

CHAPITRE 16.3

LES PERSONNES PRIVEES

Olivier de FROUVILLE

1. En droit international, l'opération intellectuelle d'attribution remplit une double fonction dans la théorie de la responsabilité. La première consiste à désigner la personne (physique ou morale) responsable qui subira les conséquences de cette responsabilité (réparation ou punition), sachant que la personne en question ne sera pas nécessairement l'auteur direct de l'acte. La seconde fonction réside dans le déclenchement de l'application d'un régime particulier de responsabilité : responsabilité internationale de l'Etat ou de l'organisation internationale lorsque le comportement reproché est attribuable à l'une de ces personnes morales ou responsabilité pénale de l'individu lorsqu'il est attribuable à une personne physique. L'application des deux régimes de responsabilité peut être simultanée, comme le démontrent les deux affaires relatives à l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Bosnie-Herzégovine c/ Yougoslavie et Croatie c/ Yougoslavie) devant la Cour internationale de Justice et le jugement de Slobodan Milosević, ancien président de la République Fédérale de Yougoslavie, devant le Tribunal international pénal pour l'ex-Yougoslavie. Dans ce cas, il y a bien parallélisme, ce qui signifie qu'il n'y a pas confusion. Les deux régimes possèdent des règles propres et poursuivent des buts distincts (voir dans ce sens l'article 58 du texte de la C.D.I.). Il sera ici question de la seule responsabilité internationale de l'État, c'est à dire des hypothèses dans lesquelles un fait internationalement illicite peut être attribué à l'Etat.

2. La lecture des auteurs classiques permet de prendre conscience que, pour l'essentiel, les principes généraux de la responsabilité de l'Etat pour ou en relation avec des comportements de personnes privées n'ont guère varié. En fait, comme on le verra, les règles principales présentent une certaine constance. Mais les présupposés théoriques qui les encadrent ont été affectés, si bien que les solutions retenues par la Commission du droit international dans son « projet d'articles » ne sont plus tout à fait les mêmes que celles que proposait Hugo Grotius.

3. L'essentiel de la matière se trouve tout de même dans *Le Droit de la guerre et de la paix* (1625 et ici trad. P. Pradier-Fodéré, rééd. P.U.F. coll. « Léviathan », 1999. Je tiens à remercier chaleureusement ici le Professeur Emmanuelle Jouannet pour avoir bien voulu accepter de relire les lignes qui suivent). Grotius y aborde la question de l'attribution à deux reprises. A la recherche des « causes pour lesquelles les guerres sont entreprises », il est amené à distinguer deux types de faits, selon qu'ils donnent lieu à réparation

ou à punition (Livre II, Chapitre XX, I, 1, p. 448 et le Chapitre I). Les premiers touchent donc à ce que l'on appellerait aujourd'hui la responsabilité civile, tandis que les seconds concernent plutôt la responsabilité pénale. On peut s'étonner *a priori* que les auteurs de doctrine ne retiennent en général que les développements relatifs au droit pénal qui sont contenus dans le Chapitre XXI (*De la communication des peines*) du Livre II et laissent dans l'ombre les réflexions de Grotius sur la réparation des dommages au Chapitre XVII (*Du dommage causé injustement et de l'obligation qui en résulte*), alors qu'il paraît évident que ces dernières sont plus facilement transposables à la matière du droit international, dont le système de responsabilité présente tout de même plus le caractère d'une responsabilité civile que d'une responsabilité pénale. Mais d'une part, Grotius écrit lui-même que les règles relatives à l'attribution sont assez semblables en matière pénale et en matière civile : « On est, en effet, complice d'un délit, presque de la même manière qu'on est responsable d'un dommage » (Chapitre XXI, I, 1, p. 509). D'autre part, le thème spécifique de la responsabilité d'une collectivité quelle qu'elle soit pour le fait d'un particulier n'est abordé qu'au Chapitre XXI, ce qui rend les formulations qui s'y trouvent plus intéressantes *a priori* pour un internationaliste à la recherche d'enseignements sur la question de la responsabilité de l'Etat pour les faits de particuliers. En réalité, cette spécificité n'est qu'apparente, dans la mesure où Grotius assimile l'Etat à une personne physique dotée, par l'intermédiaire de la personne du souverain, d'une volonté propre. Toujours est-il que c'est bien au Chapitre XXI que l'on retrouve énoncée l'idée maîtresse selon laquelle, lorsque l'acte reproché ne présente aucun lien avec l'Etat, elle ne saurait être imputée à la collectivité :

« Une communauté soit civile, soit d'une autre nature, n'est point responsable du fait des particuliers, si elle n'y a *contribué* de son fait propre, ou par sa *négligence* » (II, 1, p. 509)

Grotius, comme à son habitude, s'appuie sur la pratique et sur les écrits des grands penseurs. Il note en particulier :

« Les Rhodiens (...), devant le sénat, séparent la cause publique de la cause des particuliers, en disant « qu'il n'y a point d'Etat qui n'ait quelque fois des citoyens pervers, et toujours une multitude ignorante. » C'est ainsi qu'un père n'est pas tenu non plus pour le délit de ses enfants, ni un maître pour celui de son esclave, ni tous autres supérieurs, à moins qu'il n'y ait en eux-mêmes quelque chose de vicieux. » (*id.*, p. 510)

Le principe d'irresponsabilité est donc nuancé par l'hypothèse de la *complicité* active ou passive de l'Etat à laquelle répond, au Chapitre XVII, l'idée d'une co-responsabilité de même nature. Grotius distingue une complicité/co-responsabilité par action lorsqu'une personne *contribue de son fait propre* à l'acte d'une complicité/co-responsabilité par omission

Chapitre 16-3 – Les personnes privées

lorsqu'elle fait preuve de *négligence* (sur ce point, la traduction de Jean Barbeyrac est peut-être plus claire, en évoquant la contribution à l'action du particulier « en faisant ou ne faisant pas certaines choses »).

La co-responsabilité active est définie au Chapitre XVII de la manière suivante :

« Parmi ceux qui sont tenus pour avoir fait, les uns le sont au premier chef, les autres au second (...). Au premier chef, celui qui ordonne, qui donne le consentement requis, qui aide, qui fournit retraite, ou qui participe au crime de toute autre manière.

Au second chef, celui qui donne conseil, qui loue, qui approuve. (...) » (Chapitre XVII, VI, VII, p. 417).

Quant à la responsabilité pour négligence, elle ne trouve pas à s'appliquer dans les mêmes conditions pour les faits soumis à punition et les faits entraînant réparation.

4. Le défaut d'action en relation avec les premiers engage automatiquement la responsabilité, sous la forme d'une complicité passive. Selon Grotius, cette négligence peut prendre deux formes : la tolérance (*patientia*) et l'offre de « retraite » (*receptus*) ou, autrement dit, le fait d'une part de ne pas avoir empêché la commission d'un délit alors qu'on avait connaissance de l'existence de ce délit et d'autre part le fait de ne pas avoir puni ou livré le coupable (Chapitre XXI, I, 2, p. 510).

5. En revanche, la négligence en relation avec un fait donnant lieu à réparation n'engage la responsabilité que dans la mesure où l'omission viole une obligation propre de son auteur :

« Ceux qui sont tenus en ne faisant pas le sont également au premier chef ou au second chef. Au premier chef : celui qui, devant, d'après le droit proprement dit, empêcher le mal en le défendant, ou porter secours à celui à qui une injure est faite, ne le fait pas. (...)

