cour a jugé que le comportement des présences internationales au Kosovo était attribuable à l'Organisation des Nations Unis et a, en conséquence, déclaré la requête irrecevable *rationae personae*. La conclusion de la Cour présente toutefois des contradictions avec la pratique internationale, en particulier en ce qui concerne l'imputabilité du comportement de contingents faisant partie de la KFOR.

La requête des membres de la famille Behrami vise l'inaction litigieuse des troupes de la KFOR, et plus particulièrement du contingent français dans le déminage, ce qui engagerait la responsabilité de la France au regard de la Convention européenne des droits de l'homme. M. Saramati estime que sa détention, ordonnée par les commandants successifs de la KFOR, de nationalité norvégienne puis française, était contraire à la Convention. Les requérants allèguent que la KFOR n'est pas une opération de maintien de la paix de l'ONU, mais une opération autorisée et placée sous commandement et contrôle « unifiés », qui n'est pas soumise au commandement opérationnel de l'ONU. Le comportement de troupes faisant partie de la KFOR ne serait donc pas attribuable à l'ONU. L'argumentation des requérants se fonde notamment sur le fait que les troupes composant la KFOR, ainsi que le commandant de la Force, relèvent exclusivement de la juridiction de leur Etat d'envoi, qui conservent à leur égard leur compétence en matière disciplinaire et pénale, afin d'établir que les Etats défendeurs exerçaient leur juridiction au travers de leur contingent de la KFOR. Par ailleurs, les requérants estiment que la KFOR n'a pas de personnalité juridique distincte et ne saurait se voir imputer une responsabilité internationale du fait des actions ou omissions de son personnel. L'argumentation des requérants ne convainc pas entièrement, dans la mesure où l'exercice par chaque Etat de ses compétences personnelles sur ses troupes n'est pas le critère

[1372] CourEDH, *Behrami et Behrami c. France et Saramati c. France, Allemagne et Norvège*, déc. du 2 mai 2007, req. n° 71412/01 et 78166/01

[1373] « Kosovo Force », force multinationale autorisée à se déployer au Kosovo par la résolution 1244 du Conseil de sécurité.

déterminant en matière d'imputabilité du comportement de ces dernières. En effet, les contingents mis à la disposition de l'ONU dans le cadre d'une opération de maintien de la paix continuent de relever de la même manière de la compétence disciplinaire et pénale de l'Etat d'origine, sans que le principe de l'attribution de leur comportement à l'organisation soit remis en cause. Le critère déterminant est l'exercice du contrôle sur le contingent en question.[1374] La Cour se fonde néanmoins sur d'autres éléments pour déclarer les requêtes irrecevables. Le comportement de la KFOR en matière de déminage n'est pas du tout étudié par la Cour, qui se fonde sur le fait que ce domaine relevait de la compétence de la MINUK[1375], dont le comportement est effectivement attribuable à l'ONU.

Cependant, le point du raisonnement de la Cour au sujet de l'imputabilité dont la conformité avec le droit international général est la plus douteuse est celui concernant l'imputabilité du comportement de la KFOR à l'ONU. La Cour estime qu'aux fins de l'attribution des actes des présences internationales au Kosovo, « la question clé à trancher est celle de savoir si le Conseil de sécurité avait conservé l'autorité et le contrôle ultimes et si seul le commandement opérationnel était délégué » aux Etats membres ou aux organisations concernées.[1376] La Cour juge que la résolution 1244, qui autorise les « Etats Membres et les organisations internationales compétentes à établir la présence internationale de sécurité au Kosovo »[1377], équivaut à une délégation du contrôle opérationnel à leur bénéfice, l' « autorité et le contrôle ultimes » appartenant au Conseil de Sécurité. La Cour conclut donc que le comportement de la KFOR est imputable à l'ONU, même si, comme elle le relève par ailleurs, « le Conseil de sécurité détient l'autorité et le contrôle ultimes et [...] le commandement effectif des questions opérationnelles pertinentes appartient à l'OTAN ».[1378]

Cette conclusion est en contradiction avec les règles de droit international concernant le sujet. Le problème porte sur le choix du critère d'imputation fait par la Cour, plus que sur l'analyse des rapports entre les contingents nationaux, le commandant de la KFOR, l'OTAN et l'ONU. Le choix de ce critère est d'autant plus surprenant que la Cour cite l'article 6 (anciennement art. 5) du projet de la CDI sur la responsabilité des organisations internationales qui dispose que le comportement d'un organe étatique mis à disposition d'une

[1374] Sur ce point, v. *supra*, T2, ch. 1

[1375] *Cf. supra*, T2, ch. 1, s.2, §1, C), 2.

[1376] CourEDH, *Behrami…*, §133

[1377] Résolution 1244 (1999), §7

[1378] CourEDH, *Behrami…*, §140

organisation internationale est attribuable à cette dernière pour autant qu'elle exerce un contrôle effectif sur le comportement en question. La Cour ne l'applique cependant pas, et semble donc estimer qu'il ne reflète pas la coutume internationale, sans pour autant justifier son application du critère du « contrôle ultime. »

La Cour a justement observé que le contrôle opérationnel effectif des contingents constituant la KFOR ne relevait pas des Nations Unies, le Conseil de Sécurité ne disposant que d'une « autorité ultime » limitée en réalité à un simple pouvoir de supervision politique. La pratique des opérations coercitives autorisées montre, en effet, que le « contrôle ultime » du Conseil de Sécurité est très théorique.

La Cour s'est toutefois fondée sur ce contrôle ultime, et sur la délégation[1379] du seul commandement opérationnel, pour attribuer le comportement de la KFOR à l'ONU. Or, le critère d'imputation pertinent est précisément le contrôle opérationnel effectif. La Cour aurait dû déterminer le titulaire du contrôle effectif afin d'imputer le comportement litigieux.[1380] D'après la pratique constante des Nations Unies et de leurs Etats membres en matière d'opérations de maintien de la paix ou d'opérations coercitives autorisées, le comportement d'un organe étatique n'est attribuable aux Nations Unies que s'il est soumis au contrôle opérationnel de l'Organisation.[1381] Cette hypothèse ne concerne que les opérations de maintien de la paix au sens strict, pour l'activité desquelles les Nations Unies reconnaissent leur responsabilité, et non les opérations autorisée menées sous commandement national ou « unifié ». De même, pour la Commission du droit international, le comportement d'un organe d'Etat mis à la disposition d'une organisation internationale n'est imputable à cette dernière que pour autant qu'elle exerce un contrôle effectif sur ce comportement.[1382] Comme l'a

[1379] En outre, l'utilisation de la notion de délégation est douteuse dans ces circonstances. A ce sujet, cf. Philippe LAGRANGE, « Responsabilité des Etats pour actes accomplis en application du chapitre VII de la Charte », *RGDIP* 2008 p. 95; Marko MILANOVIC, Tatjana PAPIC, « As Bad as it Gets: The European Court of Human Rights' Behrami and Saramati Decision and General International Law », *ICLQ* 2009, p. 276.

[1380] Dans ce sens, v. Kjetil MUJEZINOVIC LARSEN, "Attribution of Conduct in Peace Operations: The "Ultimate Authority and Control" Test", *EJIL* 2008, p. 520

[1381] Dans le même sens, voir notamment Pierre KLEIN, « Responsabilité pour les faits commis dans le cadre d'opérations de paix et étendue du pouvoir de contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme : quelques considérations critiques sur l'arrêt *Behrami et Saramati* », *AFDI* 2007, p. 50, pour qui « le principe de l'absence d'attribution à l'ONU des comportements de forces « autorisées » apparaît solidement ancré. » ; Linos-Alexandre SICILIANOS, *op. cit.*, RCADI t. 339, 2008, p. 379

[1382] Ce critère est étudié plus haut, Titre 2 chapitre 1.

également souligné la CDI, « s'agissant d'appliquer le critère du contrôle effectif, le contrôle «opérationnel» apparaît plus significatif que le contrôle «ultime», qui ne suppose pratiquement aucun rôle dans le fait considéré. »[1383]

La KFOR est une opération autorisée par le Conseil de Sécurité, qui se différencie de la MINUK en ce qu'elle n'est pas conçue comme une opération de maintien de la paix ; elle n'est pas considéré par l'ONU comme un de ses organes subsidiaires[1384], dont elle répond en principe du comportement.[1385] A la différence de la MINUK, les contingents nationaux de la KFOR ne sont pas mis à la disposition de l'ONU au sens de l'article 6 du projet de la CDI sur la responsabilité des organisations internationales ; en conséquence, leurs actes ne lui sont *a priori* pas attribuables. Dans le cas des opérations de maintien de la paix classiques, sur le modèle desquelles la MINUK a été créée, la force est soumise au commandement de l' l'ONU, alors que dans le cas des opérations « autorisées », les Etats conservent la direction des opérations et l'entière maîtrise de leur contingent.[1386] La Cour a précisé la nature des relations entre la KFOR, l'OTAN et le Conseil de Sécurité : « [d]ans le modèle de commandement et de contrôle annexé [à l'accord sur la participation de la Russie à la KFOR], le lien entre le Conseil de sécurité et le Conseil de l'Atlantique Nord est décrit comme étant un lien de « consultation/interaction » et celui entre le Conseil de l'Atlantique Nord et le COMKFOR [le commandant de la KFOR] est qualifié de lien de « contrôle opérationnel ».[1387] La Cour a bien relevé que le contrôle opérationnel sur la KFOR appartient à l'OTAN ; les Nations Unies, qui ont autorisé l'opération, n'exercent qu'une supervision politique sur l'opération. Cela aurait dû mener la Cour à la conclusion inverse, à savoir que le comportement reproché à la KFOR, à savoir la détention de M. Saramati, n'est pas attribuable à l'ONU. La Cour a imputé à l'ONU un comportement sur la survenance duquel elle n'était en mesure d'exercer aucun contrôle concret[1388], et n'a pas pris en compte le caractère limité, voire nominal, du pouvoir de contrôle que possèdent les Nations Unies sur une opération « autorisée ».[1389] Le choix du critère du contrôle ultime et de l'attribution au sujet de droit

[1383] CDI, Rapport sur la 61ème session, doc. A/64/10, p. 69

[1384] Philippe LAGRANGE, *op. cit.*, p. 94

[1385] *Cf. supra*, ch. 1

[1386] V. à ce sujet Linos-Alexandre SICILIANOS, *op. cit.*, RCADI t. 339, 2008, not. p. 153

[1387] CourEDH, *Behrami…*, §45

[1388] Pierre KLEIN, AFDI 2007, p. 52

[1389] Linos-Alexandre SICILIANOS, *op. cit.*, RCADI t. 339, 2008, p. 379

auteur de l'habilitation à agir révèle un raisonnement trop formaliste, qui méconnaît l'importance de l'effectivité dans la détermination des critères d'attribution.[1390]

La jurisprudence *Behrami et Saramati* a été confirmée dans les affaires *Gajic c. Allemagne*[1391] et *Kasumaj c. Grèce*[1392], dans lesquelles le comportement des contingents allemand et grec de la KFOR a été considéré comme attribuable à l'ONU.

La décision de la Cour relative à l'affaire *Beric et autres c. Bosnie-Herzégovine*[1393]va dans le même sens que les décisions précédentes. Cependant, en jugeant que le comportement du Haut-représentant de la communauté internationale en Bosnie-Herzégovine est attribuable à l'ONU sur la base d'un raisonnement peu clair, elle semble n'avoir apporté qu'une plus grande confusion.

Les requérants, des fonctionnaires et élus de la *Republika Srpska* (RS)[1394], se plaignaient de la mesure de révocation et d'interdiction d'exercer des fonctions publiques prise à leur endroit par le Haut-représentant international en Bosnie-Herzégovine au motif qu'ils avaient contribué à empêcher l'arrestation des individus mis en accusation par le TPIY présents sur le territoire de la RS.

Le Haut-représentant a été mis en place par les accords de Dayton, « à la demande des parties », à savoir la République de Bosnie-Herzégovine, la République de Croatie et la République fédérale de Yougoslavie ; il est chargé d'exécuter les tâches énumérées par les accords. Il est nommé, et ses pouvoirs sont définis, par un groupe informel d'Etats et d'organisations internationales participant activement au processus de paix, le Conseil de mise en œuvre de la paix (CMP), composé de l'ensemble des Etats, des organisations internationales et des organes qui ont participé à la Conférence de paix de Londres des 8 et 9

[1390] *Ibid*., p. 53

[1391] CourEDH, *Gajic c. Allemagne*, req. n°31446/02, déc. du 28 août 2007

[1392] CourEDH, *Kasumaj c. Grèce*, req. n°6974/05, déc. du 5 juillet 2007

[1393] CourEDH, *Dusan Beric et autres c. Bosnie-Herzégovine*, req. n°36357/04, déc. du 16 octobre 2007

[1394] Etat fédéré de la Bosnie-Herzégovine.

décembre 1995.[1395] La mise en place et la nomination du Haut-représentant ont été approuvées par le Conseil de sécurité dans sa résolution 1031 (1995).

La Cour européenne des droits de l'homme estime que le Conseil de sécurité pouvait autoriser la création d'une administration civile internationale en Bosnie-Herzégovine et déléguer la mise en œuvre de cette mesure à certains Etats membres. Or, le Conseil de sécurité s'est contenté d' « approuver » la mise en place du Haut-représentant, décidée par le Conseil de mise en œuvre de la paix, « à la demande » des Etats parties aux accords de Dayton. Il n'a pas délégué ses pouvoirs, il a uniquement manifesté son soutien à l'action de la CMP et du Haut-représentant.[1396] En outre, pour justifier sa conclusion sur l'attribution du comportement du Haut-représentant aux Nations Unies, la Cour se fonde sur l'argument que le Conseil de sécurité, lorsqu'il a « délégué ses pouvoirs par l'effet de la résolution 1031 », aurait conservé un « contrôle général effectif »[1397], qu'elle juge être le critère déterminant. La Cour justifie l'application de ce critère en se référant simultanément à sa jurisprudence *Behrami et Saramati* et à l'article 5 (à présent article 6) du projet de la CDI sur la responsabilité des organisations internationales, ce qui pose plusieurs problèmes de fond.

En effet, il s'agit ici de la première apparition de ce qui semble être un nouveau critère, le « contrôle général effectif ». Les deux références citées par la Cour utilisent d'autres expressions. Ainsi, dans sa décision *Behrami et Saramati*, la Cour avait fondé sa conclusion sur le critère du « contrôle ultime » ; pour sa part, la Commission du droit international a retenu le « contrôle effectif ». La principale difficulté posée par cette décision est cependant la contradiction flagrante entre ces deux critères, qui rend en principe impossible de se fonder sur les deux en même temps, même si la Cour semble tenter leur fusion dans un improbable « contrôle général effectif ».Dans sa décision *Behrami*, la Cour avait clairement choisi le critère du « contrôle ultime », exercé par le Conseil de sécurité, au détriment du contrôle opérationnel effectif relevant de l'OTAN.

Le contrôle, même « ultime », du Conseil de sécurité sur la KFOR semblait plus théorique que réel. Il l'est d'autant plus dans le cas du Haut-représentant, dont le Conseil a

[1395] C'est-à-dire 43 Etats (42 depuis le départ de la Chine en 2000), comprenant également les trois Etats parties à l'Accord de Dayton, et des organisations et organismes internationaux telles que l'ONU, le Conseil de l'Europe, l'OTAN ou l'OSCE.

[1396] CourEDH, *Beric et autres*, §16

[1397] *Ibid.*, §27

simplement approuvé la mise en place et les pouvoirs. Comme le relève également la Cour, le Conseil de sécurité a « entériné » et « approuvé » les conclusions des conférences sur la mise en œuvre de la paix du CMP, qui précisaient les attributions du Haut Représentant.[1398] Il ne s'agit pas du tout de l'hypothèse envisagée par l'article 6 (anciennement article 5) du projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales, qui prévoit l'attribution à l'organisation internationale du comportement d'un organe étatique mis à sa disposition, pour autant qu'elle exerce un contrôle effectif sur le comportement en question. La Cour n'essaie d'ailleurs pas de démontrer que l'ONU avait exercé un contrôle effectif sur la décision du Haut-représentant de révoquer les requérants, mais simplement que le Conseil de sécurité exerçait un contrôle général sur le Haut-représentant.

Pour arriver à cette conclusion, la Cour se fonde sur le rôle du Conseil de sécurité dans la mise en place du Haut-représentant, qui est très effacé, celle-ci étant le fait de la CMP à la demande des Etats parties aux accords de Dayton, ainsi que sur l'obligation de faire des rapports au Secrétaire général des Nations Unies. D'après la Cour, « le Haut Représentant était tenu en vertu de la résolution 1031 de faire rapport au Conseil de sécurité de manière à ce que celui-ci puisse exercer un contrôle général »[1399], par l'intermédiaire du Secrétaire général. Or, l'obligation du Haut-représentant de « faire périodiquement rapport à l'Organisation des Nations Unies » est prévue par les accords de Dayton[1400], et non par la résolution 1031. Au paragraphe 32 de la résolution, le Conseil de sécurité « prie le Secrétaire général de lui soumettre les rapports établis par le Haut Représentant ». Il apparaît donc que l'obligation de faire rapport n'a pas été imposée au Haut-représentant par le Conseil de sécurité comme un moyen de contrôle sur un organisme dont il a autorisé la création. La seule disposition de la résolution concernant les rapports du Haut-représentant ne met pas d'obligation à la charge de ce dernier, mais du Secrétaire général des Nations Unies. Le « contrôle général effectif » paraît dénué de substance. Le lien entre les Nations Unies et le Haut-représentant international en Bosnie-Herzégovine est trop ténu pour leur attribuer son comportement sur la base du droit international général.