Au second chef : celui qui ou ne dissuade pas, lorsqu'il le *doit*, ou bien garde le silence sur un fait qu'il *devait* faire connaître. Or, dans toutes ces choses, nous rapportons ce « devoir » au droit propre qui est l'objet de la justice explétrice (...) qu'il vienne soit de la loi, soit de quelque qualité. [N.d.a. : La distinction établie par Grotius au Livre I, Chapitre I, VIII de son ouvrage entre la « justice explétrice » et la « justice attributive » constitue une application quelque peu déformée de la distinction aristotélicienne entre justice commutative et justice distributive. La notion de « justice explétrice » renvoie *grosso modo* à la justice commutative chez Aristote, mais s'en éloigne en même temps, dans la mesure où Grotius la considère

comme la seule de nature à avoir pour objet des « droits parfaits », autrement dit des droits contraignants et directement exigibles. V. sur ce point Emmanuelle Jouannet, *Emer de Vattel et l'émergence doctrinale du droit international classique*, Paris, Pedone, 1998, pp. 167 et suiv.] Car si on le *doit* en vertu de la règle de la charité, on péchera certainement en omettant, et cependant on ne sera pas tenu à la réparation, cette obligation venant d'un droit proprement ainsi nommé, comme nous l'avons dit auparavant. » (Chapitre XVII, VIII, IX, p. 418).

Il n'y a donc pas, dans cette hypothèse, co-responsabilité au sens d'une responsabilité partagée pour le même fait. La co-responsabilité envisagée ici s'entend de deux responsabilités pour deux faits distincts, le premier originaire et le second intervenant en relation avec le premier. On trouve ici les prémisses de la responsabilité par *catalyse* décrite par Roberto Ago (cf. *infra* Section 3).

6. Les réflexions de Grotius sur la question de l'attribution sont, on le voit, extrêmement riches et complexes et les présentations passées et actuelles du droit en la matière lui doivent beaucoup. Au titre du passé, la transposition de la doctrine grotienne de l'attribution au cadre moderne du droit international revient à Emer de Vattel, dont les travaux sur le sujet ont nourri la doctrine et la jurisprudence du 19^{ème} et du début du 20^{ème} siècles.

7. Dans son maître-ouvrage (*Le droit des gens ou Principes de la Loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, 1758 et ici Paris, Librairie Guillaumin et cie, nouvelle éd. 1863, Livre II, Chapitre IV, pp. 48 et suiv.) Vattel suit, au sujet de l'attribution, un raisonnement en deux temps. Le premier temps consiste en l'affirmation de l'irresponsabilité de l'Etat pour les « actions des particuliers » :

« Cependant, comme il est impossible à l'Etat le mieux réglé, au souverain le plus vigilant et le plus absolu, de modérer à sa volonté toutes les actions de ses sujets, de les contenir en toute occasion dans la plus exacte obéissance, il serait injuste d'imputer à la Nation ou au souverain toutes les fautes des citoyens. On ne peut donc dire, en général, que l'on a reçu une injure d'une Nation, parce qu'on l'aura reçue de quelqu'un de ses membres. » (*id.*, par. 73).

Plus que Grotius qui s'attachait surtout à la description de la « pratique », Vattel met ici en exergue le fondement matériel de la règle : elle repose sur une exigence de justice rétributrice liée à une reconnaissance du « libre arbitre » de l'Etat, autrement dit à une conception subjective de la responsabilité. Celle-ci n'est en effet possible qu'à partir du moment où, pour

Chapitre 16-3 – Les personnes privées

paraphraser Dionizio Anzilotti (« La responsabilité internationale des États à raison des dommages soufferts par des étrangers », I, *R.G.D.I.P.* 1906, t. XIII, n° 1, pp. 5-29, p. 13), il existe une relation entre le fait matériel reproché et un *sujet* déterminé. La transposition au droit international s'effectue naturellement par la reconnaissance de l'Etat comme personne juridique, ce qui constitue le présupposé de la théorie moderne du droit international, que Vattel est le premier à avoir formulé de manière absolument cohérente au sein de l'*Ecole du droit de la nature et des gens* (v. E. Jouannet, précité, *passim*).

8. Le deuxième temps de l'analyse de Vattel réside dans l'exposé des « exceptions » à la règle de l'irresponsabilité et reprend la théorie de la complicité/co-responsabilité exposée par Grotius, en la restreignant toutefois aux hypothèses dans lesquelles l'Etat n'a pas participé directement aux actes reprochés. La responsabilité peut donc résulter de l'action de l'État :

« Si la Nation ou son conducteur approuve et ratifie le fait du citoyen, elle en fait sa propre affaire : l'offensé doit alors regarder la Nation comme le véritable auteur de l'injure, dont peut-être le citoyen n'a été que l'instrument » (par. 74).

Ou de son omission :

« Le souverain qui refuse de faire réparer le dommage causé par son sujet, ou de punir le coupable, ou enfin de le livrer, se rend en quelque façon complice de l'injure, et en devient responsable. » (par. 77)

Au-delà de leur complexité propre, ces écrits nous permettent d'emblée de saisir l'essence de la matière qui nous occupe et qui n'a pas varié depuis 1625.

9. La règle de base apparaît en effet clairement sous la plume des auteurs d'hier et d'aujourd'hui : l'Etat ne saurait être tenu responsable des faits accomplis par des personnes privées (Section 1). En cela, on voit que le régime de la responsabilité internationale était et demeure un régime pour l'essentiel articulé autour d'une conception subjective de la responsabilité. La responsabilité résulte de l'imputation d'un acte à un *sujet* de l'ordre juridique international, autrement dit à une personne morale dotée de la souveraineté, celle-ci n'étant rien d'autre, comme on le sait, que l'équivalent pour l'Etat sur le plan international de ce qu'est la liberté pour l'individu sur le plan interne (cf. Jean Combacau, « Pas une puissance, une liberté : la souveraineté internationale de l'État », *Pouvoirs*, n° 67, 1993, pp. 47-58). Le processus d'« objectivisation » de ce régime par effacement du dommage et de la faute sous l'impulsion du Rapporteur spécial de la Commission, Roberto Ago, a certainement affaibli ce caractère subjectif, mais ne l'a pas complètement

éliminé (v. en ce sens, P.-M. Dupuy, « Le fait générateur de la responsabilité internationale des États », *R.C.A.D.I.* 1984-V, t. 188, pp. 9-134, p. 32). Viennent ensuite deux « exceptions » qui en réalité n'en sont pas, dans la mesure où elles ne constituent pas à proprement parler des cas particuliers où la responsabilité de l'Etat serait engagée par le fait de particuliers en dérogation de la règle générale, mais plutôt des hypothèses où la responsabilité de l'Etat est engagée de manière autonome, suivant les principes classiques de l'imputation. La première hypothèse est celle où la responsabilité de l'Etat est engagée par des actes *a priori* attribuables à des particuliers qui se révèlent ultérieurement attribuables à l'État, en raison de l'existence d'un lien factuel entre ces actes et l'activité étatique (Section 2). La deuxième hypothèse concerne les cas où la responsabilité de l'Etat est catalysée par l'acte d'une personne privée : la responsabilité de l'État est engagée non sur le fondement de cet acte, mais sur la base d'un fait de l'État qui contredit ses obligations propres en droit international (Section 3).

Section 1 – La règle de non-attribution à l'État du comportement des personnes privées

10. Il faut d'abord examiner l'énoncé de la règle, tant d'un point de vue théorique que juridique (par. 1), avant d'en déterminer la portée exacte (par. 2).