Dans sa jurisprudence *Behrami et Saramati* et *Beric*, la Cour européenne des droits de l'homme applique un critère spécifique, qui a pour conséquence l'imputabilité à l'ONU des

[1398] *Ibid.*, §28

[1399] *Ibid.*

[1400] Article II f) de l'Annexe 10 de l'Accord de Dayton

actes des Etats ou organisations internationales agissant sur autorisation du Conseil de sécurité, ou dont l'action est simplement approuvée par le Conseil de sécurité. Il semble que d'après la Cour, l'approbation du Conseil de sécurité signifie que l'action se situe dans le cadre du maintien de la paix et de la sécurité internationale, mission relevant de l'ONU, ce qui a pour conséquence l'imputabilité à l'organisation des éventuels faits illicites commis à l'occasion de cette action. Ce critère spécifique retenu par la Cour européenne des droits de l'homme, « contrôle ultime » ou « contrôle général effectif », méconnait l'importance du principe d'effectivité au fondement du droit de la responsabilité internationale, qui exige un lien concret, réel, entre le comportement illicite et le sujet de droit auquel ce comportement est attribuable.

2. L'imputabilité en cas de pluralité d'acteurs

L'application des critères issus du droit international général aux cas de la KFOR et du Haut-représentant révèle toute la complexité de ces situations.

Le comportement des contingents de la KFOR pourrait être considéré comme attribuable à l'OTAN, en application des règles de la responsabilité internationale. Cette possibilité a été défendue par le conseil de la France dans l'affaire de la *légalité de l'usage de la force* devant la Cour internationale de Justice. Les faits attribuables à la France auraient été commis « sous la direction et le contrôle d'organisations internationales — et, au premier chef, de l'OTAN. »[1401] La Cour n'a cependant pas eu à se prononcer sur la question.

Une des conditions est d'admettre que l'OTAN possède une personnalité juridique distincte de ses membres, ce qui n'est pas établi.[1402] Il est possible que la Cour ait jugé que le comportement de la KFOR était en principe attribuable à l'ONU pour éviter de se prononcer sur la question. Cependant, l'OTAN exerce le contrôle opérationnel sur l'opération autorisée. Le commandement des troupes engagées sur le terrain relève du commandant de la KFOR, lui-même soumis au commandement de l'OTAN. Les contingents nationaux sont mis à la disposition de la KFOR – et donc de l'OTAN – au sens de l'article 6 du projet de la CDI sur la responsabilité des organisations internationales, comme dans le cas d'une opération de

[1401] CIJ, *Licéité de l'usage de la force, Serbie-et-Monténégro c. France*, procédure orale, CR2004/12, §50

[1402] *Cf supra*, 2ème partie, Titre 1, chapitre 1, s. 2, §1, A)

maintien de la paix de l'ONU.[1403] Dans cette hypothèse, le comportement des contingents nationaux composant la KFOR est attribuable à l'OTAN, sauf si le comportement spécifique a été commis sous le contrôle, ou en suivant les instructions ou directives de l'Etat.

Une autre possibilité serait l'attribution du comportement des contingents à la KFOR. Celle-ci ne possédant par hypothèse pas de personnalité juridique distincte, cela revient à une attribution conjointe à tous les membres de la KFOR sur la base de la responsabilité des Etats pour un organe commun. L'hypothèse de l'organe commun est cependant plus envisageable dans le cas du Haut-représentant international en Bosnie-Herzégovine. Celui-ci a été mis en place par les Etats et organisations internationales formant le Conseil de mise en œuvre de la paix. Il est nommé, et ses pouvoirs sont définis par ces Etats et organisations internationales. Il peut être considéré comme un organe commun de ces Etats et organisations internationales[1404], dont le comportement leur est conjointement imputable.[1405]

La responsabilité de chaque Etat pour le comportement de son contingent, s'il est de principe dans le cas des opérations autorisées, doit cependant être exclue dans ce cas car les contingents sont soumis au contrôle opérationnel effectif de l'OTAN, exercé par l'intermédiaire du commandant de la KFOR.

Il ressort notamment de la pratique étatique et de l'analyse de la Commission du droit international que l'imputabilité doit être fondée sur le critère du degré de contrôle effectif sur le comportement illicite. Il existe une présomption que le contrôle effectif sur le comportement spécifique est le titulaire du contrôle opérationnel sur les forces qui en sont l'auteur.

§2 La responsabilité de l'organisation du fait de l'autorisation

[1403] Cf. supra, 2ème partie, Titre 2, chapitre 1, s.2, §1, C), 2.

[1404] La possibilité que « plusieurs Etats agissent par l'entremise d'un organe commun pour commettre un fait illicite » a été admise par la Commission du droit international (James CRAWFORD, *Commentaires…, op. cit.*, p. 173)

[1405] Cf. supra, 2ème partie, Titre 1, chapitre 1, s. 1, §1, ainsi que 2ème partie Titre 1, chapitre 2, s. 1, §1, A)

Les Etats prenant part à une opération autorisée sont responsables du comportement de leurs troupes, sur lesquelles ils conservent un contrôle complet. Cela ne signifie cependant pas que l'organisation n'est pas affectée à raison de son rôle dans l'opération, qui peut donner naissance à une responsabilité secondaire (A) comme à sa responsabilité propre (B).

A) La responsabilité « secondaire » de l'organisation

Dans le cas d'une opération menée par des Etats membres sur autorisation ou délégation de l'ONU, ceux-ci ont le commandement opérationnel et en conséquence se verront attribuer la responsabilité des éventuels actes illicites commis par leur contingent. En revanche, l'organisation supporte une responsabilité propre, correspondant à son obligation de veiller à ce que les Etats bénéficiant de la délégation n'agissent pas contrairement à celle-ci, et respectent les buts et principes des Nations Unies.[1406] L'*International Law Association* fait référence à une responsabilité secondaire de l'Organisation qui correspond à son obligation de veiller à ce que les actes commis sous son autorisation ou délégation n'enfreignent pas le droit international ni les limites de cette autorisation ou délégation Selon l'ILA,

« in case of a delegation or authorisation to a State or a group of States, the IO is under a duty to keep itself duly informed about the way in which the delegation or authorisation is being carried out, and, if need be, to modify or countermand the delegation or authorisation. Failure to do so may give rise to the secondary responsibility of the IO for any illegal act committed under the delegation or authorisation. »[1407]

Si la responsabilité repose en premier lieu sur les Etats menant une opération autorisée, ce ne saurait être un moyen pour l'organisation d'échapper à ses responsabilités. En effet, dans le cas des opérations coercitives menées sous l'égide des Nations Unies, le commandement opérationnel appartient dans cette hypothèse à un ou plusieurs Etats membres, mais l'opération trouve son fondement dans une résolution du Conseil de Sécurité,

[1406] Dans ce sens, Daphna SHRAGA, *The United Nations..., op. cit.*, p. 330

[1407] ILA Final Report, p. 31

le cas échéant de l'Assemblée générale, c'est-à-dire un acte de l'organisation.[1408] En particulier, l'organisation a l'obligation de faire respecter le droit international humanitaire par les forces armées des Etats dont elle autorise l'action. Une omission de la part de l'organisation est susceptible d'engager sa responsabilité internationale. Dans ce cas, la violation du droit international commise par les forces armées n'est pas imputable à l'organisation. Il ne s'agit pas à proprement parler d'une responsabilité secondaire pour le comportement illicite imputable à l'Etat qui met l'autorisation en œuvre, mais d'une responsabilité propre de l'organisation, à raison de l'omission imputable à ses organes.[1409]

B) La responsabilité propre de l'organisation

La responsabilité de l'organisation fondée sur une obligation distincte tirée du droit international humanitaire trouve son origine dans le comportement de ses propres organes. De même, l'article 16 du projet de la CDI sur la responsabilité des organisations internationales prévoit une responsabilité propre de l'organisation à raison d'un fait imputable à ses organes. Dans cette hypothèse, le fait générateur de la responsabilité de l'organisation est l'autorisation elle-même. Cet article dispose dans son deuxième alinéa que :

« Une organisation internationale engage sa responsabilité internationale si:

a) Elle autorise un État ou une organisation internationale membres à commettre un fait qui serait internationalement illicite s'il avait été commis par elle et qui la soustrairait à une obligation internationale, ou si elle recommande à un État ou à une organisation internationale membres de commettre un tel fait; et

b) Cet État ou cette organisation internationale commettent le fait en question en raison de cette autorisation ou recommandation »

1408 Dans les termes de l'ILA: "*An IO cannot avoid its international legal responsibility through a process of delegation, authorisation or sub-contracting. Furthermore, the legality of such process is conditioned upon the IO retaining the right to change at any time the decisions taken or actions carried out pursuant to that process. The actual exercise of such a right would normally constitute a circumstance precluding wrongfulness to the benefit of the IO, unless the damage has already occurred.*" *Ibid.*

1409 Robert KOLB, Gabriele PORRETTO, Sylvain VITE, *op. cit.*, p. 333

L'organisation internationale engage sa responsabilité si elle autorise un Etat membre à adopter un comportement qui serait illicite si l'organisation l'avait adopté elle-même, un comportement contraire aux obligations de l'organisation. La responsabilité de l'organisation dépend cependant de la commission effective du fait illicite par l'Etat destinataire de l'autorisation ou de la recommandation. Cette disposition vise à prendre en compte le rôle propre de l'organisation dans la commission du fait – qui n'est d'ailleurs pas nécessairement illicite pour l'Etat qui en est matériellement l'auteur. Si l'organisation est responsable de son propre fait, cette responsabilité est néanmoins liée à l'action de l'Etat. Il ne s'agit pas d'un cas d'imputabilité de l'action de l'Etat à l'organisation dont il est membre, l'organisation internationale est responsable de son propre fait, l'autorisation, mais ce cas trouve toute sa place ici car il met en évidence l'influence des relations entre les organisations internationales et leurs Etats membres sur l'attribution de la responsabilité. De surcroît, ces cas ne sont pas toujours clairement distingués, et des hypothèses de ce type sont souvent abordées sous l'angle de l'attribution de la responsabilité ou du comportement lui-même.

Par ailleurs, le fait de ne pas traiter ce cas comme un cas d'imputabilité a des effets directs sur la répartition de la responsabilité. L'Etat est responsable du fait illicite, qui lui est imputable ; l'organisation internationale est responsable d'avoir autorisé le fait illicite, c'est l'action de ses propres organes qui ont adopté l'acte autorisant l'Etat membre à agir qui est attribuable à l'organisation internationale. En ce sens, le projet d'articles fait peser sur l'organisation « une « obligation de ne pas faire » adopter » par un Etat membre un « comportement que son propre engagement proscrit. »[1410]

La responsabilité propre de l'organisation n'exclut pas la responsabilité propre de l'Etat. Comme dans le cas du contrôle ou des directives entre Etats ou entre un Etat et une organisation internationale, l'organisation voit sa responsabilité engagée non parce qu'elle a effectivement commis le fait illicite mais parce qu'elle a contribué à causer ce fait. Contrairement aux règles relatives à l'imputabilité, l'article 16 du projet de la Commission du droit international n'a pas pour effet d'attribuer le comportement illicite à l'organisation : il crée une responsabilité additionnelle de l'organisation.[1411] L'acte illicite reste attribuable à

[1410] Raphaëlle RIVIER, « Travaux de la Commission du droit international et de la Sixième commission », *AFDI* 2009, p. 542

[1411] Dans ce sens ,v. p. ex. Frank HOFFMEISTER, "Litigating against the European Union and its Member States – Who Responds under the ILC's Draft Articles on International Responsibility of International Organizations?", *EJIL* vol. 21, Nr 3, Août 2010, p. 727

l'Etat qui l'a commis en se fondant sur l'autorisation de l'organisation dont il est membre ; cette dernière est responsable, en propre, à raison de l'autorisation qu'elle a donnée. L'objet de cette disposition est la prise en compte par le droit de la responsabilité internationale des conséquences de la structure des organisations internationales, qui leur permettrait de contourner leurs obligations en autorisant leurs Etats membres à prendre les mesures qu'elles ne sauraient elles-mêmes adopter sans violer leurs obligations internationales.[1412] A l'instar de l'article 60, l'article 16 du projet vise à prendre en compte la possibilité d' « instrumentalisation réciproque » entre l'organisation et ses membres offertes par le jeu de leurs rapports mutuels.[1413]

Dans le cas de l'autorisation, le contrôle du comportement litigieux et la décision de l'adopter appartiennent exclusivement à l'Etat auquel le fait illicite est attribuable. L'organisation internationale peut voir sa responsabilité engagée même si elle n'exerce aucun contrôle ni pouvoir de direction sur le comportement illicite. La raison invoquée est que l'organisation a pu influencer le comportement de l'Etat membre.[1414] Toutefois, les Etats recherchent souvent une autorisation d'une organisation internationale pour légitimer un comportement qu'ils veulent adopter ; l'autorisation de l'organisation ne vient en aucune façon influencer le comportement de l'Etat.

Le lien entre contrôle et responsabilité, le premier entraînant nécessairement la seconde, ressort de la pratique des Nations Unies et de ses Etats membres et traduit tant l'exigence d'effectivité du droit international que l'absence de formalisme des règles de droit international relatives à l'imputabilité. Le comportement d'un Etat membre d'une organisation internationale, adopté à l'occasion de la mise en œuvre d'une autorisation de cette organisation, est imputable à l'Etat. L'organisation est responsable du fait de l'autorisation illicite, comme elle peut l'être du fait d'une décision contraignante à l'égard des Etats membres.

[1412] CDI, Rapport sur la 61ème session, doc. A/64/10, pp. 90-91

[1413] Raphaëlle RIVIER, *op. cit.*, p. 543

[1414] CDI, Rapport sur la 61ème session, doc. A/64/10, p. 93

s. 2 L'attribution de la responsabilité issue d'un comportement adopté par un Etat suite à une décision d'une organisation internationale dont il est membre.

L'attribution de la responsabilité issue d'un comportement adopté par un Etat en application d'une décision d'une organisation internationale dont il est membre met en évidence la problématique de la répartition de la responsabilité, entre d'une part l'Etat auquel le fait illicite est imputable et d'autre part, l'organisation internationale qui a adopté la décision enjoignant l'Etat à commettre le fait illicite. La Commission du droit international l'appréhende sous l'angle de la responsabilité de l'organisation internationale à raison de la décision elle-même, dans un mécanisme parallèle à celui mis en place dans l'hypothèse de l'autorisation (§1). La pratique comprend des hypothèses plus diverses, qui soulèvent plus spécifiquement la question de l'attribution de la responsabilité entre l'organisation et l'Etat membre (§2).

§1 Le mécanisme de l'article 16 du projet de la CDI.

L'article 16 du projet d'articles de la CDI sur la responsabilité des organisations internationales prévoit qu'une organisation internationale peut engager sa responsabilité à raison d'une décision enjoignant un Etat membre d'adopter un comportement qui représenterait une violation d'une obligation internationale de l'organisation si elle l'avait commis elle-même :

« Une organisation internationale engage sa responsabilité internationale si elle adopte une décision obligeant un État ou une organisation internationale membres à commettre un fait qui serait internationalement illicite s'il avait été commis par elle et qui la soustrairait à une obligation internationale. »

L'organisation engage sa responsabilité que le fait soit illicite pour l'Etat ou l'organisation internationale membre à qui s'adresse la décision ou non. L'organisation internationale qui adopte la décision est responsable de son propre fait, la décision qu'elle a adopté. Elle n'est pas responsable du fait lui-même, qui n'est d'ailleurs pas nécessairement

illicite. La CDI ne s'est pas davantage placé sur le terrain de l'attribution de la responsabilité à raison du fait de l'Etat. La responsabilité de l'organisation internationale est autonome et directe, c'est une responsabilité propre qui d'ailleurs ne dépend pas de la survenance effective du comportement qui fait l'objet de la décision.

Le but de cette disposition étant de prendre en compte une tentative par une organisation internationale de se soustraire à ses obligations en chargeant un Etat membre d'accomplir ce qu'elle ne peut faire elle-même sans directement violer une de ses obligations internationales, une situation de ce type est plus probable de se présenter quand le comportement objet de la décision n'est pas illicite pour l'Etat membre, « par exemple dans le cas où l'organisation internationale qui se soustrait à une de ses obligations est liée à un État non membre par un traité et que ce traité ne produit pas d'effets pour les membres de l'organisation. »[1415] Cette disposition apparaît comme le pendant de l'article 60, portant sur la responsabilité d'un État membre qui cherche à se soustraire à ses obligations en incitant une organisation internationale dont il est membre à adopter un certain comportement.[1416] L'organisation doit chercher à contourner ses obligations internationales en prenant la décision ; l'intention peut néanmoins être déduite des circonstances.