§ 1 – L'énoncé de la règle

11. En droit international, l'Etat comme personne ne répond que des actes qui lui sont attribuables. Cette autonomie de la personne « Etat » rend théoriquement impossible de lui attribuer des actes de personnes ou de choses dont il n'a pas « la garde ». La règle découle donc avant tout d'une exigence théorique : on n'impute qu'à une personne autonome et l'autonomie exige qu'on ne lui impute que les actes qui relèvent de son « libre arbitre ». Objectivée, cette condition implique qu'on n'attribue à l'État que les faits qui peuvent lui être rattachés objectivement, par un lien légal, organique, fonctionnel ou factuel.

12. En plus de ce fondement théorique, la règle trouve un fondement pratique important : on ne peut exiger d'un Etat qu'il ait la maîtrise de tous les événements qui se déroulent sur son territoire, sauf à lui faire obligation de devenir un Etat total. Il en résulte, comme l'a bien dit la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, que la souveraineté territoriale ne saurait être considérée comme emportant d'emblée la responsabilité de l'Etat pour tous les actes illicites commis sur son territoire, ni même comme impliquant un déplacement du fardeau de la preuve de cette responsabilité (Arrêt du 9 avril 1949, *fond*, *Rec.* 1949, p. 18).

Chapitre 16-3 – Les personnes privées

13. Un tel lien, systématique, entre souveraineté territoriale et responsabilité ne peut résulter que d'un régime de responsabilité objective « pour risque ». Mais alors la responsabilité n'est plus fondée sur l'imputation d'un acte illicite à l'Etat. Les règles qui régissent ce type de responsabilité n'ont pas le caractère de règles « secondaires », autrement dit de règles dont la mise en œuvre est subordonnée à la réalisation antérieure d'un acte illicite, c'est à dire à la violation d'une obligation « primaire ». La règle qui pose le principe de la responsabilité objective est en soi une nouvelle règle primaire qui prescrit la réparation par l'Etat de tout dommage causé sur le territoire, quel que soit l'auteur de ce dommage (sur ce point, v. P.-M. Dupuy, *Droit international public*, 6^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2002, p. 464, n°465). Dès lors, il n'y a pas « imputation » à l'Etat des actes illicites des personnes privées éventuellement à l'origine du dommage, puisque la responsabilité n'exige, pour être engagée, ni acte illicite, ni imputation de cet acte à une personne.

14. Devant la Commission du droit international, la règle de non attribution est dégagée par Roberto Ago dans son quatrième rapport en 1972. Le Rapporteur spécial propose de l'énoncer dans le premier paragraphe de l'article du projet intitulé « Comportements de simples particuliers » (le paragraphe deuxième ayant pour objet de préciser que cette règle est sans préjudice de l'engagement de la responsabilité de l'Etat pour la violation de ses obligations propres en relation avec des actes de particuliers. Sur cette question, cf. *infra* Section 3) : « Le comportement d'un simple particulier ou d'un groupe de particuliers, agissant en tant que tels, ne peut pas être considéré comme un fait de l'État sur le plan du droit international. ». Les discussions sur le projet d'article 11 ont lieu en 1975 (*Ann. C.D.I.* 1975, vol. I). Tous les membres s'accordent sur la pertinence du principe énoncé au paragraphe 1. Plusieurs membres soulignent toutefois le caractère peu approprié du terme « particulier » et obtiennent du Rapporteur spécial et du Comité de rédaction qu'il soit remplacé par le mot « personne », qui a une connotation plus juridique et couvre tout à la fois les personnes physiques et les personnes morales.

15. Plus profondément, Paul Reuter fait observer pendant le débat que l'article 11, dans son ensemble, n'apporte rien au projet d'articles dans la mesure où « il a pour unique objet d'explicitier les conséquences de ce qui a été énoncé dans les articles précédents et de ce qui sera énoncé par la suite. » Dès lors, « s'il disparaissait du projet d'articles, la substance du droit international n'en serait pas modifiée. » (*Id.*, p. 34, par. 30).

16. En dépit de cette remarque lucide, l'article 11 est maintenu provisoirement dans le projet, et adopté par la Commission tel que révisé par le Comité de rédaction : « 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 personne n'agissant pas pour le compte de l'Etat.». Lors de la présentation du texte, le président du Comité de rédaction explique que « [d]ans un souci de précision et afin d'employer le libellé déjà employé à l'article 8 a) — consacré à l'attribution à l'Etat du comportement de personnes agissant en fait pour le compte de l'Etat (cf. *infra* Section 2, par. 1) — le Comité a préféré remplacer les mots « agissant en qualité purement privée » par « n'agissant pas pour le compte de l'Etat. » (*Id.*, p. 236, par. 12). Sous cette forme, l'article 11, paragraphe 1 apparaît en effet comme l'énoncé inverse de l'article 8 a). Ceci explique que le Chili propose en 1980, dans ses commentaires sur le projet d'articles, de fondre les dispositions de l'article 11, paragraphe 1 avec l'alinéa a) de l'article 8 (*Ann. C.D.I.* 1980, vol. II, première partie, p. 97, cité dans le premier rapport de James Crawford, p. 34, par. 246), tandis qu'en 1998, les Etats-Unis proposent tout simplement la suppression de l'article 11. C'est à cette dernière option qu'ira la préférence du nouveau Rapporteur spécial, M. James Crawford, puis de la Commission elle-même. Dans son rapport, le Rapporteur spécial note l'absence de contenu autonome de l'article 11 :

« D'une manière analytique, il ne dit rien de plus que le comportement des personnes ou groupes privés n'est pas attribuable à l'Etat à moins que ce comportement lui soit attribuable selon d'autres dispositions du chapitre II. C'est à la fois circulaire et potentiellement trompeur (...) » (*Premier rapport*, p. 35, par. 247).

James Crawford propose donc la suppression de l'article 11. Il suggère par ailleurs que la substance du commentaire de l'article soit conservée et replacée ailleurs

17. Avec la suppression de l'article 11, paragraphe 1, le projet d'articles devient sans doute moins pédagogique, mais plus logique, dans la mesure où l'objet de cette partie du projet consiste en la description des cas d'imputation des comportements des personnes privées à l'Etat. Or le paragraphe premier de l'article 11, en raison de sa tournure négative, ne remplissait nullement cette fonction.

§ 2 – La portée de la règle

18. La règle de non attribution couvre tous les actes de toutes les personnes privées qui n'agissent pas pour le compte de l'Etat, y compris les actes de personnes qui ont le statut d'agent de l'Etat mais qui, au moment où elles agissent, le font en leur qualité personnelle (v. par ex. J.-L. Briery, « Règles générales du droit de la paix », *R.C.A.D.I.* 1936-IV, t 58, p. 172). On retrouve, au fond, la vieille distinction du droit administratif français entre les fautes personnelles et les fautes de service (cf. Tribunal des conflits,

Chapitre 16-3 – Les personnes privées

30 juillet 1873, *Pelletier*, reproduit dans *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 13^{ème} éd., 2001, p. 8).