Ce dernier élément différencie cette hypothèse de celle du contrôle ou directives exercées par une organisation internationale sur un Etat dans la commission du fait illicite par cet Etat, qui suppose l'illicéité première du fait de l'Etat. En outre, l'organisation engage sa responsabilité du fait de sa décision, que celle-ci ait été suivie d'effets ou non. La réalisation effective de l'acte par l'Etat membre n'est pas nécessaire ; l'organisation internationale engage sa responsabilité uniquement du fait de la prise de décision.[1417]

Par ailleurs, la responsabilité de l'organisation internationale dépend de la marge de manœuvre dont bénéficie l'Etat dans l'application de la décision. En effet, comme le souligne le commentaire de la CDI, le respect d'une décision contraignante d'une organisation internationale par un Etat doit entraîner nécessairement le contournement d'une de ses obligations internationales. Au contraire, si l'Etat dispose d'une marge d'appréciation qui lui donne la possibilité d'appliquer la décision sans violer ses obligations internationales, la responsabilité de l'organisation n'est engagée que si la mesure étatique viole effectivement les

[1415] CDI, Rapport sur la 61ème session, doc. A/64/10, p. 91

[1416] *Cf.* 2ème partie, Titre 1, ch. 2, s. 2, §2

[1417] CDI, Rapport sur la 61ème session, doc. A/64/10, p. 91

obligations internationales de l'Etat, comme dans le cas d'une autorisation. La CDI assimile le cas d'une décision envers un Etat qui bénéficie d'une marge de manœuvre à une autorisation. Cependant, si la décision de l'organisation n'implique pas forcément la violation d'une de ses obligations par l'Etat, l'organisation internationale ne saurait être tenue co-responsable du fait illicite. Dans cette hypothèse, le fait illicite ne découle pas de la volonté de l'organisation, mais de l'Etat (à moins qu'il ressorte des circonstances que la mesure impliquant la violation était le résultat attendu par l'organisation). Cette hypothèse ne saurait être considérée comme équivalente à l'autorisation : celle-ci vise spécifiquement la commission du fait illicite, ce qui justifie la responsabilité de l'organisation, alors que dans la première hypothèse, la commission du fait illicite ne découle pas nécessairement de la décision de l'organisation, elle n'en est qu'une issue possible. Par ailleurs, une intervention de la délégation danoise à la Sixième Commission au nom des cinq pays nordiques citée par le rapporteur spécial à l'appui de sa thèse semble, au contraire, l'infirmer. Comme la délégation danoise l'observe à juste titre, « il semble essentiel de déterminer à quel moment on peut dire que l'État membre a si peu de "marge de manœuvre" qu'il serait déraisonnable de le tenir pour seul responsable d'un certain comportement. »[1418] L'organisation internationale n'est, dans cette optique, également responsable à raison d'un comportement illicite d'un Etat que si ce dernier ne disposait d'aucune liberté de décision. S'il dispose d'une marge de manœuvre effective, il ne serait pas « déraisonnable » de le tenir pour seul responsable du comportement en question.

L'Etat demeure responsable d'un fait qui lui est imputable même si ce fait a été adopté en exécution d'une décision d'une organisation internationale, à moins que la situation soit assimilable à un cas de force majeure. La force majeure est cependant conçue comme un mécanisme exceptionnel ; les cas sont rares dans la pratique internationale, et cette institution n'a pas été conçue pour appréhender les relations normales entre une organisation internationales et ses Etats membres qui sont liés par les actes qu'elle adopte.

La pratique couvre en général une hypothèse différente, qui est celle de la responsabilité de l'Etat à raison d'une décision licite d'une organisation internationale dont il est membre. A la différence de l'article 16 du projet de la CDI, l'hypothèse est la suivante : une décision licite de l'organisation conduit l'Etat à commettre un fait illicite. Le fait est illicite à l'égard de l'Etat, mais pas nécessairement de l'organisation.

[1418] Cité par la CDI, Rapport sur la 61ème session, doc. A/64/10, p. 92

§2 L'attribution de la responsabilité dans la pratique

Le cas d'école présenté par la CDI s'est en réalité rarement présenté dans la pratique. Ainsi, une organisation internationale peut obliger un Etat à commettre un fait illicite, mais qui ne serait pas internationalement illicite s'il avait été commis par elle. Dans le même sens, une organisation internationale peut confier à ses Etats membres l'exécution d'obligations qui lui incombent. La décision d'une organisation internationale est susceptible d'entraîner la mise en œuvre de la responsabilité tant de l'organisation (B) que des Etats (A).

A) La responsabilité de l'Etat à raison d'une mesure d'exécution d'un acte d'une organisation internationale dont il est membre obligatoire à son égard.

L'Etat peut être responsable à raison de mesures de mise en œuvre d'une décision d'une organisation internationale dont il est membre que cette décision soit illicite à l'égard de l'organisation ou non. Ainsi, dans le cas d'un Etat membre de l'Union européenne, qui, en prenant une mesure en application d'un acte de l'Union obligatoire à son égard, viole une obligation issue de la Convention européenne des droits de l'homme, seule la responsabilité de l'Etat peut être mise en cause devant la Cour européenne des droits de l'homme. En effet, outre qu'elle ne peut encore être attraite devant la Cour, l'Union n'est pas liée par l'obligation qui a été violée. Contrairement à l'hypothèse envisagée par la Commission du droit international, l'organisation ne cherche pas ici à échapper à sa responsabilité en prenant une décision qui lie un Etat membre ; l'organisation prend une décision conforme à ses propres obligations internationales. Cependant, cette décision conduit l'Etat membre à violer une de ses obligations.

La responsabilité de l'Etat dépend de la marge de manœuvre dont il dispose dans l'application de la décision. Cela revient toutefois à mettre en cause un acte de l'Union européenne à travers une mesure d'application nationale et, en conséquence, de façon indirecte la responsabilité de l'Union, alors que celle-ci n'est pas partie à la Convention européenne des droits de l'homme.

Dans sa décision *M. &Co*, la Commission européenne des droits de l'homme a jugé irrecevable une requête dirigée contre l'Allemagne à raison de l'*exequatur* accordé par une juridiction interne à un arrêt de la Cour de Justice. La Commission a relevé que les autorités allemandes compétentes n'ont pas agi en tant qu'organe de la Communauté européenne, et que leurs actes sont donc susceptibles d'être soumis au contrôle des organes de la Convention. L'acte incriminé est la conséquence du transfert de pouvoirs à la Communauté européenne. Cependant, la Commission estime que « le transfert de pouvoirs à une organisation internationale n'est pas incompatible avec la Convention, à condition que, dans cette organisation, les droits fondamentaux reçoivent une protection équivalente »[1419], ce qui est le cas de la Communauté.[1420] La requête a été déclarée irrecevable *rationae materiae*, ce qui pouvait signifier que les Etats étaient en principe à l'abri de toute mise en cause de leur responsabilité sur le fondement de la Convention à raison de mesures d'application d'un acte communautaire.[1421] Les autorités allemandes ne disposaient d'aucune marge de manœuvre ; elles étaient tenues de donner effet à l'arrêt de la Cour de Justice. Dans une hypothèse de ce type, l'Etat ne peut être tenu pour responsable de la décision de l'organisation internationale, à condition que l'organisation auteur de la décision obligatoire pour l'Etat prévoie un niveau de protection des droits de l'homme équivalent à la Convention.

Le critère de la marge de manœuvre étatique n'a pas toujours été appliqué de manière systématique par la Commission européenne des droits de l'homme. Dans l'affaire *Procola*[1422], la responsabilité du Luxembourg du fait de mesures d'application d'un règlement communautaire a été examinée, alors même que cet Etat ne disposait d'aucune marge de manœuvre.[1423] Cependant, dans un arrêt *Cantoni c. France* la Cour européenne des droits de l'homme a accepté de juger sur le fond une requête dirigée contre l'application par la France d'une règlementation transposant une directive européenne.[1424] Aucune exception n'a été tirée du fait que l'Etat était lié par l'acte communautaire, celui-ci disposant en effet d'une large marge d'appréciation dans sa mise en œuvre.[1425] La Cour est cependant arrivée à un constat

[1419] ComEDH, *M. &Co c. Allemagne*, déc. du 9 février 1990, req. n°13258/87, rec. p. 153

[1420] Sur le critère de « protection équivalente », *v. supra*, 2ème partie, Titre 1, ch. 2, s. 2, §2

[1421] Florence BENOÎT-ROHMER, « A propos de l'arrêt Bosphorus Air Lines du 30 juin 2005 : l'adhésion contrainte de l'Union à la Convention », *RTDH* 2005, pp. 840-841

[1422] ComEDH, *Procola et autres c. Luxembourg*, Req. no 14570/89, déc. du 1er juillet 1993

[1423] Antonio BULTRINI, « La responsabilité des Etats membres de l'Union européenne », *RTDH* 2002, pp. 12-13

[1424] CourEDH, GC, *Cantoni c. France*, arrêt du 15 novembre 1996, req. n°17862/91

[1425] Florence BENOÎT-ROHMER, *op. cit.*, RTDH 2005, p. 837

de non-violation de la Convention, ce qui peut laisser supposer un certain « *self-restraint* » de sa part.[1426]

La position de la Cour européenne des droits de l'homme a été clarifiée dans l'arrêt *Bosphorus*, qui concernait la responsabilité d'un Etat membre, en l'occurrence l'Irlande, à raison d'une mesure nationale d'application du droit communautaire, dans un cas où il ne disposait d'aucune marge d'appréciation. La saisie de l'avion appartenant à une compagnie yougoslave et loué par la compagnie turque *Bosphorus* a été décidée par les autorités irlandaises en application du règlement communautaire 990/93, qui a lui-même été adopté pour mettre en œuvre les sanctions décidées par l'ONU contre la République fédérale de Yougoslavie. Le règlement était obligatoire dans tous ses éléments et directement applicable.

Dans sa solution, la Cour s'est inspirée de la décision M. & Co de la Commission, tout en atténuant le caractère absolu de l'exclusion de la responsabilité à raison d'un acte d'exécution d'une décision de la Communauté européenne. En effet, la Cour pose une présomption de « protection équivalente » des droits fondamentaux par la Communauté européenne, qui peut être renversée « dans le cadre d'une affaire donnée si l'on estime que la protection des droits garantis par la Convention était entachée d'une insuffisance manifeste. »[1427] La Cour ajoute que les Etats parties restent responsables de tous les actes qui ne relèvent pas strictement de l'exécution de leurs obligations internationales.

Pour la Cour européenne des droits de l'homme, la responsabilité des Etats parties à la Convention dépend de la marge d'appréciation dont ils disposent dans la mise en œuvre des décisions d'une organisation internationale dont ils sont membres. Si l'Etat est entièrement lié par la décision, sa responsabilité ne peut, en principe, être mise en œuvre à raison des mesures nationales d'application, sous réserve de l'existence d'une garantie de protection équivalente des droits de l'homme par l'organisation en question. Au contraire, l'Etat reste responsable des violations de la Convention s'il peut exercer un pouvoir d'appréciation indépendant.[1428]

[1426] Antonio BULTRINI, *op. cit.*, p. 19; Frédéric KRENC, « La décision *Senator Lines* ou l'ajournement d'une question délicate », *RTDH* 2005, pp. 129-130

[1427] CourEDH, GC, *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Sirketi*, arrêt du 30 juin 2005, req. n°45036/98, §156

[1428] Florence BENOÎT-ROHMER, *op. cit.*, RTDH 2005, p. 836. Dans le même sens, v. Jean-Paul JACQUE, « Communauté européenne et Convention européenne des droits de l'homme », in *L'Europe et le droit, Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Dalloz, 1991, p. 337 : « [f]ace à une norme communautaire, l'Etat

L'arrêt *Bosphorus* a été cité par la Commission du droit international dans son commentaire sous l'article 16, même si cet arrêt ne concerne pas exactement l'hypothèse prise en compte par cette disposition. La CDI a notamment fait référence à la position de la Cour européenne des droits de l'homme selon laquelle « L'État n'en demeurerait pas moins entièrement responsable au regard de la Convention de tous les actes ne relevant pas strictement de ses obligations juridiques internationales. » Cependant, l'article 16 du projet de la CDI traite de la responsabilité de l'organisation internationale auteur de la décision, alors que la Cour ne pouvait que se prononcer sur la responsabilité de l'Etat du fait de l'exécution de la décision de l'organisation. Par ailleurs, dans l'affaire *Bosphorus,* la décision ne pouvait être considérée comme une violation de l'obligation considérée, à savoir l'article 1 du 1er Protocole à la Convention européenne des droits de l'homme, celle-ci ne liant pas l'organisation. Cela peut toutefois donner une indication utile sur la position de la CDI sur la question de la responsabilité de l'Etat dans une hypothèse telle que celle envisagée par l'article 16 §1. Si le fait est également illicite à l'égard de l'Etat membre auquel s'adresse la décision, celui-ci pourrait voir sa responsabilité engagée à raison des comportements qui ne découlent pas strictement de la décision de l'organisation internationale mais qui traduisent une marge d'appréciation de la part de l'Etat. Dans son commentaire, la CDI estime qu' « [u]n État membre ou une organisation internationale membre disposent d'une certaine marge de manœuvre quant à l'application d'une décision obligatoire de l'organisation internationale à laquelle ils appartiennent. » La généralité de la formulation utilisée laisse entendre que les Etats disposent en principe d'une marge d'appréciation dans la mise en œuvre d'une décision d'une organisation internationale dont ils sont membres, et que leur responsabilité ne peut donc être exclue.

Ce principe n'est cependant pas clairement formulé par la Commission du droit international ; il n'apparaît pas dans le corps du projet d'articles, mais peut seulement être supposé de la citation d'un passage de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme dans le commentaire.

Cette conclusion serait conforme aux règles relatives à la responsabilité des Etats. En effet, un comportement attribuable à l'Etat en vertu des règles codifiées par la CDI dans le

---

membre dispose d'une marge d'appréciation variable. Autant il est naturel que sa responsabilité puisse intervenir dès lors que la violation reprochée intervient dans le cadre de cette marge d'appréciation puisque la violation lui sera dès lors directement imputable, autant il supportera mal de se voir attrait devant la Commission lorsqu'il ne dispose d'aucune latitude dans l'exécution. »

chapitre II du projet d'articles relatif à la responsabilité des Etats est susceptible d'engager la responsabilité de l'Etat, même si ce comportement a été adopté suivant une décision d'une organisation dont il est membre. L'article 57 du projet sur la responsabilité des Etats n'exclut du champ d'application des articles que la question de la responsabilité des Etats à raison du fait d'une organisation internationale, qui fait l'objet de la cinquième partie du projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales. Cette disposition n'exclut pas la responsabilité de l'Etat pour son propre fait, même adopté suivant une décision d'une organisation internationale dont il est membre.[1429] La question de la responsabilité de l'Etat pour son propre fait est régie par les règles relatives à la responsabilité des Etats, même si ce fait est la conséquence d'un acte pris par une organisation internationale dont il est membre. Les règles relatives à la responsabilité des organisations internationales ne traitent que de la responsabilité propre de l'organisation à raison de son propre fait.

La responsabilité de l'Etat ne peut donc être exclue que dans le cas où la décision peut être assimilée à une contrainte sur l'Etat (article 15 du projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales).[1430] Dans le commentaire du chapitre 4 du projet d'articles sur la responsabilité des Etats – chapitre transposé au cas des relations entre un Etat et une organisation internationale par la CDI – le rapporteur spécial James Crawford souligne que dans le cas de la contrainte, « l'Etat qui exerce la contrainte est le principal protagoniste du comportement et l'Etat qui la subit est son instrument. »[1431] La responsabilité de l'Etat contraint ne peut être exclue que dans le cas où la contrainte peut être assimilée à la force majeure.

Si l'acte de l'organisation peut être assimilé à l'exercice d'un contrôle ou de directives sur l'Etat au sens de l'article 14, la responsabilité de ce dernier n'est pas exclue.[1432] Le fait commis par l'Etat reste un fait illicite pour cet Etat, même s'il a été soumis au contrôle d'un autre Etat ou d'une organisation internationale.

[1429] James CRAWFORD, *op. cit.*, p. 369: « l'article 57 n'exclut du champ des articles aucune question touchant la responsabilité d'un Etat au regard de son propre comportement, c'est-à-dire pour un comportement qui lui est attribuable (…), et qui n'est pas le comportement d'un organe d'une organisation internationale. »

[1430] Le commentaire de la CDI relève que « dans le cas de la contrainte, l'illicéité [peut] être exclue » au bénéfice de l'Etat. CDI, Rapport sur la 61ème session, doc. A/64/10, p. 85

[1431] James CRAWFORD, *op. cit.*, p. 175

[1432] V. supra, contrôle entre Etats (1ère partie, Titre 2, ch. 2, in fine)

B) La responsabilité des organisations internationales trouvant son origine dans un acte obligatoire à l'égard d'Etats membres.