19. Mais toute la difficulté consiste à tracer la limite entre l'action purement privée et l'acte *ultra vires*, ou autrement dit l'acte accompli par une personne sous le couvert de sa qualité officielle, mais en dépassement de ses compétences ou en contradiction avec les instructions qui lui ont été données. L'enjeu n'est pas mince : là où l'action purement privée d'un agent de l'Etat ne saurait être attribuée à l'Etat, l'acte *ultra vires* le sera toujours en vertu d'une règle bien établie du droit international, que l'on retrouve codifiée dans l'article 7 du texte de la C.D.I. intitulé « Excès de pouvoir ou comportement contraire aux instructions » :

« Le comportement d'un organe de l'Etat ou d'une personne ou entité habilitée à l'exercice de prérogatives de puissance publique est considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international si cet organe, cette personne ou cette entité agit en cette qualité, même s'il outrepassé sa compétence ou contrevient à ses instructions. » (Cette règle est également fondée en droit international humanitaire, comme le montre l'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'*Affaire des activités armées sur le territoire du Congo (République Démocratique du Congo c. Ouganda)*, 19 décembre 2005, § 214.

20. Pour résoudre ce problème, le droit international utilise la théorie de l'apparence. On peut ainsi lire, dans le commentaire fait par la C.D.I. à la première version de l'article 7 (alors article 10) :

« Sur le plan du droit international, l'Etat doit reconnaître que c'est lui qui agit chaque fois que des personnes qu'il a chargées d'agir en son nom dans un secteur d'activité déterminé *apparaissent* comme agissant effectivement en son nom. » (*Ann. C.D.I.* 1975, vol. II, p. 72, par. 17, nous soulignons).

21. La théorie de l'apparence remplit de toute évidence une fonction de protection de la personne ou de l'Etat victime à la suite « d'une erreur excusable, c'est à dire faite de bonne foi » face à l'acte d'un fonctionnaire qui revêtait l'apparence d'un acte officiel (J.-P. Quéneudec, *La responsabilité internationale de l'Etat pour les fautes personnelles de ses agents*, Paris, L.G.D.J., 1966, pp. 144-146). Elle ne saurait donc servir de fondement à l'instauration d'une forme de responsabilité objective « pour risque ». En fait, la théorie de l'apparence n'évacue nullement l'acte illicite de l'Etat : elle le constitue au prix d'une fiction dont le but est de protéger les intérêts de la personne et de l'Etat lésés par l'acte revêtant l'apparence d'un acte officiel.

22. On comprend dès lors la nécessité qu'il y a définir « l'erreur excusable », à tracer la limite entre ce qui peut être raisonnablement considéré comme étant un fait de l'Etat selon les apparences, et ce qui *manifestement* ne relève pas de l'activité étatique. Trois sentences rendues par la Commission mixte Etats-Unis/Mexique traitent de cette difficulté en faisant la différence entre une « simple escroquerie » et des situations où l'on peut parler de « détournement de pouvoir » (ces sentences sont étudiées dans Jean-Pierre Quéneudec, *op. cit.*, pp. 142-143). S'inspirant de cette jurisprudence et d'autres précédents, le Rapporteur spécial Roberto Ago est conduit à distinguer le cas de « l'individu-organe qui agit manifestement en qualité individuelle et commet des actes qui n'ont rien à voir avec son appartenance à l'appareil d'Etat » de celui de « l'individu-organe » qui « agit manifestement dans l'exercice de fonctions étatiques et non pas à titre purement personnel » mais dont les actes « bien que prétendument [commis] au nom de l'Etat, sont tellement et si manifestement étrangers à sa compétence, ou rentrent dans le cadre de fonctions étatiques si visiblement différentes de celles confiées audit fonctionnaire, que personne ne saurait s'y méprendre. » (*Quatrième rapport*, p. 101, par. 55).

23. On voit ainsi se dessiner en droit international une distinction qui correspondrait, en droit administratif français, aux « degrés » de la faute personnelle, allant d'une faute personnelle « pure » à la faute personnelle « non dépourvue de tout lien avec le service ». Roberto Ago traduit cette « exception » à la règle de l'attribution de l'acte *ultra vires* dans le texte de son projet d'article 10 par un paragraphe 2 ainsi rédigé :

« Toutefois, un tel comportement n'est pas considéré comme un fait de l'Etat si, par sa nature, il était totalement étranger aux fonctions spécifiques de l'organe ou si, même sous d'autres aspects, l'incompétence de l'organe était manifeste. » (*Id.*, p. 103).

24. Malheureusement, cette précision importante n'est pas reprise dans la version de l'article adopté par la Commission en première lecture, ni dans l'actuel article 7, même si on en retrouve la trace dans le commentaire de cet article (cf. *Rapport de la Commission du droit international*, 53^{ème} session, A/56/10, pp. 104-109, p. 107-108, par. 7-8) et si les termes « si cet organe, cette personne ou cette entité agit *en cette qualité* » peuvent éventuellement être interprétés comme excluant les cas d'incompétence manifeste (dans ce sens : Luigi Condorelli, « L'imputation à l'État d'un fait internationalement illicite : solutions classiques et nouvelles tendances », *R.C.A.D.I.* 1984-VI, t. 189, pp. 9-222, p. 84).

La règle de la non attribution étant ainsi énoncée et précisée dans sa portée, il convient maintenant de voir dans quels cas de figure un acte *prima facie* attribuable à un particulier peut néanmoins engager la responsabilité de

l'Etat. Une première série d'hypothèses correspond aux cas où l'acte de la personne privée considérée est lié, d'une manière ou d'une autre, à l'activité étatique.

Section 2 – L'attribution à l'Etat des comportements des personnes privées liés à l'activité étatique

25. Selon la C.D.I., « [l']attribution d'un comportement à l'Etat en tant que sujet de droit international repose sur des critères déterminés par ce droit et non pas sur la simple reconnaissance d'un lien de causalité factuel » (*Rapport de la Commission*, 53^{ème} session, A/56/10 (2001), p. 84, par. 4).

26. On reconnaît là l'empreinte de Dionisio Anzilotti, pour qui l'attribution ne peut être dans tout ordre juridique « qu'un effet propre des normes qui le composent » (*Cours de droit international*, p. 469). L'attribution constitue donc une question de droit avant d'être une question de fait : elle ne peut survenir qu'en application de règles et de critères fixés par le droit international. Par ailleurs, ces règles et ces critères sont définis de manière autonome par le droit international et priment sur les règles du droit interne. Dès lors, les règles internes d'attribution des compétences ne sauraient conditionner l'attribution d'un fait à un État, à moins que le droit international ne les désigne comme critères pertinents.

27. La règle fondamentale, on l'a vu, c'est que doivent être attribués à l'État les faits qui relèvent de sa décision comme personne autonome. Ce pouvoir de décision est présumé lorsque l'auteur du fait est un organe de l'État, même si cette présomption peut être renversée en démontrant que l'individu-organe a agi en sa qualité personnelle (en revanche, comme on l'a déjà vu plus haut, le fait que l'organe ait agi *ultra vires* ne suffit pas). C'est le sens de l'article 4 du texte de la C.D.I. « Comportement des organes de l'État ». En dehors de cette hypothèse, le pouvoir de décision peut être établi de deux manières différentes. Soit en démontrant que l'État a fait sien *a posteriori* le comportement reproché : c'est l'hypothèse retenue par l'article 11 du texte de la C.D.I. « Comportement reconnu et adopté par l'État comme étant le sien ». Soit par la démonstration d'un lien entre l'individu auteur de l'acte et l'État (compris comme appareil organique *ou* comme fonction), ce lien pouvant être *de jure* ou *de facto*. La première hypothèse — celle du lien *de jure* — est illustrée par l'article 5 du texte de la C.D.I. « Comportement d'une personne ou d'une entité exerçant des prérogatives de puissance publique », dans la mesure où la personne ou l'entité concernée est, selon cet article, « habilitée par le droit de cet État à exercer des prérogatives de puissance publique ». La deuxième hypothèse est illustrée par les articles 6 « Comportement d'un organe mis à la disposition de l'État par un autre État », 8 « Comportement sous la direction ou le contrôle de l'État » et 9 « Comportement en cas d'absence ou de carences des autorités officielles ».

28. De ces différentes hypothèses, seules trois nous intéressent dans le cadre de cette étude : d'une part, les deux cas d'attribution fondée sur un lien *de facto* où sont pris en compte les actes de personnes privées (articles 8 et 9) ; d'autre part, l'endossement *a posteriori* d'un comportement au départ non attribuable à l'État.

§ 1 - Le contrôle de l'État : l'organe *de facto* (article 8)

29. La version initiale de l'article 8 présentée par Roberto Ago en 1974, de même que celle adoptée par la Commission du droit international en 1974, englobaient les hypothèses distinctes du fonctionnaire de fait et de l'organe *de facto*. La dissociation n'a donc eu lieu que tardivement, sous l'impulsion de James Crawford et le texte actuel comprend un article 8 sur l'organe *de facto* et un article 9 sur le fonctionnaire de fait.

30. Il est pourtant vrai que ces deux hypothèses relèvent au fond d'une logique semblable : dans les deux cas, le droit international fonde l'attribution à l'État d'actes accomplis par des personnes privées sur l'existence de certaines données de fait, par opposition à une attribution fondée sur un lien organique ou légal. Le premier projet de Ago rend bien compte de cette similitude d'approche, mais également de la différence substantielle qui sépare les deux concepts :

« Est aussi considéré comme un fait de l'État sur le plan du droit international le comportement d'une personne ou d'un groupe de personne qui, quoique formellement dépourvus d'après l'ordre juridique interne, de la qualité d'organes de l'État ou d'une institution publique distincte, exercent en fait des fonctions publiques ou agissent en fait pour le compte de l'État. » (*Ann. C.D.I.* 1974, vol. I, p. 33).

Dans la première hypothèse, c'est la nature de la fonction qui fait de l'acte un acte attribuable à l'État. Dans la seconde, c'est l'existence d'un lien factuel entre la personne privée et l'État qui permet d'en déduire que la première agit « pour le compte » de la seconde.

31. Toute la complexité de la notion d'organe *de facto* réside dans l'explicitation de cette notion d'action entreprise « pour le compte » de l'État, que l'on retrouve dans la deuxième version du texte, adoptée par la Commission en 1974 :

« Est aussi considéré comme un fait de l'État d'après le droit international le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes si

Chapitre 16-3 – Les personnes privées

- a) il est établi que cette personne ou ce groupe de personnes agissait en fait pour le compte de cet État ».

Dans le commentaire adopté au sujet de cet article, la Commission explique qu'elle a voulu y faire rentrer deux phénomènes distincts : le premier concerne les cas où « les organes de l'État font compléter leur propre action et celle de leurs dépendants par l'action de personnes ou de groupes privés qui agissent à titre d'« auxiliaires » tout en restant en dehors des structures officielles de l'État. » (*Ann. C.D.I.* 1974, vol. II, 1^{ère} partie, p. 294). Le deuxième regroupe les cas où l'État confie à des personnes privées l'exécution des « tâches ou besognes » dont il ne souhaite pas se charger directement, autrement dit, explique Paul Reuter avec moins de circonlocutions que la Commission, « les basses œuvres de l'État : espionnage, provocation, sabotage, etc. » (« La responsabilité internationale. Problèmes choisis (Cours de D.E.S. Droit public, 1955-1956), in *Le développement de l'ordre juridique international. Ecrits de droit international*, Economica, 1995, pp. 377-571, p. 461).

32. Mais la Commission n'apporte que peu d'éléments pour définir la notion d'acte accompli « pour le compte » de l'État. Elle se contente d'attirer l'attention sur la difficulté qu'il y a à apporter la preuve du lien *de facto* :

« La C.D.I. tient néanmoins à souligner tout particulièrement que, dans chaque hypothèse concrète où il s'agit d'établir une responsabilité internationale de l'État, il doit effectivement être prouvé que la personne ou le groupe de personnes ont vraiment été chargés par des organes de l'État de remplir une certaine fonction ou d'exécuter une certaine tâche, qu'ils ont accompli une besogne donnée, sur l'instigation de ces organes. » (*Ann. C.D.I.* 1974, vol. II, 1^{ère} partie, p. 296. Nous soulignons).

C'est précisément sur ce point que vont porter les efforts du nouveau rapporteur spécial James Crawford qui, il est vrai, dispose de plus d'éléments que Roberto Ago : entre 1980 et 1998, plusieurs organes juridictionnels quasi-juridictionnels ou arbitraux se sont prononcés sur la question de l'imputation à partir d'une situation de fait.

33. Dans son premier rapport, James Crawford cite ainsi plusieurs « précédents » : l'arrêt rendu au fond par la Cour internationale de Justice le 27 juin 1986 dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires et contre celui-ci* (*Rec.* 1986, p. 14) ; la sentence du Tribunal des différends irano-américains du 2 novembre 1987 dans l'affaire *Yeager c/ République islamique d'Iran* (*U.S.C.T.R.*, vol. 17, 1987, pp. 92 et suiv.) ; l'affaire *Loizidou* dans laquelle la Cour européenne des droits de l'Homme a rendu deux arrêts, sur les exceptions préliminaires le 23 mars 1995 (Série A, n° 310) et sur le fond le 18 décembre 1996 (*Rec.* 1996-VI) ; et enfin l'affaire

Tadić, qui a donné lieu à deux décisions du Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie dans lesquelles sont traitées la question de l'organe *de facto* : un jugement de la Chambre de première instance du 7 mai 1997 et un arrêt de la Chambre d'appel du 15 juillet 1999 (*Tadić II*).

34. A cette énumération, on peut ajouter le rapport de la Commission européenne des droits de l'Homme rendu dans l'affaire *Stocké c/ R.F.A.* le 12 octobre 1989 (le rapport est reproduit à la suite de l'arrêt de la Cour, Série A, vol. 199, pp. 21 et suiv.) sur la « collusion » entre un indicateur et la police allemande en vue de l'arrestation d'un malfaiteur ; les arrêts *A c/ France* du 23 novembre 1993 (Série A, n° 277-B) et *M.M. c/ Pays-Bas* du 8 avril 2003 (req. n° 29339/98) relative à des écoutes téléphoniques effectuées par des personnes privées sur l'instigation et sous la direction de la police ; les arrêts et décisions de la Cour européenne des droits de l'Homme qui viennent confirmer la jurisprudence *Loizidou (Affaire Chypre c/ Turquie)*, arrêt du 10 mai 2001, par. 69-81, *Rec.* 2001-IV ; *Ilascu et autres c/ Moldova et la Fédération de Russie*, req. n° 48787/99, décision sur la recevabilité du 4 juillet 2001 ; *Adali c/ Turquie*, req. n° 38187/97, décision sur la recevabilité du 31 janvier 2002) ainsi que la décision du Groupe de travail sur la détention arbitraire quant au « traitement des communications concernant la détention à la prison d'Al-Khiam (Sud-Liban) » qui fonde ses conclusions sur le raisonnement de la Chambre d'appel du T.P.I.Y. dans son arrêt *Tadić II* (cf. *Rapport du Groupe de travail sur la détention arbitraire à la Commission des droits de l'Homme des Nations Unies*, doc. O.N.U. E/CN.4/2000/4).