La pratique de la responsabilité de l'organisation pour le fait de l'Etat adopté en application d'un acte de l'organisation est illustrée par la question de la responsabilité à raison de sanctions décidées par les Nations Unies, ainsi que par l'application des obligations de l'Union européenne par ses Etats membres.

Un fait internationalement illicite trouvant son origine dans des mesures de sanctions mises en œuvre suivant une décision de l'ONU serait susceptible d'engager la responsabilité de la seule organisation. Si les Etats peuvent être considérés comme des « agents d'exécution des décisions de l'ONU » du fait de leur obligation d'adopter ces mesures, seule l'organisation serait responsable. En effet, les décisions prises sur le fondement de l'article 41 sont obligatoires pour les Etats membres des Nations Unies en vertu de l'article 25 de la Charte. Les Etats ne seraient pas responsables d'éventuelles violations d'obligations internationales qu'ils tiennent en vertu d'autres traités qui sont la conséquence de l'application de ces décisions.[1433] La responsabilité des Etats ne peut cependant être exclue que dans des cas exceptionnels, et des sanctions illicites peuvent donner lieu à une responsabilité conjointe de l'organisation et des Etats membres concernés.[1434]

La responsabilité de l'organisation internationale dépend du contrôle que retient l'Etat sur la commission du fait illicite. Si la décision de l'organisation laisse une marge d'appréciation importante à l'Etat, lui permettant de la mettre en œuvre sans violer ses obligations internationales, la responsabilité de l'organisation n'est pas engagée. Dans les termes du rapporteur spécial de la CDI, le professeur Gaja, « la responsabilité de

[1433] Vera GOWLLAND-DEBBAS, "Security Council Enforcement Action and Issues of State Responsibility", ICLQ vol. 43, 1994, p. 88

[1434] Christian DOMINICE, « La responsabilité des Nations Unies », in Jean-Pierre COT, Alain PELLET, Mathias FORTEAU (dir.), *La Charte des Nations Unies, Commentaire article par article*, Paris, Economica, 3ème éd., 2005, pp. 149 et 153. Sur la question des hypothèses de l'illicéité de sanctions décidées par le Conseil de Sécurité sur la base de l'article 41, v. Evelyne LAGRANGE et Pierre-Michel EISEMANN, « Article 41 », *ibid.*, pp. 1222s

l'organisation sera ou non engagée selon que sa décision obligatoire requiert effectivement la commission du fait illicite, ou que ce fait constitue seulement l'un des moyens qui sont à la disposition de l'État membre pour donner effet à la décision. »[1435]

La question de la responsabilité de l'Union européenne à raison de faits imputables à ses Etats membres traduit une dichotomie entre l'imputation de l'acte et l'attribution de la responsabilité dans le cas de l'exécution d'obligations de l'UE par des Etats membres. Le cas de l'application des obligations internationales de l'UE par ses Etats membres s'approche de l'hypothèse de l'article 16§1 mais présentent des différences notables. Le comportement des autorités nationales est attribuable à l'Etat, mais ne viole aucune de leurs obligations internationales, dans le cas où ceux-ci ne sont pas parties au traité.[1436]

Ce cas se distingue cependant de l'hypothèse formulée à l'article 16, §1, l'UE ne cherchant pas à se soustraire à ses obligations, mais reconnaissant au contraire sa responsabilité à raison des faits imputables aux Etats membres. Par ailleurs, cette pratique traduit le fonctionnement normal et régulier d'une organisation telle que l'Union européenne. Les obligations internationales d'organisation d'intégration régionale comme l'Union européenne sont souvent exécutées par des organes des Etats membres. L'Union européenne a souligné, dans ses observations communiquées à la CDI, les particularités de sa structure qui pourraient avoir une influence sur l'attribution de la responsabilité à raison des faits illicites commis par les Etats membres : l'application concrète des règles de l'Union, qui comprennent ses obligations internationales, relève des autorités des États membres plutôt que de ses institutions ; de plus ces règles sont directement applicables sur le territoire des Etats membres. Les organes étatiques ne peuvent pas être considérés comme placés à la disposition de l'Union, le contrôle exercé par cette dernière étant trop faible, mais sont cependant chargés d'appliquer le droit de l'Union.[1437]

L'UE estime que les actes accomplis par les autorités des Etats membres chargées de l'application du droit de l'Union dans des domaines relevant de sa compétence exclusive lui

[1435] CDI, 3ème rapport Gaja, p. 13

[1436] Stefan TALMON, "Responsibility of international organizations : does the European Community require special treatment?", *op. cit.*, p. 410

[1437] V. Pierre KLEIN, *La responsabilité des organisations internationales, op. cit.*, pp. 385-386 ; Esa PAASIVIRTA, Peter Jan KUIJPER, « Does one size fit all ? The European Community and the responsibility of international organizations", *NYIL* 2005, p. 192

sont imputables.[1438] Cette position est régulièrement défendue par l'Union devant les organes de règlement des différends de l'OMC. Il y a ici une distinction entre imputation du fait et attribution de la responsabilité. Dans le cas où seule l'Union est liée par un traité international, elle seule devrait être tenue pour responsable des actes illicites commis par ses Etats membres à l'occasion de l'exécution de ses obligations internationales.[1439]

Une infraction aux obligations de l'Union peut parfois résulter non seulement du comportement de ses propres organes mais aussi de celui d'organes de ses États membres. Un tel comportement est donc en principe attribuable à ces États membres, qui agissent en tant qu'agents d'exécution d'obligations contractées par l'Union. Il serait donc cohérent de considérer que l'Union est dans cette hypothèse responsable à raison du fait illicite commis par l'organe de l'Etat, et pas uniquement du fait de sa décision. Cette solution se distingue du cas général retenu par la Commission du droit international, mais elle est admise dans la pratique de l'Union européenne et de ses partenaires.[1440]

[1438] CDI, Commentaires des OI, p. 21. Dans le même sens, Stefan TALMON estime que les autorités nationales agissent en tant qu'agents de l'Union quand ils appliquent le droit de l'Union. *Op. cit.*, pp. 412-413

[1439] Christine CAROTENUTO, *La participation de la Communauté européenne et de ses Etats membres aux organisations internationales*, Thèse, Strasbourg III, 1999, pp. 472-473

[1440] L'approche de la Commission du droit international, qui tend à ignorer les spécificités de certains types d'organisation internationale, telles que les organisations d'intégration économique régionale, et notamment l'Union européenne, a été critiquée en doctrine (v. E. PAASIVIRTA, P.J. KUIJPER, *op. cit.*, NYIL 2005, pp. 203s ; Stefan TALMON, *op. cit.*, pp. 412-414). La Commission européenne a elle-même suggéré à la CDI de prendre en compte les spécificités de l'Union.

Conclusion du titre 2

Les organisations internationales sont responsables du fait de leurs organes, même agissant *ultra vires*. Les règles relatives à l'imputabilité d'un fait internationalement illicite aux organisations internationales ont été dans un premier temps largement inspirées des règles d'imputabilité concernant les Etats, même si la question de l'imputabilité d'un comportement à une organisation internationale présente certaines particularités liées au caractère spécifique des organisations internationales et à leur mode de fonctionnement, qui les distingue fortement des Etats. Ainsi, la question de l'imputabilité à l'organisation internationale du comportement d'un organe d'un Etat ou d'une autre organisation mis à sa disposition, secondaire dans le cas de la responsabilité des Etats, est très importante dans celui de la responsabilité des organisations internationales. En effet, les organisations internationales doivent souvent avoir recours à des organes d'Etats membres pour remplir leurs missions. Cependant, malgré la diversité des hypothèses de fait, il est possible de déceler une unité de logique du droit international de la responsabilité, fondée sur la relation entre deux types de critères : en premier lieu les critères *de jure*, et en second lieu les relations *de facto*. Dans le cas de la responsabilité des Etats, les critères *de jure* sont éventuellement complétés par la détermination de la qualité d'agent ou d'organe de fait. Dans le droit de la responsabilité des organisations internationales, l'imputabilité fondée sur la mise à disposition d'un organe étatique à l'organisation, élément *de jure*, peut être remise en cause si, de fait, l'Etat a conservé le contrôle opérationnel sur son organe. L'imputabilité dans le cas de l'action des Etats adoptée en suivant une décision ou une autorisation de l'organisation est fondée sur un raisonnement similaire : le comportement d'un organe est attribué au détenteur du contrôle sur cet organe ou du pouvoir de décision.

Conclusion de la deuxième partie

La question de l'imputabilité du comportement contraire au droit international à une organisation internationale ou à ses Etats membres traduit toute la complexité des rapports internationaux entre ces différents sujets. Toutefois, un fil directeur court tout au long de cette partie : la responsabilité est dépendante de la marge de manœuvre du sujet de droit international, de sa capacité à adopter un comportement autonome. Un sujet entièrement soumis à la volonté d'un autre ne peut être titulaire de responsabilité. Ainsi, les Etats membres ne sont en principe responsables en raison de faits attribuables à l'organisation internationale, à moins qu'ils n'exercent à son égard un contrôle tel que celle-ci ne peut être considérée comme un sujet de droit à part entière du fait de l'inexistence de toute volonté distincte de celle des Etats. Cette absence d'autonomie peut être générale, et dans ce cas l'organisation ne possède pas la personnalité internationale, elle n'est qu'un organe commun des Etats, ou n'apparaître que dans un cas particulier, quand l'organisation est soumise au contrôle ou à la contrainte d'un ou de plusieurs Etats. Parallèlement, un Etat n'est responsable de faits commis en application d'une décision d'une organisation internationale que s'il ne disposait en l'espèce d'aucune marge de manœuvre.

Cependant, les relations entre les organisations internationales et leurs membres sont généralement plus complexes. L'activité des organisations internationales, ou des Etats dans le cadre de leur appartenance à une organisation internationale, est susceptible de donner naissance à la responsabilité de tous les acteurs, selon des modalités dépendantes de leur degré respectif de contrôle sur la commission du fait illicite.

Conclusion générale

L'imputabilité dans le droit de la responsabilité internationale éclaire les rapports complexes qu'entretiennent le droit interne et le droit international. Aux fins de l'imputabilité, le droit international se réfère largement aux déterminations opérées par le droit interne de l'Etat ou de l'organisation internationale. La définition de l'organe dont le comportement est susceptible d'engager sa responsabilité est largement le fait du sujet lui-même. En particulier, l'Etat conserve un rôle central dans le processus d'imputation. Il octroie par son droit interne le statut d'organe à des personnes ou entités par l'intermédiaire desquelles il entend agir ; il crée des organisations internationales, dont il définit le mode de fonctionnement, les organes et les conditions de l'octroi du statut d'organe ou d'agent. Le rôle du droit international ne se limite cependant pas à l'attribution au sujet de droit du comportement de ses organes ayant ce statut d'après son droit interne. Il appréhende en effet l'organisation effective de l'Etat ou de l'organisation internationale, il leur attribue le comportement des personnes au travers desquelles ils agissent réellement. Le droit international prend en compte le comportement des sujets de droit international dans leur réalité concrète.

Toutefois, la forme précise prise par cette illustration du principe d'effectivité reste parfois indéterminée. Le droit international doit en effet éviter deux écueils. D'une part, des critères trop stricts risqueraient d'ignorer une partie de l'activité de l'Etat, de laisser dans l'ombre des comportements pouvant lui être rattachés. D'autre part, une approche trop élastique peut diluer la notion de « fait de l'Etat », ou de l'organisation. L'imputabilité doit être en mesure d'appréhender le comportement de l'Etat ou de l'organisation, c'est-à-dire tout le comportement mais uniquement ce comportement. La juste mesure de l'imputabilité doit permettre la prise en compte effective du fait de l'Etat, de son activité, de l'auteur réel du fait illicite.

Ainsi, la direction restrictive prise par la jurisprudence, notamment de la Cour internationale de Justice, risque de réduire la base d'imputabilité fondée sur les relations *de facto* entre un Etat et une personne ou une entité, qui traduit l'autonomie du droit international envers le droit interne, à une hypothèse théorique. Cependant, certaines tendances doctrinales allant dans le sens d'un élargissement excessif de cette catégorie illustrent une confusion entre les fonctions respectives des règles qui mettent une obligation à la charge d'un sujet de droit et les règles du droit de la responsabilité. La crainte que le caractère trop limitatif des règles

d'imputabilité ait pour conséquence un vide juridique, qui permettrait aux Etats de soustraire à leur responsabilité à raison de certains comportements de leurs organes *de facto* contraires au droit international, est souvent infondée. Ainsi, un Etat intervenant dans un conflit armé interne à un autre Etat demeure responsable de la violation du principe de non-intervention, qui est attribuable à ses organes *de jure*, même si le groupe ou l'entité qu'il soutient ne peut être qualifié d'organe *de facto* ou considéré comme avoir agi sous son contrôle ou en suivant ses instructions. De même, il n'est nul besoin d'élargir les règles de l'imputabilité de façon à permettre l'attribution du comportement de groupes terroristes à un Etat qui les héberge ou les soutient, pour conclure à la violation de règles primaires du droit international par cet Etat. Les règles relevant du corps du droit de la responsabilité internationale relatives à l'imputabilité ne doivent pas faire l'objet de confusions avec des règles primaires du droit international, comme celles relatives à la définition de l'agression. Ainsi, l'article 3 g) de la résolution 3314 portant définition de l'agression, relatif à l'envoi par l'Etat de groupes ou de bandes armées contre un autre Etat, n'est pas une règle d'imputabilité et ne saurait être comparée avec la définition de l'organe *de facto* ; il définit les critères de l'agression, dont l'interdiction est une obligation pesant sur les Etats.

Une problématique distincte concerne les règles relatives à l'imputabilité dans le droit de la responsabilité des organisations internationales. En effet, les principes gouvernant l'imputabilité, apparus dans le cadre de la responsabilité des Etats, ont dû faire face au développement des organisations internationales et des activités étatiques se déroulant dans leur cadre. La définition des agents et organes des organisations internationales proprement dits est large ; elle adapte les critères développés dans le cadre de la responsabilité des Etats. En outre, elle résume leurs caractéristiques principales en englobant tous les fonctionnaires et autres personnes ou entités par l'intermédiaire desquelles l'organisation agit. Cette formule énonce le principe gouvernant l'imputabilité, qui est d'appréhender le comportement de l'Etat ou de l'organisation internationale, c'est-à-dire concrètement celui de toutes les personnes agissant pour son compte. Cependant, les activités des organisations internationales ne se limitent pas à celles entreprises par leurs agents. Elles sont souvent réalisées conjointement avec les Etats membres. Dans le même temps, ceux-ci conservent un important pouvoir de direction sur l'organisation internationale.

Ces deux points différencient fondamentalement cette problématique de celle de l'imputabilité d'un comportement à l'Etat hors du cadre de l'organisation, et rendent nécessaire l'adoption de principes d'imputabilité propres. L'action conjointe des organisations

internationales et des Etats, notamment par le biais de la mise à disposition d'organes étatiques ou de l'action directe des Etats membres sur la recommandation ou l'autorisation de l'organisation, fait l'objet de principes établis par la pratique internationale. Cependant, les questions de l'attribution de la responsabilité due aux caractéristiques structurelles des organisations internationales, notamment liées à l'exercice de compétences transférées par les Etats ou au pouvoir de décision des Etats au sein de l'organisation, sont à l'origine de problématiques complexes qui n'ont pas été résolues de manière satisfaisante. Des solutions ont été imaginées dans le cadre spécifique de certaines organisations, notamment européennes, qui posent la question, outre celle de leur efficacité propre, de la possibilité de leur élargissement au droit international général. Leur traitement par la Commission du droit international laisse des doutes quant à la praticabilité de ces solutions dans le cadre général des relations internationales. Les dispositions relatives à ces problématiques sont sans doute celles qui relèvent le plus du développement progressif du droit international que de la codification du droit existant, du fait de la quasi-absence de règles coutumières. La diversité et la particularité des organisations internationales rendent particulièrement difficile l'adoption d'un système relatif à l'attribution de la responsabilité valable pour l'ensemble des organisations.

De manière générale, l'imputabilité, dans sa définition large englobant tant l'attribution du fait illicite que de la responsabilité, repose sur des liens formels et des liens de fait. Le premier cas signifie qu'un comportement donné est attribuable au sujet – Etat ou organisation – parce que celui-ci, en lui octroyant la qualité d'organe, a accepté par avance d'être considéré, en droit, comme l'auteur de son comportement. L'insuffisance de ce critère formel pour appréhender l'ensemble de l'activité des sujets de droit international a conduit à l'adoption par le droit international d'un critère factuel, qui prend en compte leur comportement effectif. Ces hypothèses sont caractérisées par la prééminence du critère du contrôle, dans le cas des relations entre un Etat et des personnes ou entités dépourvues de la qualité d'organe *de jure* comme dans le cas des relations entre Etats et organisations internationales. La définition concrète du contrôle est au centre de toutes les divergences et de tous les débats. La grande variété du mode d'action des sujets de droit international dans la pratique rend difficile l'adoption d'un critère unique. La pertinence d'un critère unique peut, par ailleurs, être mise en doute. Le besoin d'appréhender la diversité des situations de fait rend nécessaire une adaptation des critères d'imputabilité. Loin d'être un signe de fragmentation du droit international, l'utilisation plus souple du critère du contrôle, et sa

modulation selon les besoins, servirait son effectivité. Ainsi, dans le cas de la définition de l'organe *de facto* un critère restrictif est adapté au cas où l'organe est composé d'une personne ou d'un groupe de personnes faiblement organisé, mais n'est pas apte à rendre compte du cas plus complexe où l'organe est une entité territoriale politiquement organisée. Cette dernière hypothèse, dans laquelle l'entité concernée conserve toujours un certain degré d'autonomie, même très faible, envers l'Etat, nécessite un critère plus adapté à la réalité de leurs relations.

La diversité des principes relatifs à l'imputabilité dans le droit de la responsabilité internationale des Etats et des organisations internationales, due à la grande variété des modes d'action de ces derniers, empêche la formulation d'un critère explicatif unique. Néanmoins, l'étude de cette problématique permet de souligner le lien entre contrôle et responsabilité – le premier entraînant nécessairement la seconde – qui ressort de la pratique des Etats et des organisations internationales, et qui traduit tant l'exigence d'effectivité du droit international que l'absence de formalisme de ses règles relatives à l'imputabilité.

Bibliographie

Monographies et cours

George ABI-SAAB, *The United Nations Operation in the Congo 1960-1964*, OUP, 1978

Hildebrando ACCIOLY, *Principes généraux de la responsabilité internationale d'après la doctrine et la jurisprudence*, RCADI 1959 I, p. 353

Roberto AGO, *le délit international*, RCADI 1939 II, p. 419

C. F. AMERASINGHE, *Principles of the institutional law of international organizations*, OUP, 2005, 2nd ed.

Jules BASDEVANT, *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Sirey, 1960

Tal BECKER, *Terrorism and the State. Rethinking the Rules of State responsibility*, Hart, Oxford and Portland, Oregon, 2006

Edwin M. BORCHARD, *The diplomatic protection of citizens abroad, or the law of international claims*, The Banks Law Publishing Co., New York, 1915

Derek BOWETT, *United Nations Forces, A Legal Study of United Nations Practice*, Londres, Stevens & sons, 1964

- *The Law of International Institutions*, 4ème éd., Stevens, Londres, 1982

Guy BRAIBANT, Pierre DELVOLVE, Bruno GENEVOIS, Marceau LONG, Prosper WEIL, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 17ème éd., 2009

Ian BROWNLIE, *System of the Law of Nations: State responsibility*, O.U.P., 1983

- *Principles of Public International Law*, 6th ed., Oxford University Press, 2006

José Joaquin CAICEDO, *La répartition de la responsabilité internationale entre l'organisation internationale et les Etats membres,* Thèse, 2005, Paris I Panthéon-Sorbonne

Christine CAROTENUTO, *La participation de la Communauté européenne et de ses Etats membres aux organisations internationales,* Thèse, Strasbourg III, 1999

René CHAPUS, *Droit administratif général*, Paris, Montchrestien, 15ème éd., 2001

André COCATRE-ZILGIEN, *L'affaire Argoud : considérations sur les arrestations internationalement irrégulières*, Paris, Pedone, 1965

Luigi CONDORELLI, *L'imputation à l'Etat d'un fait internationalement illicite : solutions classiques et nouvelles tendances*, RCADI 1984 VI, p. 9

Vincent COUSSIRAT-COUSTERE, Pierre Michel EISEMANN, *Répertoire de la jurisprudence arbitrale internationale*, Martinus Nijhoff Publishers, 1989, t. 1

- *Répertoire de la jurisprudence arbitrale internationale*, Martinus Nijhoff Publishers, 1989, t. 3

James CRAWFORD, *Les articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat*, Paris, Pedone, 2003

Eric DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, 4ème édition, Bruylant, Bruxelles, 2008

André DECENCIERE-FERRANDIERE, *La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages subis par des étrangers*, Paris, Rousseau, 1925

Pierre-Marie DUPUY, *Le fait générateur de la responsabilité internationale des Etats*, RCADI 1984-V, p. 9

- *Droit international public*, Paris, Dalloz, 9ème éd., 2008

Clyde EAGLETON, *The Responsibility of States in international law*, New York University Press, 1928

Astrid EPINEY, *Die völkerrechtliche Verantwortlichkeit von Staaten für rechtswidriges Verhalten im Zusammenhang mit Aktionen Privater*, Baden-Baden, Nomos, 1992

Constantin Th. EUSTATHIADES, *Les sujets du droit international et la responsabilité internationale – Nouvelles tendances*, RCADI 1953 III, p. 397

A.H. FELLER, *The Mexican Claims Commissions 1923-1934. A study in the law and procedure of international tribunals*, Macmillan, New York, 1935

Christophe FISCHER, *La responsabilité internationale de l'Etat pour les comportements* ultra vires *de ses organes*, Chabloz, 1993

A. FREEMAN, *Responsibility of States for unlawful acts of their armed forces*, RCADI 1955 II, p. 263

Emmanuel GAILLARD, *La jurisprudence du CIRDI*, Pedone, Paris, 2004

Francisco V. GARCIA-AMADOR, *State responsibility: some new problems*, RCADI 1958 II, p. 369

Manuel GARCIA-MORA, *International responsibility for hostile acts of private persons against foreign states*, Martinus Nijhoff, 1962

Bernhard GRAEFRATH, *Responsibility and damages caused : relationship between responsibility and damages*, RCADI 1984 II, p. 9

André GRISEL, *Droit administratif suisse*, Ides et Calendes, Neuchâtel, 1970

Moses HIRSCH, *The Responsibility of International Organizations Towards Third Parties. Some Basic Principles*, Nijhoff, Dordrecht, 1995

Patrick JACOB, *L'imputation d'un fait à l'Etat en droit international de la responsabilité*, Thèse, 2010, Rennes I.

Pierre KLEIN, *La responsabilité des organisations internationales dans les ordres juridiques internes et en droit des gens*, Bruylant, Bruxelles,1998

Robert KOLB, Gabriele PORRETTO, Sylvain VITE, *L'application du droit international humanitaire et des droits de l'homme aux organisations internationales – Forces de paix et administrations civiles transitoires*, Bruylant, Bruxelles, 2005

Claus KRESS, *Gewaltverbot und Selbstverteidigungsrecht nach der Satzung der Vereinten Nationen bei staatlicher Verwicklung in Gewaltakte Privater*, Berlin, Duncker und Humblot, 1995

Marie-Françoise LABOUZ, *l'Organisation des Nations Unies et la Corée, recherches sur la fiction en droit international public*, Publications universitaires de Paris, 1980

Evelyne LAGRANGE, *La représentation institutionnelle dans l'ordre international*, Kluwer Law International, La Haye, Londres, New York, 2002

André de LAUBADERE, Jean-Claude VENEZIA, Yves GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, 14ème éd., 1996, tome 1

André MAST, *Précis de droit administratif belge*, E. Story-Scientia, Bruxelles-Gand, 1966

Henri MEYROWITZ, *Le principe de l'égalité des belligérants devant le droit de la guerre*, Pedone, Paris, 1970

Allahyar MOURI, *The international law of expropriation as reflected in the work of the Iran-U.S. Claims Tribunal*, Martinus Nijhoff Publishers, 1994

Eleftheria NEFRAMI, *Les accords mixtes de la Communauté européenne : aspects communautaires et internationaux*, Bruylant, Bruxelles, 2007

Joseph OWONA, *Droit administratif spécial de la République du Cameroun*, EDICEF, Paris

Alain PELLET, Patrick DAILLIER, Mathias FORTEAU, *Droit international public*, 8ème éd., L.G.D.J., Paris, 2009

Pierre PESCATORE, *Les relations extérieures des Communautés européennes, contribution à la doctrine de la personnalité des organisations internationales*, RCADI 1961 II, p. 1

Yves PETIT, *Droit international du maintien de la paix*, LGDJ, Paris, 2000

Jean-Pierre QUENEUDEC, *la responsabilité internationale de l'Etat pour les fautes personnelles de ses agents*, LGDJ, Paris, 1966

Paul REUTER, *Principes de droit international public*, RCADI, vol. 103, 1961 II

Jean SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, Bruxelles, 2001

Philippe SANDS, Pierre KLEIN, *Bowett's Law of International Institutions*, 6th Edition, Sweet and Maxwell, London, 2009

Dan SAROOSHI, *International organizations and their exercise of sovereign powers*, OUP 2005

Henry SCHERMERS, Niels BLOKKER, *International Institutional Law* (4ème éd.), Martinus Nijhoff Publishers, 2003

Hinrich SCHRÖDER, *Die völkerrechtliche Verantwortlichkeit im Zusammenhang mit failed und failing States*, Nomos, Baden-Baden, 2007

Ignaz SEIDL-HOHENVELDERN, *Corporations in and under International Law*, Cambridge University Press, 1987

Finn SEYERSTED, *Objective international personality of intergovernmental organizations*, Universitetdforlaget, Copenhague, 1963

- *United Nations Forces in the Law of Peace and War*, Sijthoff, Leyden, 1966
- *The Common Law of International Organizations*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2008

SFDI / IIDH, *La soumission des organisations internationales aux normes internationales relatives aux droits de l'homme*, Actes des journées d'études de Strasbourg des 11-12 avril 2008, Paris, Editions Pedone, 2009

Linos-Alexandre SICILIANOS, *Entre multilatéralisme et unilatéralisme : l'autorisation par le Conseil de sécurité de recourir à la force*, RCADI t. 339, 2008, p. 9

Leo STRISOWER, *Rapport sur la responsabilité internationale des Etats à raison des dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers*, AIDI, 1927

Joe VERHOEVEN, *La reconnaissance internationale dans la pratique contemporaine*, Pedone, Paris, 1975

Charles de VISSCHER, *Théories et réalités en droit international public*, 3ème éd., 1960, Paris, Pedone

Paul de VISSCHER, *Les conditions d'application des lois de la guerre aux opérations militaires des Nations Unies*, AIDI 1971, vol. 54-I

Marcel WALINE, *Traité élémentaire de droit administratif*, 5è éd., Sirey, Paris, 1950

Karl ZEMANEK, *La responsabilité des Etats pour faits internationalement illicites, ainsi que pour faits internationalement licites*, Cours et travaux de l'Institut des hautes études internationales de Paris, Paris, Pedone, 1987

Marten ZWANENBURG, *Accountability under International Humanitarian Law for United Nations and North Atlantic Treaty Organization Peace Support Operations*, Thèse, Leiden, 2004

Articles de revues et d'ouvrages collectifs

C. F. AMERASINGHE, « Liability to Third Parties of Member States of International Organizations : Practice, Principle and Judicial Precedent », *AJIL* 1990, p. 259

Dionisio ANZILOTTI, « La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangers », *RGDIP* 1906, pp. 5 et 285

Pierre APRAXINE, « Violation des droits de l'homme par une organisation internationale et responsabilité des Etats au regard de la Convention européenne », *RTDH* 1995, p. 13

Gaetano ARANGIO-RUIZ, « State fault and the forms and degrees of international responsibility: questions of attribution and relevance », in *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement, Mélanges Michel Virally*, Paris, Pédone, 1991, p. 25

Hervé ASCENSIO, « La responsabilité selon la Cour internationale de Justice dans l'affaire du génocide bosniaque », *RGDIP* 2007, p. 285

Hazem ATLAM, « National liberation movements and international responsibility », in SIMMA Bruno et SPINEDI Marina (eds), *United Nations Codification of State Responsibility*, Oceana, New York, 1987, p. 35

Karine BANNELIER, Théodore CHRISTAKIS, « Qu'est-ce qu'un génocide et quand un Etat est-il responsable pour ce crime? Analyse de l'arrêt rendu par la CIJ dans l'affaire Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro (26 février 2007) », *RBDI* 2007, p. 257

Florence BENOÎT-ROHMER, « A propos de l'arrêt *Bosphorus Air Lines* du 30 juin 2005 : l'adhésion contrainte de l'Union à la Convention », *RTDH* 2005, p. 827

- « Bienvenue aux enfants de *Bosphorus* : la Cour européenne des droits de l'homme et les organisations internationales », *RTDH* 2010, p. 19

Laurence BOISSON DE CHAZOURNES, « La Cour internationale de Justice aux prises avec la crise du Kosovo : à propos de la demande en mesures conservatoires de la République fédérale de Yougoslavie », *AFDI* 1999, p. 452

Laurence BOISSON DE CHAZOURNES, Luigi CONDORELLI, « L'article premier commun aux Conventions de Genève revisité : protéger les intérêts collectifs », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, n°837

Michael BOTHE, « Peace-keeping », in Bruno SIMMA (ed.), *The Charter of the United Nations, A Commentary*, 2nd ed., OUP, p. 686

Davis BROWN, « The role of the United Nations in peacekeeping and truce-monitoring : what are the applicable norms », *RBDI* 1994, p. 559

Ian BROWNLIE, « Decisions of British courts during 1968 involving questions of public or private international law », *BYBIL*, 1968-69, p. 217

- « The responsibility of States for the acts of international organizations », in Maurizio RAGAZZI (ed.), *International Responsibility Today, Essays in Memory of Oscar Schachter*, Martinus Nijhoff, 2005, p. 355

Antonio BULTRINI, « La responsabilité des Etats membres de l'Union européenne », *RTDH* 2002, p. 5

Gérard CAHIN, « Attribution of conduct to the State: insurrectional movements », in. James CRAWFORD, Alain PELLET, Simon OLLESON (eds), *The law of international responsibility*, Oxford University Press, 2010, p. 247

David D. CARON, « The ILC Articles on State Responsibility: The Paradoxical Relationship Between Form and Authority », *AJIL* 2002, p. 857

- « The basis of responsibility: attribution and other trans-substantive rules », *in* Richard B. LILLICH, Daniel B. MARGRAW (eds.), *The Iran-United States claims tribunal: its contribution to the law of State responsibility*, Transnational Publishers, 1998

Antonio CASSESE, « The Nicaragua and Tadic Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia », *EJIL* 2007, p. 649

Théodore CHRISTAKIS, Karine BANNELIER, « Acteur vigilant ou spectateur impuissant ? Le contrôle exercé par le Conseil de Sécurité sur les Etats autorisés à recourir à la force », *RBDI* 2004, p. 498

Gérard COHEN-JONATHAN, Jean-François FLAUSS, « Cour européenne des droits de l'homme et droit international général (2001) », *AFDI* 2001, p. 423

Luigi CONDORELLI, Haritini DIPLA, « Solutions traditionnelles et nouvelles tendances en matière d'attribution à l'Etat d'un fait internationalement illicite dans la Convention de 1982 sur le droit de la mer », in *Le droit international à l'heure de sa codification, études en l'honneur de Roberto AGO t.III*, Milan, 1987, p. 65

Luigi CONDORELLI, Claus KRESS, « The rules of attribution: general considerations », in. James CRAWFORD, Alain PELLET, Simon OLLESON (eds), *The law of international responsibility*, Oxford University Press, 2010, p. 221

Benedetto CONFORTI, « Unité et fragmentation du droit international : « Glissez, mortels, n'appuyez pas ! », *RGDIP* 2007, p. 5

Olivier CORTEN, « L'arrêt rendu par la CIJ dans l'affaire du Crime de Génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie) : vers un assouplissement des conditions permettant d'engager la responsabilité d'un Etat pour génocide ? », *AFDI* 2007, p. 249

Gilles COTTEREAU, « Système juridique et notion de responsabilité, in La responsabilité dans le système international », *colloque du Mans de la SFDI*, Paris, Pedone, 1991, p. 3

Ruth L. COVE, « State responsibility for constructive wrongful expulsion of foreign nationals», *Fordham International Law Journal*, 1987, p. 835

Jean D'ASPREMONT, « Rebellion and State Responsibility: Wrongdoing by Democratically Elected Insurgents », *ICLQ*, 2009, p. 427

Eric DAVID, « Primary and Secondary Rules », in. James CRAWFORD, Alain PELLET, Simon OLLESON (eds), *The law of international responsibility*, Oxford University Press, 2010, p. 27

André J.J. DE HOOGH, « Articles 4 and 8 of the 2001 ILC Articles on State Responsibility, the Tadic Case and Attribution of Acts of Bosnian Serb Authorities to the Federal Republic of Yugoslavia », *BYBIL* 2001, p. 255

Christian DOMINICE, « Le Tribunal fédéral face à la personnalité juridique d'un organisme international », *Revue de droit suisse*, 1989-I

- « La responsabilité des Nations Unies », in Jean-Pierre COT, Alain PELLET, Mathias FORTEAU (dir.), *La Charte des Nations Unies, Commentaire article par article*, Paris, Economica, 3ème éd., 2005, p. 141

Frédéric DOPAGNE, « La responsabilité de l'Etat du fait des particuliers : les causes d'imputation revisitées par les articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite », *RBDI* 2001, p. 496