35. La « juridictionnalisation du droit international » est ici à l'œuvre ! Et l'on comprend mieux, à la lumière de cette jurisprudence, pourquoi certains s'inquiètent des risques de « fragmentation » que ce phénomène de multiplication des juridictions internationales pourrait faire peser sur l'ordre juridique international (v. le discours du Juge Guillaume, alors Président de la Cour internationale de Justice, devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies, le 27 octobre 2000, reproduit sur le site internet de la Cour). En effet, les solutions données au même problème sont très diverses et même, parfois, contradictoires. Si l'on voulait faire un résumé très schématique du débat, on pourrait dire qu'il oppose les tenants d'une conception stricte de l'organe *de facto*, fondée sur les notions de « totale dépendance » de l'organe ou, à tout le moins, de « contrôle effectif » de l'État sur la personne ou sur le groupe de personnes privées, aux tenants d'une conception souple, fondée elle sur la notion de « contrôle global ».

36. La première position a été définie par la Cour internationale de Justice dans son arrêt *Nicaragua* en 1986, à propos du lien qu'entretenaient les Etats-Unis avec d'une part les *Unilaterally Controlled Latino Assets* « UCLAs », et d'autre part les *contras*. S'agissant des premiers, la Cour a reconnu que leurs actes étaient imputables aux Etats-Unis dans la mesure où ils étaient « rétribués par les Etats-Unis et agissa[i]nt sur les instructions directes du

Chapitre 16-3 – Les personnes privées

personnel militaire ou des services de renseignement des Etats-Unis » (arrêt précité, p. 45, § 75 et pp. 50-51, par. 86). Mais la Cour a au contraire refusé la qualité d'organe *de facto* aux seconds, bien qu'ils aient été financés, aidés et soutenus de multiples façons par les Etats-Unis : d'une part, en effet, les *contras* n'étaient pas une pure création des Etats-Unis et n'apparaissaient pas comme étant tenus par eux dans une « totale dépendance », ce qui ne permettait pas de les assimiler à des organes de l'Etat (*id.*, §§ 108-110) ; d'autre part, les Etats-Unis n'exerçaient pas non plus sur toutes leurs opérations et leurs actes un « contrôle effectif ». Rien ne venait en effet prouver que les Etats-Unis aient spécifiquement « ordonné ou imposé la perpétration des actes contraires aux droits de l'Homme et au droit humanitaire allégués par l'État demandeur. » En l'absence de « contrôle effectif », les *contras* auraient pu commettre ces actes *en dehors* du contrôle des Etats-Unis (*id.*, pp. 64-65, par. 115).

37. Cette position fut soutenue très énergiquement par Roberto Ago, devenu juge à la Cour, dans son opinion individuelle jointe à cet arrêt. Pour Ago, la position de la Cour s'accordait parfaitement aux dispositions du projet d'articles de la C.D.I. en la matière. Selon lui, il était impossible d'imputer *prima facie* les actes des *contras* aux États Unis :

« Les seuls cas où il serait possible de le faire seraient ceux où certains membres de la *contra* auraient été spécifiquement chargés par des autorités des Etats-Unis de commettre pour le compte de celles-ci une action ou de remplir une tâche ponctuellement déterminée. » (*Id.*, p. 188).

Dans ce contexte, la détermination de la qualité d'organe *de facto* dépend de la réalisation de deux conditions :

- l'existence d'un lien *de facto* entre l'État et la personne ou le groupe de personnes privées, sous la forme, par exemple, de « la participation des États-Unis à l'organisation, à la formation, à l'équipement, au financement et à l'approvisionnement des *contras*, à la sélection de leurs objectifs militaires ou paramilitaires et à la planification de toutes leurs opérations » ;
- et soit le constat d'une totale dépendance de l'organe par rapport à l'Etat, soit l'existence d'un *contrôle effectif* sur la personne ou le groupe de personne privée, qui permet d'en déduire que les actes reprochés ont été ordonnés ou imposés à cette personne par l'État.

L'existence de cette seconde condition - qui vient s'ajouter au constat du simple lien factuel - n'est finalement que le symptôme ou la conséquence d'une conception encore très subjective de la responsabilité, dans laquelle la *faute* continue de jouer le rôle de fait générateur. Ce que traduit en effet la condition du « contrôle effectif », c'est l'idée que l'acte doit relever du « libre arbitre » de l'État, autrement dit qu'il doit avoir été *voulu* par l'Etat-personne. Dans une conception subjective de la responsabilité, cette volonté est *présumée* lorsque l'auteur de l'acte est un organe de l'État d'un point de

vue légal ou organique. En revanche, elle reste à prouver lorsque l'auteur n'est lié à l'État que par un rattachement factuel objectif qui ne suffit pas, en lui-même, à déterminer l'attribution. Ceci explique que, pour Roberto Ago, l'attribution de l'acte *ultra vires* soit possible dans un cas (celui de l'organe de l'État *de jure*) et impossible dans l'autre (celui de l'organe *de facto*) (v. R. Ago, *Quatrième rapport*, p. 78, note 4) : car l'acte *ultra vires* est par définition accompli *en dehors* du contrôle de l'État, en dépassement ou en violation de ses ordres ou instructions.

37 bis. Il est à noter que cette conception stricte de l'attribution a été réaffirmée par la Cour dans son jugement plus récent rendu en l'*Affaire de l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (26 février 2007). Cependant, la Cour a adopté une position quelque peu différente, en distinguant l'hypothèse de l'organe « de facto » de celle des personnes privées agissant sous le « contrôle effectif » ou les instructions de l'État. La Cour a considéré que la première s'inscrivait dans le cadre de l'article 4 des articles de la CDI, tandis que la seconde relevait de l'article 8. Cette approche ne convainc pas, dans la mesure où elle mélange deux cas d'attributions pourtant bien distincts, l'un basé sur un lien légal ou organique et le second sur un lien proprement factuel.

38. Contrairement à ce qui est suggéré par la présentation de James Crawford dans son rapport, les arrêts *Loizidou* de la Cour européenne des droits de l'Homme ne se situent pas sur le même plan que l'arrêt *Nicaragua*. Dans cette affaire, la requérante, une chypriote grecque, se plaignait d'une violation de son droit au respect de ses biens garanti par l'article 1^{er} du Protocole premier se rapportant à la Convention, par suite de l'occupation et du contrôle persistants de la partie septentrionale de Chypre par les forces armées turques qui l'avaient empêchée à plusieurs reprises d'accéder à son domicile. Le gouvernement turc alléguait quant à lui que les faits soulevés par la requérante ne relevaient pas de sa compétence mais de celle de la « République turque de Chypre du Nord » (« RTCN »), créée en 1983 et reconnue sur le plan international par la seule Turquie.

39. La Cour ne se pose pas un instant la question de la qualification de la « RTCN » comme organe *de facto* de la Turquie. Elle la qualifie d'emblée d'« administration locale subordonnée », ce qui fait écho à l'article 4 du texte de la C.D.I. plutôt qu'à son article 8 :

« Compte tenu de l'objet et du but de la Convention, une Partie contractante peut également voir engager sa responsabilité lorsque, par suite d'une action militaire - légale ou non -, elle exerce en pratique le contrôle sur une zone située en dehors de son territoire national. L'obligation d'assurer dans une telle région le respect des droits et libertés garantis par la Convention découle du fait de ce contrôle, qu'il s'exerce

Chapitre 16-3 – Les personnes privées

directement, par l'intermédiaire des forces armées de l'État concerné ou par le biais d'une administration locale subordonnée. » (Arrêt sur les exceptions préliminaires, p. 24, par. 62).