Patrick DUMBERRY, « New State Responsibility for Internationally Wrongful Acts by an Insurrectional Movement », *EJIL*, 2006, p. 605

Pierre-Marie DUPUY, « Crime sans châtiment, ou mission accomplie ? », *RGDIP* 2007, p. 243

- « Relations between the international law of responsibility and responsibility in municipal law », in. James CRAWFORD, Alain PELLET, Simon OLLESON (eds), *The law of international responsibility*, Oxford University Press, 2010, p. 173

Pierre Michel EISEMANN, « L'épilogue de la crise du Conseil international de l'Etain », *AFDI* 1990, p. 678

Claude EMANUELLI, « Les forces des Nations Unies et le droit international humanitaire », in Luigi CONDORELLI, Anne-Marie LA ROSA, Sylvie SCHERRER, *Les Nations Unies et*

le droit international humanitaire, Actes du colloque international à l'occasion du cinquantième anniversaire de l'ONU, Pedone, Paris, 1996, p. 345

Michael FEIT, « Responsibility of the State under International Law for the Breach of Contract Committed by a State-owned Entity », *Berkeley Journal of International Law*, vol. 28-1, 2010, p. 144

Jean-François FLAUSS et Gérard COHEN-JONATHAN, « A propos de l'arrêt *Matthews c. Royaume-Uni* », *RTDE* 1999, p. 637

Mathias FORTEAU, « Le dépassement de l'effet relatif de la Charte », in Régis CHEMAIN, Alain PELLET, *la Charte des Nations Unies, constitution mondiale ?*, CEDIN Paris X, Pedone, Paris, 2006

- « L'Etat selon le droit international : une figure à géométrie variable ? », *RGDIP* 2007, p. 737

Olivier De FROUVILLE, « Attribution of conduct to the State: private individuals », in. James CRAWFORD, Alain PELLET, Simon OLLESON (eds), *The law of international responsibility*, Oxford University Press, 2010, p. 257

Jochen FROWEIN, Nico KRISCH, « Article 39 », in Bruno SIMMA (ed.), *The Charter of the United Nations, A Commentary*, 2nd ed., OUP, p. 717

Giorgio GAJA, « Use of Force Made or Authorized by the United Nations », in Christian TOMUSCHAT (ed.),*The United Nations at Age Fifty – A Legal Perspective*, Kluwer Law International, 1995, p. 39

Tarcisio GAZZINI, « NATO Coercive Military Activities in the Yugoslav Crisis (1992-1999)», *EJIL* 2001, p. 391

Albane GESLIN, « Réflexions sur la répartition de la responsabilité entre l'organisation internationale et ses Etats membres », *RGDIP* 2005, p. 539

Emanuela-Chiara GILLARD, « Quand l'entreprise s'en va t'en guerre : les sociétés militaires et sociétés de sécurité privées », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, 2006, p. 173

Vera GOWLLAND-DEBBAS, « Security Council enforcement action and issues of state responsibility », *ICLQ* 1994, p. 55

Raymond GOY, « La jurisprudence de la Commission franco-italienne de conciliation et l'interprétation du Traité de paix avec l'Italie », *AFDI*, 1959, p. 321

Jörn GRIEBEL, Milan PLUECKEN, « New Developments Regarding the Rules of Attribution? The International Court of Justice's Decision in *Bosnia v. Serbia* », *Leiden Journal of International Law*, 2008, p. 601

Kazimierz GRZYBOWSKI, « The Council for Mutual Economic Assistance and the European Community », *AJIL* 1990, p. 284

Gilbert GUILLAUME, « Overview of Part One of the Articles on State responsibility », in. James CRAWFORD, Alain PELLET, Simon OLLESON (eds), *The law of international responsibility*, Oxford University Press, 2010, p. 187

Françoise HAMPSON, « States' military operations authorized by the United Nations and international humanitarian law », in Luigi CONDORELLI, Anne-Marie LA ROSA, Sylvie SCHERRER (dir.), *Les Nations Unies et le droit international humanitaire,* Actes du colloque international à l'occasion du cinquantième anniversaire de l'ONU, Pedone, Paris, 1996, p. 371

Nicolas HAUPAIS, « Les enjeux juridiques de la « privatisation de la guerre », *AFDI*, 2009, p. 87

Jan Arno HESSBRUEGGE, « The historical development of the doctrines of attribution and due diligence in international law », *NYUJILP* 2004, p. 265

Rosalyn HIGGINS, « The Legal Consequences for Member States of the Non-Fulfilment by International Obligations of their Obligations towards Third Parties », Rapport à l'Institut de Droit International, *AIDI* vol. 66-I, 1995, p. 373

- « The Concept of "the State": variable geometry and dualist perceptions », in *L'ordre juridique international, un système en quête d'équité et d'universalité, Liber Amicorum Georges Abi-Saab*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/London/Boston, 2001, p. 547

Frank HOFFMEISTER, « Litigating against the European Union and its Member States – Who Responds under the ILC's Draft Articles on International Responsibility of International Organizations? », *EJIL* 2010, p. 727

Carsten HOPPE, « Passing the Buck: State Responsibility for Private Military Companies », *EJIL* 2008, p. 989

Jean-Paul JACQUE, « Communauté européenne et Convention européenne des droits de l'homme », in *L'Europe et le droit, Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Dalloz, 1991, p. 325

Syméon KARAGIANNIS, *du non-étatique à l'étatique : la cruciale question de l'imputabilité d'actes de particuliers en droit international*, in Rafâa BEN ACHOUR et Slim LAGHMANI (dir.), *Acteurs non-étatiques et droit international*, Actes du colloque de Tunis des 6, 7 et 8 avril 2006, Pedone, 2007, p. 161

Pierre KLEIN, « Les organisations internationales dans les conflits armés : la question de la responsabilité internationale », *in.* Madjid BENCHIKH (dir.), *Les organisations internationales et les conflits armés*, L'Harmattan, 2001

- « Responsabilité pour les faits commis dans le cadre d'opérations de paix et étendue du pouvoir de contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme : quelques considérations critiques sur l'arrêt *Behrami et Saramati* », *AFDI* 2007, p. 43
- « Attribution of conduct to international organizations », in. James CRAWFORD, Alain PELLET, Simon OLLESON (eds), *The law of international responsibility*, Oxford University Press, 2010, p. 297

Frédéric KRENC, « La décision *Senator Lines* ou l'ajournement d'une question délicate », *RTDH* 2005, p. 121

Claus KRESS, « L'organe de facto en droit international public. Réflexions sur l'imputation à l'Etat de l'acte d'un particulier à la lumière des développements récents », *RGDIP* 2001, p. 93

Philippe LAGRANGE, « Responsabilité des Etats pour actes accomplis en application du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies », *RGDIP* 2008, p. 85

Evelyne LAGRANGE et Pierre-Michel EISEMANN, « Article 41 », *in* Jean-Pierre COT, Alain PELLET, Mathias FORTEAU (dir.), *La Charte des Nations Unies, Commentaire article par article*, Paris, Economica, 3ème éd., 2005, p. 1195

Christopher LECK, « International responsibility in United Nations peacekeeping operations : command and control arrangements and the attribution of conduct », *Melbourne JIL*, vol. 10, 2009

André LEWIN, « Le Conseil de Sécurité : de la Corée au Golfe…et après », in Brigitte STERN (dir.), *Les aspects juridiques de la crise et de la guerre du Golfe*, Montchrestien, 1991, p. 151

Maurice MENDELSON, « The definition of « international organization » in the International Law Commission's current project on the responsibility of international organizations », in Maurizio RAGAZZI (ed.), *International responsibility today, Essays in Memory of Oscar Schachter*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2005, p. 371

Theodor MERON, « Classification of Armed Conflict in the Former Yugoslavia: *Nicaragua*'s Fallout », *AJIL*, 1998, p. 236

Marko MILANOVIC, « State Responsibility for Genocide », *EJIL* 2006, p. 576

- « State responsibility for genocide : a follow-up », *EJIL* 2007, p. 669
- « From Compromise to Principle : Clarifying the Concept of State Jurisdiction in Human Rights Treaties », *HRLR* n°8 , 2008, p. 436

Marko MILANOVIC, Tatjana PAPIC, « As Bad as it Gets: The European Court of Human Rights' Behrami and Saramati Decision and General International Law », *ICLQ* 2009, p. 267

Djamchid MOMTAZ, « Attribution of conduct to the State: State organs and entities empowered to exercise elements of governmental authority », in. James CRAWFORD, Alain PELLET, Simon OLLESON (eds), *The law of international responsibility*, Oxford University Press, 2010, p. 237

Kjetil MUJEZINOVIC LARSEN, « Attribution of Conduct in Peace Operations: The "Ultimate Authority and Control" Test », *EJIL* 2008, p. 509

Sean MURPHY, « Ex Gratia Payments for Bombing of Chinese Embassy in Belgrade », *AJIL*, 2000, p. 127

André NOLLKAEMPER, « Attribution of Forcible Acts to States : Connexions Between the Law on the Use of Force and the Law of State Responsibility », in Niels BLOKKER and Nico SCHRIJVER (eds), *The Security Council and the Use of Force. Theory and Reality- A Need for Change?*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2005, p. 133

Georg NOLTE, Helmut Philip AUST, « Equivocal helpers – complicit States, mixed messages and international law », *ICLQ* 2009, p. 1

E. OSIEKE, « The Legal Validity Of Ultra Vires Decisions of International Organizations », *AJIL*, 1983, p. 239

Alexander ORAKHELASHVILI, « Division of reparation between responsible entities », in. James CRAWFORD, Alain PELLET, Simon OLLESON (eds), *The law of international responsibility*, Oxford University Press, 2010, p. 647

Esa PAASIVIRTA, Peter Jan KUIJPER, « Does one size fit all ? The European Community and the responsibility of international organizations », *NYIL* 2005, p. 169

Umesh PALWANKAR, « Applicability of International Humanitarian Law to United Nations peace-keeping forces », *Revue international de la Croix-Rouge*, n°294, 1993, p. 227

Florence PARODI, « Les Etats face à l'activité des sociétés militaires et de sécurité privées », *RGDIP*, 2010, p. 501

Alain PELLET, « L'imputabilité d'éventuels actes illicites – Responsabilité de l'OTAN ou des Etats membres », in Christian TOMUSCHAT (ed), *Kosovo and the international community. A legal assessment*, Kluwer, The Hague, 2002

- « The ILC's Articles on state responsibility for internationally wrongful acts and related texts », in. James CRAWFORD, Alain PELLET, Simon OLLESON (eds), *The law of international responsibility*, Oxford University Press, 2010, p. 75

Manuel PEREZ GONZALEZ, « Les organisations internationales et le droit de la responsabilité », *RGDIP*, 1988, p. 63

Ioana PETCULESCU, « Droit international de la responsabilité et droits de l'homme. A propos de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 8 juillet 2004 dans l'affaire *Ilascu et autres c. la République de Moldova et la Fédération de Russie* », *RGDIP* 2005, p. 581

Roger PINTO, « Note de jurisprudence - chronique de jurisprudence française », *JDI* 1967 p. 387

Aymeric POTTEAU, « A propos d'un pis-aller: la responsabilité des Etats membres pour l'incompatibilité du droit de l'Union avec la Convention européenne des droits de l'homme – Remarques relatives à plusieurs décisions « post-*Bosphorus* » de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDE* 2009, p. 697

Paul REUTER, « Le dommage comme condition de la responsabilité internationale », in. *Estudios de derecho internacional, Homenaje al profesor Miaja de la Muela*, Tecnos, Madrid, 1979, p. 837

- « Trois observations sur la codification de la responsabilité internationale des Etats pour fait illicite », in *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement, Mélanges Michel Virally*, Paris, Pédone, 1991, p. 389

Jean-Pierre RITTER, « La protection diplomatique à l'égard d'une organisation internationale », *AFDI* 1962, p. 427

Raphaëlle RIVIER (dir.), « Travaux de la Commission du droit international et de la Sixième Commission », *AFDI* 2009, p. 517

Charles ROUSSEAU, « L'aménagement des compétences en droit international », *RGDIP* 1930, p. 420

Jean SALMON, « Les accords Spaak-U Thant du 20 février 1965 », *AFDI* 1965, p. 468

- « Les contradictions entre fait et droit en droit international », in. *Estudios de derecho internacional, Homenaje al profesor Miaja de la Muela*, Tecnos, Madrid, 1979, p. 337

Auriel SARI, « Jurisdiction and International Responsibility in Peace Support Operations: The *Behrami* and *Saramati* Cases », *HRLR* 2008, p. 150

Finn SEYERSTED, « United Nations Forces: some legal problems », *BYBIL*, 1961, p. 351

Daphna SHRAGA, « The United Nations as an actor bound by international humanitarian law», in Luigi CONDORELLI, Anne-Marie LA ROSA, Sylvie SCHERRER (dir.), *Les Nations Unies et le droit international humanitaire*, Actes du colloque international à l'occasion du cinquantième anniversaire de l'ONU, Pedone, Paris, 1996, p. 317

Linos-Alexandre SICILIANOS, « L'autorisation par le Conseil de sécurité de recourir à la force : une tentative d'évaluation », *RGDIP* 2002, p. 5

Helen SILVING, « In Re Eichmann: a Dilemma of Law and Morality », *AJIL*, 1961, p. 312

Marina SPINEDI, « On the Non-Attribution of the Bosnian Serbs' Conduct to Serbia », *Journal of International Criminal Justice*, 2007, p. 829

Torsten STEIN, « Kosovo and the international community. The attribution of possible internationally wrongful acts : responsibility of NATO or of its member States ? », in Christian TOMUSCHAT (ed), *Kosovo and the international community. A legal assessment*, Kluwer, The Hague, 2002

Brigitte STERN, « The elements of an internationally wrongful act », in. James CRAWFORD, Alain PELLET, Simon OLLESON, *The law of international responsibility*, Oxford University Press, 2010, p. 193

Andrew STUMER, « Liability of member States for acts of international organizations: reconsidering the policy objections », *Harvard International Law Journal*, 2007, p. 553

Serge SUR, « La conduite des hostilités et les aspects militaires du conflit », in Brigitte STERN (dir.), *Les aspects juridiques de la crise et de la guerre du Golfe*, Montchrestien, 1991, p. 207

Stefan TALMON, « Responsibility of international organizations: does the European Community require special treatment? », in Maurizio RAGAZZI (ed.), *International responsibility today, Essays in Memory of Oscar Schachter*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2005, p. 405

- « The Responsibility of Outside Powers for Acts of Secessionist Entities », *ICLQ* 2009, p. 493

Howard J. TAUBENFELD, « International armed forces and the rules of war », *AJIL*, 1951, p. 671

Santiago VILLALPANDO, « Le codificateur et le juge face à la responsabilité internationale de l'Etat : interaction entre la CDI et la CIJ dans la détermination des règles secondaires », *AFDI*, 2009, p. 39

Toshiya UEKI, « Responsibility of International Organisations and the Role of the International Court of Justice », in N. Ando et al. (Eds), *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda*, Kluwer Law International, La Haye, Londres, New York, 2002, Volume 1, p. 237

Philippe WECKEL, « Le droit des conflits armés et les organisations internationales », in Madjid BENCHIKH (dir.), *Les organisations internationales et les conflits armés*, L'Harmattan, 2001

- « Chronique de jurisprudence internationale », *RGDIP* 2002, p. 423

D.S WIJEWARDANE, « Criminal jurisdiction over visiting forces with special reference to international forces », *BYBIL*, 1965-1966, p. 122

Quincy WRIGHT, « Responsibility for injuries to United Nations officials », *AJIL* 1949, p. 95

Sienho YEE, « The responsibility of States members of an international organization for its conduct as a result of membership or their normal conduct associated with membership », in Maurizio RAGAZZI (ed.), *International responsibility today, Essays in Memory of Oscar Schachter*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2005, p. 435

Ralph ZACKLIN, « Responsabilité des organisations internationales, in. La responsabilité dans le système international », *colloque du Mans de la SFDI*, Paris, Pedone, 1991, p. 91

<u>Documents de la Commission du droit international.</u>

ACDI 1969, vol. II

ACDI 1970, vol. II

ACDI 1971, vol. II, 1ère partie

ACDI 1972, vol. II

ACDI 1973, vol. I

ACDI 1973, vol. II

ACDI 1974, vol. I

ACDI 1974, vol. II

ACDI 1975, vol. II

ACDI 1977, vol. II

ACDI 1978, vol. II

ACDI 1998, vol. I

ACDI 2001, vol. I

ACDI 2001, vol. II

Documents relatifs aux cinquante-sixième (2004), cinquante-septième (2005), cinquante-huitième (2006) et soixante et unième sessions (2009), annuaires de la CDI non-encore publiés.