40. Si elle évoque ensuite la notion de « contrôle global », ce n'est pas aux fins de déterminer la nature de la RTCN :

« Il ne s'impose pas de déterminer si, comme la requérante et le gouvernement cypriste l'avancent, la Turquie exerce en réalité dans le détail un contrôle sur la politique et les actions des autorités de la « RTCN ». Le grand nombre de soldats participant à des missions actives dans le nord de Chypre (...) atteste que l'armée turque exerce en pratique un contrôle global sur cette partie de l'île. D'après le critère pertinent et dans les circonstances de la cause, ce contrôle engage sa responsabilité à raison de la politique et des actions de la « RTCN » (...). Les personnes touchées par cette politique ou ces actions relèvent donc de la « juridiction » de la Turquie aux fins de l'article 1 de la Convention. L'obligation qui lui incombe de garantir à la requérante les droits et libertés définis par la Convention s'étend en conséquence à la partie septentrionale de Chypre. » (arrêt au fond, précité, par. 56).

41. L'usage de la notion de « contrôle global » vise en réalité à déterminer l'emprise factuelle de la Turquie en dehors de ses frontières nationales, sur un territoire et sur une population qui ne sont pas les siens. Dans le contexte de la Convention, ce test remplit un double objectif : au stade de la recevabilité, il s'agit de savoir si les personnes qui se trouvent dans la partie nord de Chypre relèvent de la « juridiction » de la Turquie, au sens de l'article 1^{er} de la Convention ; au stade de l'examen au fond, l'existence d'un contrôle global permet d'établir que tous les actes accomplis par ses organes *de jure* ou *de facto* sur ce territoire lui sont attribuables. Le « contrôle global » vient donc consacrer la dimension extraterritoriale de la responsabilité des États Parties à la Convention. Mais il ne participe nullement à la définition de l'organe *de facto*.

42. Sur ce point, la contribution du Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie est plus utile, encore qu'elle soit un peu décalée si on la rapporte à la logique interne et au mandat du Tribunal. On peut en effet se demander ce qui a poussé un organe juridictionnel chargé d'établir des responsabilités individuelles en droit international pénal à réfléchir sur les critères de l'attribution dans le cadre du droit de la responsabilité internationale de l'État. En fait, le Tribunal a recouru à ces critères comme complément dans l'interprétation de notions de droit humanitaire, à savoir le concept de « personne protégée » et la distinction entre conflits armés international et

interne. Il a ainsi considéré qu'après le retrait de la République Fédérale de Yougoslavie du territoire de la Bosnie-Herzégovine, le 19 mai 1992, le conflit bosniaque ne pouvait être qualifié d'international - et les bosniaques musulmans soumis au pouvoir des serbes de « personnes protégées » au sens de la Convention de Genève IV - que si les actes de l'armée bosno-serbe (VRS) étaient en fait attribuables à la R.F.Y., autrement dit si la VRS était un « organe *de facto* » de la R.F.Y.

43. Ce télescopage entre deux régimes ignore la spécificité de la question de l'attribution, dont les critères ne sont établis qu'aux fins de l'établissement de la responsabilité internationale d'un État. La qualification d'un conflit comme interne ou internationalisé est une question de fait qui demande d'évaluer le degré d'intervention d'un État dans un conflit interne. Les formes d'interventions peuvent être très diverses et, en tout cas, peuvent présenter d'autres aspects que celui d'un « contrôle » exercé sur une des parties au conflit interne (voir en ce sens : Th. Meron, « Classification of Armed Conflicts in the Former Yugoslavia : Nicaragua's Fallout », *A.J.I.L.* 1998, vol. 92, pp. 236-242, *passim* ; R. Kolb, « The Jurisprudence of the Yugoslav and Rwandan Criminal Tribunals on their Jurisdiction and on International Crimes », *B.Y.I.L.* 2000, vol. LXXI, pp. 259-315, pp. 277-278). S'il est donc possible de contester l'opportunité de l'incursion du T.P.I.Y. sur le terrain de l'attribution, on ne peut pour autant nier que son raisonnement constitue un apport utile sur cette question. La jurisprudence est fixée par la Chambre d'appel dans son arrêt *Tadić II* du 15 juillet 1999. Dans cet arrêt, la Chambre d'appel infirme le jugement de la Chambre de première instance du 7 mai 1997, en ce qu'il avait recouru au critère du « contrôle effectif » de l'arrêt *Nicaragua* pour déterminer si la VRS pouvait être considérée comme un organe *de facto* de la R.F.Y. La Chambre d'appel considère que ce critère ne s'accorde ni avec la « logique du droit de la responsabilité des États » ni avec « la pratique judiciaire et étatique ». A la place, elle substitue un critère à trois branches en fonction du type de situation rencontrée : « instructions spécifiques » ou approbation et endossement *ex post facto* pour des personnes isolées ou des bandes armées non structurées ; « contrôle global » s'agissant d'un groupe hiérarchisé, bien organisé, ce qui signifie que l'État a organisé, co-ordonné ou planifié l'action militaire du groupe armé, et l'a financé, entraîné, équipé ou lui a fourni un soutien opérationnel ; enfin la Chambre envisage une dernière hypothèse, tirée de l'examen de précédents en matière pénale : celle dans laquelle une personne qui ne fait pas formellement parti de l'administration de l'État participe à ses activités avec toutes les apparences d'un organe de l'État (arrêt *Tadić II*, pp. 60-62, par. 137-141).

44. Au fond, cela revient à réserver le critère du « contrôle effectif » aux actes accomplis par des individus isolés ou par des groupes non hiérarchisés. On se demande un peu ce qui justifie cette distinction. On peut sans doute l'expliquer par un argument d'opportunité - il est plus difficile de prouver que l'acte a été accompli « pour le compte » de l'État dans le cadre d'un

Chapitre 16-3 – Les personnes privées

groupe non hiérarchisé - et par un argument logique - il y a présomption d'intention dans le cadre d'une structure hiérarchisée. Mais en définitive, le Tribunal demeure sur le même terrain conceptuel que celui de la Cour internationale de justice : exiger la preuve d'un contrôle, que celui-ci soit « effectif » ou « global », relève d'une conception subjective de la responsabilité internationale de l'État qui n'a plus vraiment lieu d'être, à partir du moment où il a été décidé d'objectiviser la responsabilité en excluant et la faute et le dommage comme conditions d'existence de la responsabilité.

45. De ce point de vue, la formulation finalement choisie par la C.D.I. est un bon compromis, en ce qu'elle est suffisamment vague pour laisser le champ libre à différentes interprétations. James Crawford était partisan d'une conception plutôt subjective de l'attribution, dans la lignée de Roberto Ago. Son projet était libellé comme suit :

« Est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes si :

a) La personne ou le groupe de personnes agissait en fait sur les instructions ou sous la direction *et* le contrôle de cet État en ayant ce comportement » (cf. premier rapport, résumé des recommandations relatives au Chapitre II. Nous soulignons).

La solution choisie par la C.D.I. consiste à remplacer le « et » entre « direction » et « contrôle » par un « ou » :

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

Le critère du « contrôle » devient donc un critère autonome, alternatif par rapport aux deux autres (v. commentaires *Rapport de la C.D.I.* 2001, doc. A/56/10, p. 114).