Table de la jurisprudence citée

1. Juridictions internationales

Cour permanente de justice internationale

Affaire des Colons allemands en Pologne, avis consultatif n°6 du 3 février 1923, série B, Rec. p. 22

Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise (fond), arrêt du 25 mai 1926

Cour internationale de justice

Avis consultatifs

Réparations des dommages subis au service des Nations Unies, 11 avril 1949, Rec. p. 174

Certaines dépenses des Nations Unies, 20 juillet 1962, rec. 1962, p. 151

Applicabilité de la section 22 de l'article VI de la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies, 15 décembre 1989, Rec. 1989, p. 177

Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme, 29 avril 1999, Rec. 1999, p. 62

Arrêts et ordonnances

CIJ, *Affaire de la Barcelona Traction, Light and Power Company, limited (Belgique c. Espagne), deuxième phase*, arrêt du 5 février 1970, Rec. 1970, p. 3

Affaire relative au personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran (Etats-Unis d'Amérique c. Iran), arrêt du 24 mai 1980, Rec. 1980, p. 29

Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), arrêt du 27 juin 1986 (fond), Rec. 1986, p. 14

Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie), arrêt du 26 juin 1992 (Exceptions préliminaires), Rec. 1992, p. 240

LaGrand (Allemagne/Etats-Unis d'Amérique), ordonnance du 3 mars 1999, Rec. 1999, p. 9

Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Belgique), arrêt du 15 décembre 2004 (Exceptions préliminaires), Rec. 2004, p. 279

Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda), arrêt du 19 décembre 2005, Rec. 2005, p. 168

Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-Monténégro), Arrêt du 26 février 2007

Application de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie), demande en indication de mesures conservatoires, 15 octobre 2008

Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie

Ch. de Première Instance, *Procureur c. Dusko Tadic, dit « Dule »*, arrêt du 7 mai 1997 ; Ch. d'appel, arrêt du 15 juillet1999.

Ch. de première instance I, *Procureur c. Tihomir Blaskic*, 3 mars 2000

Ch. d'appel, *Zejnil Delalic e. a. (affaire « Celebici »),* 20 février 2001

Ch. de première instance, *Le Procureur c. Mladen Naletilic et Vinko Martinovic*, 31 mars 2003

Commission européenne des droits de l'homme

Confédération française démocratique du travail c. Communautés européennes, subsidiairement la collectivité de leurs Etats membres et leurs Etats membres pris individuellement, déc. du 10 juillet 1978, Req. n° 8030/77

Dalfino c. Belgique et Communautés européennes, déc. du 8 mai 1985, req. n°11055/84

Associazione spirituale per l'unificazione del mondo cristiano c. Italie et Parlement européen, déc. du 5 octobre 1987, req. n°11574/85

Tête c. France, du 9 décembre 1987, req. n°11123/84

Mme Dufay, déc. du 19 janvier 1989, req. n°13539/88

M. &Co c. Allemagne, déc. du 9 février 1990, req. n°13258/87

Procola et autres c. Luxembourg, déc. du 1er juillet 1993, req. n°14570/89

Heinz c. Etats contractants également parties à la Convention sur le brevet européen, déc. du 10 janvier 1994, req. n°21090/92

Cour européenne des droits de l'homme

Irlande c. Royaume-Uni, arrêt du18 janvier 1978, req. n°5310/71

Tyrer c. Royaume-Uni, arrêt du 25 avril 1978, req. n° 5856/72

Loizidou c. Turquie, Exceptions préliminaires, arrêt du 23 mars 1995, req. n°15318/89

Cantoni c. France, arrêt du 15 novembre 1996, req. n°17862/91

Loizidou c. Turquie, fond, arrêt du 18 décembre 1996, req. n°15318/89,

Matthews c. Royaume-Uni, arrêt du 18 février 1999, req. n°24833/94

Beer et Regan c. Allemagne, arrêt du 18 février 1999, req. n°28934/95

Waite et Kennedy c. Allemagne, arrêt du 18 février 1999, req. n°26083/94

Chypre c. Turquie, arrêt du 10 mai 2001, req. n°25781/94

Bankovic e. a. c. Belgique e. a., déc. du 12 décembre 2001, req. n° 52207/99

Assanidzé c.Géorgie, arrêt du 8 avril 2004, req. n°71503/01

Ilascu et autres c. Moldova et Russie, arrêt du 8 juillet 2004, req. n°48787/99

Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi c. Irlande, arrêt du 30 juin 2005, req. n°45036/98

Agim et Bekir Behrami c. France et Ruzhdi Saramati c. France, Allemagne et Norvège, déc. du 2 mai 2007, req. n°71412/01 et 78166/01

Kasumaj c. Grèce, déc. du 5 juillet 2007, req. n°6974/05

Gajic c. Allemagne, déc. du 28 août 2007, req. n°31446/02

Dusan Beric et autres c. Bosnie-Herzégovine, déc. du 16 octobre 2007, req. n°36357/04

Boivin c. 34 Etats membres du Conseil de l'Europe, déc. du 9 septembre 2008, req. n°73250/01

Connolly c. 15 Etats membres de la CE, déc. du 9 décembre 2008, req. n°73274/01

Cooperatieve Producentenorganisatie Van de Nederlandse Kokkelvisserij U.A. c. Pays-Bas, déc. du 20 janvier 2009, req. n° 13645/05

Gasparini c. Italie et Belgique, déc. du 12 mai 2009, req. n°10750/03

Beygo c. 46 Etats membres du Conseil de l'Europe, déc. du 16 juin 2009, req. n°36099/06

Cour interaméricaine des droits de l'homme

Vélasquez Rodriguez c. Honduras, arrêt du 29 juillet 1988, ILR, vol. 95

Comité des droits de l'homme

Hertzberg et consorts c. Finlande, décision du 2 avril 1982, communication n°61/1979

Toonen c. Australie, 31 mars 1994, communication n°488/1992

Cour de justice de l'Union européenne

Conclusions de l'Avocat général dans l'affaire *Maclaine Watson & Company Ldt c. Conseil et Commission des Communautés européennes*, 1er juin 1989, C-241/87, Rec. 1990-I, p. 1822

Parlement c. Conseil, arrêt du 2 mars 1994, C-316/91, *Rec.*1994, p. I-660 et 661

2. Jurisprudence arbitrale

Commission mixte des réclamations Etats-Unis d'Amérique/Mexique (Convention du 4 juillet 1868), *Moses*, sentence du 14 avril 1871, cité in ACDI 1973, vol. II, p. 194

Tribunal arbitral Etats-Unis/ Colombie, sentence *Montijo*, 26 juillet 1875, Vincent COUSSIRAT-COUSTERE, Pierre-Michel EISEMANN, *Répertoire de la jurisprudence arbitrale internationale*, Martinus Nijhoff Publishers, t.1, vol.1, n°1116

Commission mixte Grande-Bretagne/Colombie, *Cotesworth and Powell*, 5 novembre 1875, Répertoire...tome 1, p. 282

Commission mixte Etats-Unis/Mexique (Convention du 4 juillet 1868), *Aniceto Buentello c. Etats-Unis*, sentence du 21 février 1876, Vincent COUSSIRAT-COUSTERE, Pierre Michel EISEMANN, *op. cit.*, t. 1, p. 302, n°1305

Commission mixte (Convention du 4 juillet 1868), *Theodor Webster's adm. v. Mexico*, 20 novembre 1876

Commission mixte Etats-Unis/Venezuela, *Joseph Forrest v. Venezuela, affaire du "William Yeaton"*, 2 septembre 1890

Tribunal arbitral Chili/Royaume-Uni (Convention du 26 septembre 1893), *W.E. Egerton*, sentence du 25 septembre 1895, Vincent COUSSIRAT-COUSTERE, Pierre Michel EISEMANN, *op. cit.*, t. 1, p. 304, n°1310

Tribunal arbitral Etats-Unis d'Amérique/El Salvador *Salvador Commercial Company*, 8 mai 1902, RSA XV, p. 455

Commission mixte de réclamations Etats-Unis/Venezuela, *Irene Roberts (William Quirk)*, 1903, RSA IX, p. 204

Grande-Bretagne/Venezuela, *Bolivar Railway Company case*, Protocoles du 13 février et du 7 mai 1903, R.S.A. IX p. 445

Commission mixte de réclamations Pays-Bas/Venezuela, *Arnold Jacob Maal*, 1903, RSA X, p. 730

Commission mixte des réclamations Etats-Unis/Venezuela, Protocole du 17 février 1903, *Dix*, R.S.A. IX, p. 119

Commission mixte des réclamations Etats-Unis/Venezuela, Protocole du 17 février 1903, *Heny*, 1903, R.S.A. IX, p. 125

Commission mixte de réclamations (Protocole du 19 février 1902), *Affaire de la French Company of Venezuelan Railroads*, 31 juillet 1905, R.S.A. X, p. 285

Commission mixte Etats-Unis d'Amérique/Venezuela, *De Brissot*, Vincent COUSSIRAT-COUSTERE, Pierre-Michel EISEMANN, *op. cit.*, t.1, vol.1, n°1117

Commission mixte Grande-Bretagne/Etats-Unis d'Amérique (Accord du 18 août 1910), *Home Frontier and Foreign Missionary Society of the United Brethren in Christ (United States) v. Great Britain*, 18 décembre 1920, R.S.A. VI, p. 44

Commission générale des réclamations Etats-Unis/Mexique, *Laura Janes et al.v. United Mexican States*, 16 novembre 1925, R.S.A.IV, p. 82

Commission générale des réclamations Etats-Unis/Mexique, Convention du 8 septembre 1923, *The Home Insurance Company (U.S.A.) v. United Mexican States*, 31 mars 1926, R.S.A. IV, p. 48

Commission générale des réclamations Etats-Unis/Mexique, établie par la Convention du 8 septembre 1923, *United Dredging Company*, R.S.A. IV pp. 263-265

Tribunal arbitral, *Biens britanniques au Maroc espagnol (Espagne c. Royaume-Uni)*, sentence du 1er mai 1925, RSA vol. II, p. 615

30 novembre 1925, *D. Earnshaw and others (Zafiro case)*, Great Britain v. United States, R.S.A. vol VI p. 160

Commission générale des réclamations Etats-Unis/Mexique, *Thomas H. Youmans (U.S.A) c. Etats Unis du Mexique*, sentence du 23 novembre 1926, RSA IV, p. 150

Commission des réclamations Etats-Unis/Mexique, *Mallén*, 27 avril 1927, RSA IV, p. 173

Commission générale des réclamations (Mexique/États-Unis), *Charles S. Stephens and Bowman Stephens (U.S.A.) v. United Mexican States*, 15 juillet 1927, R.S.A. IV, p. 265

Commission générale des réclamations (Etats-Unis/Mexique), *de Galvan*, 21 juillet 1927, RSA IV, p. 408

Commission des réclamations France-Mexique, *Georges Pinson (France) v. United Mexican States*, sentence arbitrale du 19 octobre 1928, R.S.A. V, p. 327.

Commission des réclamations (France/Mexique*), Succession de Jean-Baptiste Caire c. Etats-Unis du Mexique*, sentence du 7 juin 1929, RSA V, p. 516

Commission de réclamation France/Mexique, *Succession de Hyacinthe Pellat c. Mexique*, 7 juin 1929, RSA V, p. 534

Affaire des *Finnish Shipowners against Great Britain in respect of the Use of certain Finnish Vessels during the War*, 9 mai 1934, R.S.A., vol. III, p. 1051

Commission des réclamations américano-mexicaines (Loi du Congrès des Etats-Unis du 18 décembre 1942), sentence du 4 avril 1947, *The Batopilas Mining Company v. Mexico*. Vincent COUSSIRAT-COUSTERE, Pierre Michel EISEMANN, *op. cit.*, t.3, p. 1140)

Commission des réclamations américano-mexicaines (Loi du Congrès des Etats-Unis du 18 décembre 1942), sentence du 4 avril 1947, *Jesse J. Simpson v. Mexico*, Vincent COUSSIRAT-COUSTERE, Pierre Michel EISEMANN, *op. cit.*, t.3 p. 1141

Tribunal arbitral (France/Grèce), *Affaire relative à la concession des phares de l'Empire ottoman*, 1956, R.S.A. vol. XII, p. 198

Commission de conciliation franco-italienne

Différend concernant l'interprétation de l'article 79 du Traité de Paix, RSA XIII, p. 389

Héritiers de S.A.R. Mgr le duc de Guise, décision n°107 du 15 septembre 1951, RSA XIII p. 154

Dame Mossé, 17 janvier 1953, décision n°144, RSA XIII p. 486

consorts Estassy, décision n°166, 2 décembre 1953, R.S.A. XIII, p. 575

Gris, décision n°94, 14 avril 1951, RSA XIII p. 274

Selosse, décision n°147, rendue le 23 janvier 1953, R.S.A. vol. 13 p. 550

Tribunaux arbitraux constitués dans le cadre du CIRDI

AMCO c. Indonésie, 20 novembre 1984, ILR p. 454s

Tadex Hellas, Sentence du 29 avril 1999, in Emmanuel Gaillard, *la jurisprudence du CIRDI*, p. 507

Maffezini c. Espagne, 25 janvier 2000, ILM n°40, 2001, p. 1142

Tribunal arbitral, *Metalclad c. Mexique*, sentence du 30 août 2000

Tribunal arbitral, *Compania de Aguas de Aconquija et Compagnie Générale des Eaux c. République Argentine*, sentence du 21 novembre 2000

Salini c. Maroc, 23 juillet 2001, in. Emmanuel GAILLARD, *op. cit.*, p. 621s

26 août 2009, *Bayindir Insaat Turizm Ticaret VE Sanay A.S. c. République Islamique du Pakistan, www.worldbank.org/icsid*

Tribunal irano-américain des réclamations

SEDCO, Inc v. National Iranian Oil Co., 2 July 1987, ILR 84, p. 483

Otis Elevator Company v. The Islamic Republic of Iran et al., 14 Iran-USCTR, 283

Alfred L.W. Short v. The Islamic Republic of Iran, 14 juillet 1987, ILR 1982, p. 148s

Yeager v. The Islamic Republic of Iran, case n° 10199, 2 novembre 1987, ILR 82 p. 179s

Rankin v. Islamic Republic of Iran, case n°10913, 3 novembre 1987, ILR 82 p. 204s

Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale

Westland Helicopters United c/ Arab Organization for Industrialization, United Arab Emirates, Kingdom of Saudi Arabia, State of Qatar, Arab Republic of Egypt, Arab British Helicopter Company, sentence du 25 mars 1984, JDI 1985, p. 232

3. Juridictions internes

Allemagne

Oberlandesgericht de Bavière, *Djajic*, arrêt du 23 mai 1997, NJW 1998, pp. 392-395 ; AJIL 1998, pp. 528-532.

Bundesgerichtshof, Affaire du massacre de Distomo, arrêt du 26 juin 2003, BGH - III ZR 245/98, NJW 2003, p. 3488

Autriche

Cour régionale supérieure (*Oberlandesgericht*) de Vienne, *N.K. c. Autriche*, arrêt du 26 février 1979, ILR 77, p. 470

Etats-Unis

Royal Holland Lloyd v. United States, Court of Claims of the United States, 7 décembre 1931 reproduit in AJIL 1932, vol. 26, p. 410

France

CE, Sec., 5 mars 1948, *Sieur Marion et autres et Commune de Saint Valéry-sur-Somme*, Rec. 1948 p. 113

CE, Union régionale d'Algérie de la CFTC, Recueil Dalloz-Sirey 1965, pp. 434s

CE, 25 mai 1970, *Sieur Bounouala*, Rec. Lebon 1970 p. 350

CE, 5 décembre 1980, *Consorts Hespel*, n° 11092, Tables du Recueil Lebon, p. 608

CE, *Consorts Hovelacque*, 13 janvier 1984, n° 35028. Mentionné aux tables du Recueil Lebon, p. 499

CE, 15 mars 1995, req. n°119737

CE, 28 juillet 1999, req. n° 178498

Cour de Sûreté de l'Etat, arrêt du 28 décembre 1963

Namibie

Namibia, Supreme Court, *Minister of defence, Namibia v. Mwandinghi*, 25 octobre 1991, ILR vol. 91, p. 358

Ouganda

High Court de l'Ouganda, *Ontario Ltd v. Crispus Kiyonga and others*, ILR, vol. 103, p. 259s, (1992) 11 Kampala Law Reports 14, jugement du 7 décembre 1992

Pays-Bas:

Tribunal de district de la Haye, *H.N. c. Pays-Bas*, 10 septembre 2008. Disponible sur http://www.haguejusticeportal.net/eCache/DEF/9/758.html

Royaume-Uni:

Chambre des Lords, *Attorney General v. Nissan*, ILR vol. 44, p. 375

Court of Appeal, *Maclaine Watson & Co Ltd v. Department of Trade and Industry*, 27 avril 1988, ILR 80, pp. 101s

House of Lords, *JH Rayner (Mincing Lane) Ltd v. Department of Trade and Industry and Others and Related Appeals, Maclaine Watson & Co Ltd v. Department of Trade and Industry, Maclaine Watson & Co Ltd v. International Tin Council*, 26 octobre 1989, ILR 81, p. 674

Suisse

Cour de justice du canton de Genève, arrêt du 3 novembre 1987, Revue de l'arbitrage, 1989, p. 514 ; ILR 80, p. 622

Tribunal fédéral suisse, arrêt du 19 juillet 1988, extraits en français (original) dans Revue de l'arbitrage, 1989 ; texte intégral en traduction anglaise, ILR 80 p. 652

Index

accords mixtes 272, 313, 314, 316, 417
action en qualité d'organe 49, 119
affaire des Otages américains à Téhéran90, 112, 115, 117, 153, 167
affaire du *Nicaragua* 154
affaire *Tadic*171, 183, 184, 191, 194, 202, 203, 206, 214
Assemblée générale des Nations Unies...16
Centre international pour le règlement des différends liés à l'investissement.....146
codification13, 14, 16, 17, 18, 40, 89, 116, 133, 225, 227, 410, 421, 428
Commission du droit international5, 6, 13, 14, 15, 17, 18, 19, 22, 39, 41, 49, 52, 60, 64, 78, 89, 104, 111, 115, 129, 131, 139, 145, 152, 168, 193, 197, 228, 231, 263, 264, 271, 272, 278, 283, 284, 290, 301, 308, 310, 312, 316, 321, 323, 325, 332, 352, 368, 369, 380, 381, 384, 387, 390,뒨393, 395, 398, 401, 402, 405, 410, 428, 430
contrôle effectif59, 84, 137, 140, 150, 155, 160, 161, 162, 163, 168, 169, 170, 172, 174, 175, 178, 184, 185, 194, 199, 202, 203, 205, 206, 207, 215, 218, 220, 222, 223, 234, 256, 287, 330, 346, 349, 354, 355, 356, 358, 359, 360, 361, 364, 365, 366, 373, 376, 379, 380, 384, 387, 388, 390
contrôle global170, 178, 179, 182, 183, 184, 203, 206, 211, 213, 214, 216, 218, 219, 357, 358, 359
contrôle opérationnel254, 332, 335, 343, 352, 355, 356, 357, 359, 360, 366, 375, 379, 380, 381, 383, 384, 385, 387, 389, 390, 406
Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide52, 188, 192, 200, 433
Cour européenne des droits de l'homme ... , 14, 17, 19, 29, 41, 46, 48, 84, 115, 209, 210, 212, 214, 215, 216, 218, 230, 232, 234, 247, 249, 250, 253, 254, 278, 301, 304, 307, 308, 309, 312, 313, 318, 347, 350, 381, 382, 384, 387, 388, 398, 399, 400, 401, 402, 419, 421, 425, 427, 428, 434
Cour internationale de Justice6, 14, 20, 29, 44, 52, 57, 72, 104, 111, 112, 115, 117, 136, 140, 147, 152, 154, 168, 169, 174, 176, 186, 188, 190, 196, 198, 214, 218, 219, 222, 223, 252, 254, 278, 287, 289, 290, 291, 298, 325, 329, 331, 358, 389, 408, 419, 420
dépendance totale58, 156, 160, 178, 198, 199, 200, 201
droit des conflits armés49, 53, 54, 57, 133, 188, 189, 191, 254, 329, 330, 340, 356, 363, 415, 430
due diligence 83
éléments constitutifs du fait internationalement illicite 20
Etat
notion 26

Etat fédéral 34, 42, 43, 44, 47, 49
fonctionnaire de fait26, 75, 123, 128, 129, 130, 136, 139
imputabilité
définition.....20
mouvement insurrectionnel75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 85, 86, 87, 88, 90, 91, 92, 94, 95, 96, 97, 99, 100, 101, 131, 166
obligation des Etats de contribuer aux dépenses de l'organisation.....297, 300
opération autorisée370, 377, 379, 380, 381, 382, 385, 389, 391
opérations de maintien de la paix254, 299, 319, 320, 329, 330, 331, 333, 334, 337, 341, 343, 344, 345, 346, 347, 348, 351, 353, 354, 356, 357, 359, 361, 362, 365, 369, 370, 372, 379, 384, 385
opposabilité de la personnalité internationale de l'organisation 288
ordre juridique international.....15
organe commun des Etats277, 280, 281, 285
organe *de facto*11, 29, 58, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 136, 151, 152, 154, 155, 158, 159, 160, 164, 173, 177, 178, 180, 182, 187, 188, 191, 192, 193, 194, 196, 197, 198, 200, 201, 203, 204, 206, 209, 214, 215, 217, 218, 221, 223, 232, 233, 365, 409, 411, 425
organe mis à disposition d'une organisation internationale349, 352, 360, 366
organes *de jure* 37
Organisation des Nations Unies, 72, 108, 278, 289, 320, 321, 325, 330, 333, 336, 352, 362, 371, 374, 375, 377, 380, 388, 417
OTAN, 250, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 282, 291, 304, 307, 350, 351, 383, 385, 387, 389, 390, 427
personnalité internationale..... 28
personnalité juridique des organisations internationales 25, 240, 241, 244, 293
prérogatives de puissance publique27, 35, 36, 38, 42, 52, 59, 60, 61, 62, 63, 65, 104, 122, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 131, 132, 133, 134, 139, 140, 143, 149, 150, 151, 168, 326, 363
rang hiérarchique de l'organe ... 38, 40, 451
responsabilité 14
responsabilité subsidiaire des Etats membres239, 241, 246, 248, 250, 253, 257, 264, 266, 268, 269, 270, 271, 272, 274, 277, 288, 297, 298, 317
séparation des pouvoirs..... 38, 39
sociétés militaires ou de sécurité privées 58
tribunal irano-américain des réclamations 62, 63, 85, 131, 144, 147
Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie8, 14, 29, 169, 170, 358, 433
*ultra vires*41, 50, 56, 64, 65, 67, 68, 72, 73, 119, 155, 163, 198, 206, 321, 326, 327, 328, 330, 331, 340, 359, 365, 406, 416
Union européenne 248, 305, 313, 314, 398, 399, 403, 404, 405, 420, 435

utilisation de la personnalité distincte de l'organisation par les Etats membres278, 300

Table des matières

Sommaire 11

Introduction générale 13

1ère Partie L'imputabilité d'un fait illicite à l'Etat 31

Titre 1. L'imputabilité du comportement de personnes en fonction de leur possession du statut d'organe de *jure* de l'Etat. 36

Chapitre 1. L'imputabilité du comportement de personnes possédant le statut d'organe de l'Etat adopté en cette qualité 37

s. 1 La portée du principe de l'imputabilité à l'Etat du comportement de ses organes *de jure*. 37

§1. Les différentes possibilités d'organisation interne d'un Etat sont sans pertinence sur la portée de cette règle. 38

A) La forme interne de séparation des pouvoirs et le rang hiérarchique de l'organe 38

B) la forme d'organisation territoriale de l'Etat. 41

§2. Le principe de l'imputabilité à l'Etat du comportement de ses organes *de jure* . 49

A) Le principe: l'Etat n'est responsable des actes de ses organes que s'ils ont agi en cette qualité. 49

B) La *lex specialis* du droit des conflits armés 53

C) L'imputabilité du comportement des sociétés militaires et de sécurité privées . ..... .58

§3L'imputabilité des actes des personnes habilitées à exercer des prérogatives de puissance publique. 60

A) Les entités habilitées à exercer des prérogatives de puissance publique: l'article 5 des articles de la Commission du droit international 60

B) Le traitement de cette problématique par la jurisprudence. 62

s2. L'imputabilité du comportement *ultra vires* des organes de l'Etat. 64

§1. Le comportement *ultra vires* ou contraire aux instructions d'organes de l'Etat est attribuable à l'Etat lorsque ces organes agissent en cette qualité. 64

§2. La responsabilité de l'Etat pour des actes *ultra vires* dans la jurisprudence internationale 67

Chapitre 2. L'imputabilité du comportement de personnes étrangères à l'appareil d'Etat 75

s1 L'imputabilité du comportement d'un mouvement dirigé contre le gouvernement légal de l'Etat: l'insurrection victorieuse. 76

§1 L'imputabilité du comportement d'un mouvement insurrectionnel devenu le nouveau gouvernement de l'Etat. 77

A) La portée de la règle..... 77

B) L'imputabilité du comportement de révolutionnaires victorieux dans la jurisprudence internationale..... 85

C) L'applicabilité de ce principe en cas de gouvernement de coalition entre l'ancien gouvernement légal et les dirigeants du mouvement insurrectionnel. 96

§2. L'imputabilité du comportement de mouvements insurrectionnels parvenant à créer un nouvel Etat à celui-ci. 98

A) L'attribution du comportement du mouvement séparatiste au nouvel Etat. 98

B) L'imputabilité du comportement de l'Etat prédécesseur. 101

s2 L'attribution à l'Etat d'un comportement qu'il a ratifié. 104

§1 Du manque de *due diligence* à la ratification d'actes de particuliers 104

A) L'absence de responsabilité du fait de particuliers..... 105

B) L'apparition de l'imputabilité de faits de particuliers ratifiés par l'Etat..... 109

§2 Une solution contestée puis consacrée 111

A) La ratification du comportement de particuliers par l'Etat dans la jurisprudence internationale..... 112

B) L'évolution de la position de la Commission du droit international..... 115

Conclusion du Titre 1. 118

Titre 2 : L'imputabilité du comportement de personnes ne faisant pas formellement partie de l'appareil d'Etat : De l'imputabilité de faits de particuliers à l'autonomisation de la base d'imputabilité « organe *de facto* »..... 121

Chapitre 1. Du fait de particuliers agissant « pour le compte » de l'Etat à l'organe *de facto*..... 124

s.1 Les deux cas de « fonctionnaires de fait ». 124

§1 L'exercice spontané de prérogatives de puissance publiques en cas de carence ou d'absence des autorités officielles 126

A) Le principe de l'imputabilité du comportement de personnes exerçant spontanément des prérogatives de puissance publique 126

B) L'exercice de prérogatives de puissance publique par des particuliers dans la jurisprudence internationale et les travaux de la Commission du droit international 131

§2 La notion d'action « pour le compte » de l'État. 136

A) La jurisprudence arbitrale ancienne. 137

D) Un exemple de pratique étatique : les enlèvements à l'étranger 140

E) L'imputabilité du comportement de personnes morales de droit privé ou public à l'État 143

s.2. L'évolution de la notion de personnes agissant « en fait pour le compte de l'Etat » 151

§1. Organe *de facto* et personne agissant pour le compte de l'Etat devant la CIJ et la CDI 152

A) La jurisprudence originelle de la CIJ : les affaires des *Otages* et *Nicaragua*. 153

B) L'influence de la jurisprudence de la CIJ sur le Projet d'articles de la Commission du droit international. 167

§2. La jurisprudence du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie..... 169

A) L'affaire *Tadic* 171

B) La confirmation du critère du « contrôle global » par la jurisprudence ultérieure du TPIY 183

Chapitre 2 L'organe *de facto* comme entité territoriale politiquement organisée 187

s1 Intérêt et pertinence d'une base d'imputabilité autonome: la consécration de deux bases distinctes par la Cour internationale de Justice. 188

§1 Le domaine d'application du droit des conflits armés face au droit de la responsabilité internationale. 188

§2 l'organe *de facto* devant la CIJ : une interprétation restrictive 192

A) La distinction entre organe *de facto* et l'imputation d'actes de particuliers suivant les instructions, ou se trouvant sous le contrôle » de l'Etat. 193

B) Les critères d'identification d'un organe *de facto* 197

§3 Le traitement de l'hypothèse de l'article 8 par la Cour 204

A) Un raisonnement dans la continuité de la jurisprudence de la Cour 204

B) L'application du critère du contrôle effectif en l'espèce 206

s. 2. L'Etat et les groupes organisés vus comme entités organisées ou des administrations locales 209

§1 La problématique des entités quasi-étatiques 209

A) La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme 209

B) La question de l'imputabilité du comportement des autorités d'Abkhazie et d'Ossétie du Sud 219

§2 Attribution du fait illicite ou attribution de la responsabilité : Etats « fantoches » et dépendants 224

A) L'attribution de la responsabilité à un État pour des faits commis par un autre État. 224

B) L'attribution de la responsabilité dans la jurisprudence internationale et devant la CDI 228

Conclusion du titre 2 233

Conclusion de la première partie 235

2ème partie. La problématique de l'imputabilité d'un fait illicite à une organisation internationale ou à ses Etats membres 236

Titre 1. La responsabilité de l'Etat à raison du comportement d'une organisation dont il est membre 238

Chapitre 1. La responsabilité internationale de l'organisation, raison de l'exclusion de principe de celle de ses membres. 239

s. 1 La capacité de l'organisation internationale d'être internationalement responsable des comportements qui lui sont attribuables 240

§1. La personnalité juridique des organisations internationales, fondement de leur responsabilité 241

§2. La situation des tiers face aux risques spécifiques aux organisations internationales 246

s. 2 L'absence de responsabilité directe et subsidiaire des Etats membres à raison d'un fait illicite de l'organisation. 250

§ 1 La responsabilité subsidiaire des membres d'une organisation internationale dans la jurisprudence 251

A) La responsabilité subsidiaire envers les tiers « involontaires » 252

B) La responsabilité subsidiaire dans une hypothèse de relations contractuelles 257

§2 La responsabilité subsidiaire des Etats dans la doctrine et les travaux de la Commission du droit international 263

§3. L'acceptation de la responsabilité subsidiaire par les Etats membres 272

Chapitre 2. Les cas de responsabilité de l'Etat à raison d'un fait de l'organisation dont il est membre 277

s. 1 L'influence de la personnalité internationale de l'organisation et de son opposabilité sur la responsabilité des Etats membres. 279

§. 1 La responsabilité des Etats membres du fait de l'absence d'autonomie réelle de l'organisation envers eux. 279

A) L'absence de personnalité distincte de l'organisation 280

B) La responsabilité de l'Etat du fait de l'aide et assistance, de la direction et du contrôle, et de la contrainte exercés sur l'organisation. 282

§2 L'opposabilité de la personnalité internationale de l'organisation face à l'absence de reconnaissance par un Etat tiers 288

s. 2 Les atténuations à l'absence de responsabilité subsidiaire tirées des relations entre l'organisation internationale et ses membres. 296

§1 L'obligation des Etats de contribuer aux dépenses de l'organisation 297

§2 L'utilisation de la personnalité distincte de l'organisation par les Etats membres 300

A) La responsabilité d'un Etat à raison du fait d'une organisation internationale dont il est membre dans la jurisprudence des organes de la Convention européenne des droits de l'homme 301

B) La doctrine et la question de l'élargissement du principe à d'autres cas 307

C) La portée du principe de l'utilisation de la personnalité distincte de l'organisation dans le projet d'articles de la CDI 308

§3 La responsabilité conjointe entre l'organisation et les Etats : les accords mixtes 313

Conclusion du Titre 1 317

Titre 2. La détermination de la responsabilité de l'organisation internationale à raison d'un fait illicite 319

Chapitre 1. L'imputabilité du comportement des agents et organes de l'organisation, ainsi que des organes mis à sa disposition 320

s. 1 L'imputabilité à l'organisation des faits de ses organes et agents 321

§1 La définition de l'organe et de l'agent de l'organisation internationale 321

§2 L'imputabilité du comportement *ultra vires* des organes et agents de l'organisation 326

s. 2 L'imputabilité du comportement d'un organe mis à la disposition d'une organisation internationale 332

§1 La pratique : les opérations de maintien de la paix de l'ONU 334

A) Les premières opérations de maintien de la paix de l'ONU 334

B) La pratique récente des opérations de maintien de la paix 341

C) L'imputabilité du comportement de contingents nationaux mis à la disposition de l'ONU dans la jurisprudence. 347

§2 Les principes gouvernant l'imputabilité des faits illicites d'un organe mis à disposition d'une organisation internationale. 352

A) Le critère d'imputation 352

B) L'objet du contrôle 363

Chapitre 2. L'attribution de la responsabilité à raison du fait d'Etats membres agissant en application d'une autorisation ou d'une décision de l'organisation 367

s. 1 L'attribution de la responsabilité issue d'un comportement adopté par un Etat suite à une autorisation donnée par l'organisation internationale dont il est membre. 369

§1 La responsabilité à raison du comportement d'organes d'Etats prenant part à une opération autorisée 370

A) La pratique des opérations autorisées par les Nations Unies 370

B) La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, une remise en cause de la pratique 381

§2 La responsabilité de l'organisation du fait de l'autorisation 390

A) La responsabilité « secondaire » de l'organisation 391

B) La responsabilité propre de l'organisation 392

s. 2 L'attribution de la responsabilité issue d'un comportement adopté par un Etat suite à une décision d'une organisation internationale dont il est membre. 395

§1 Le mécanisme de l'article 16 du projet de la CDI. 395

§2 L'attribution de la responsabilité dans la pratique 398

A) La responsabilité de l'Etat à raison d'une mesure d'exécution d'un acte d'une organisation internationale dont il est membre obligatoire à son égard. 398

B) La responsabilité des organisations internationales trouvant son origine dans un acte obligatoire à l'égard d'Etats membres. 403

Conclusion du titre 2 406

Conclusion de la deuxième partie 407

Conclusion générale 408

Bibliographie 413

Table de la jurisprudence citée 431

Index 441

Table des matières 445