46. La C.D.I. s'abstient également de qualifier le type de contrôle exigé : dès lors, celui-ci peut donc être compris soit comme une condition subjective de l'attribution - contrôle « effectif » ou « global » - soit comme une condition objective, une forme de lien factuel, au même titre que les « instructions » données ou que les « directives ».

47. La tentative de la C.D.I. de régler la question de l'acte *ultra vires* de l'organe *de facto* est moins convaincante :

« En général, lorsqu'il donne des instructions licites à des personnes qui ne sont pas ses organes, l'État n'assume pas le risque que ces instructions soient exécutées de manière internationalement illicite. En revanche, lorsque des personnes ou des groupes de personnes ont agi sous le contrôle effectif d'un État, la condition d'attribution sera néanmoins remplie même s'il n'a pas été tenu compte d'instructions particulières. Le comportement aura été mené sous le contrôle de l'État et sera attribuable à l'État conformément à l'article 8. » (*Id.* Nous soulignons)

La théorie de la responsabilité « objective » pour risque fait ici irruption de manière peu opportune pour distinguer deux cas qui sont finalement peu différents si l'on accepte de fonder l'attribution sur l'existence d'un lien factuel entre l'État et la personne privée. La seule différence notable est en effet temporelle : dans un cas, les instructions établissent un lien factuel ponctuel, tandis que dans l'autre, le « contrôle » forme un lien factuel continu.

§ 2 - L'utilisation de la puissance publique en cas d'absence ou de carence de l'État (article 9)

48. Contrairement à la précédente, cette hypothèse ne pose guère de difficultés. Elle a toujours fait l'objet d'un large consensus au sein de la C.D.I., à la fois quant à son principe et quant aux conditions de son application. L'attribution repose ici essentiellement sur le constat de l'exercice par une personne privée de fonctions étatiques dans des circonstances qui rendent légitime cet exercice. Cette action est purement spontanée : l'individu a agi de sa propre initiative.

49. Le critère de l'activité étatique que l'on rencontre à plusieurs reprises dans le projet d'article réside dans l'exercice de prérogatives de puissance publique. Le vice d'incompétence est couvert en raison de l'absence ou de la carence des « autorités officielles » et du fait que les fonctions publiques devaient, d'une manière ou d'une autre, être exercées « sans que le comportement en question ait été lui-même nécessaire ». La C.D.I. précise dans son commentaire de l'article 9 :

« Ces hypothèses ne surviennent que dans des circonstances exceptionnelles, telles qu'une révolution, un conflit armé ou une occupation étrangère au cours desquels les autorités régulières sont dissoutes, disparaissent, ont été supprimées ou sont temporairement inopérantes. »

Autrement dit, l'action publique est *nécessaire* dans son principe compte tenu des circonstances, ce qui ne rend pas pour autant licite l'acte du particulier

qui a voulu se substituer aux autorités publiques défaillantes. Cette nuance était mal rendue par l'expression « dans des circonstances qui justifiaient l'exercice de ces prérogatives » qui figurait dans la version du texte adoptée en 1980. C'est pourquoi James Crawford a proposé de remplacer « qui justifiaient » par « qui commandaient », pour mieux exprimer l'idée selon laquelle le comportement lui-même ne pouvait être « justifié », c'est à dire rendu licite, en raison des circonstances. Dans la version finale du texte, la C.D.I. a adopté une expression qui traduit la même idée : « dans des circonstances qui requièrent l'exercice de ces prérogatives ».

50. Sous cette forme, ce que les rapporteurs spéciaux successifs ont assimilé eux-mêmes à la « théorie du fonctionnaire de fait » trouve son fondement moins dans la théorie de l'apparence que dans une forme particulière de l'état de nécessité - qui n'est pas celle reconnue par le texte de la C.D.I. dans son article 25, dans la mesure où l'effet de la nécessité n'est pas, ici, d'exclure l'illicéité de l'acte, mais simplement de procéder à l'attribution à l'Etat d'un acte illicite accompli dans certaines conditions. En effet, selon le texte, il n'est pas déterminant que la personne privée soit *en apparence* compétente pour exercer des fonctions publiques. L'attribution résulte plutôt de la conjonction de l'absence ou de la carence des autorités et de la nécessité pour l'individu, qui se trouve confronté à une situation exceptionnelle, d'agir immédiatement en utilisant des prérogatives qui relèvent de la puissance publique.

51. On peut se demander, dans ces conditions, si l'article 9 comprend l'hypothèse classique de l'acte adopté par une autorité incompétente qui possède néanmoins, aux yeux de tous, l'apparence d'une autorité régulièrement investie de la compétence exercée, lorsqu'un tel acte est adopté dans des circonstances tout à fait normales (voir par ex. en droit administratif français, mais dans le cadre du contentieux de la légalité : C.E. 2 novembre 1923, *Assoc. des fonctionnaires de l'administration centrale des Postes*, *Rec. Lebon*, p. 699 et plus récemment C.E. Sect., 16 mai 2001, *Préfet de police c/ M. Ihsen Mtimet*, *R.D.P.* 2001, n°3, pp. 655-656, note X. Pretot, pp. 645-654). Roberto Ago avait envisagé ce cas de figure, mais il semble qu'il ait été un peu perdu de vue depuis. La même remarque peut être faite à propos de la théorie de la « gestion d'affaire », lorsqu'un particulier se trouve en position de faire usage de deniers publics et les gèrent.

52. Si le principe était familier à toutes les traditions juridiques nationales, les exemples en droit international, tels qu'ils ressortent des rapports de la C.D.I., ne sont pas légions. La théorie du fonctionnaire de fait semble d'abord avoir été reçue au sein du droit international humanitaire, à travers l'idée de la *levée en masse*, qui trouve sa traduction à l'article 2 du Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre annexé à la Convention IV de La Haye de 1907 et à l'article 4 A, al. 6 de la Convention de Genève III pour la protection des prisonniers de guerre. Ces deux

dispositions étendent la qualité de « belligérant » à la population d'un territoire non occupé qui, à l'approche de l'ennemi, prend spontanément les armes pour combattre les troupes d'invasion. Les actes de cette armée improvisée sont attribués à l'État attaqué.

53. Le deuxième « précédent » cité par la C.D.I. dans son commentaire de l'article 9 est la sentence rendue par le Tribunal des différends irano-américain le 2 novembre 1987 dans l'affaire *Yeager c/ République islamique d'Iran*. Mais si le Tribunal a eu recours à cette hypothèse, c'est par référence au projet d'article 8 adopté en 1980... L'hypothèse du fonctionnaire de fait n'est d'ailleurs pas invoquée de manière exclusive, mais couplée avec celle de l'organe *de facto*, les deux alinéas de l'article 8 constituant ainsi des fondements alternatifs à l'attribution à l'Iran des actes des « Komitehs » ou « Gardes révolutionnaires » ayant porté préjudice au requérant (v. *U.S.C.T.R.*, vol. 17, 1987, p. 103, par. 42).

§ 3 - L'endossement *a posteriori* par l'État d'un comportement (article 11)

54. La singularité de cette dernière hypothèse a été mise en lumière par James Crawford dans son premier rapport à la Commission. Roberto Ago ne l'avait pas clairement distinguée des cas dans lesquels un État ne fait pas preuve de la diligence voulue pour prévenir ou pour réprimer, conformément à ses obligations internationales, des comportements de personnes privées. L'analyse qu'il fait dans son quatrième rapport de la sentence rendue par la Commission mixte Grande-Bretagne/Colombie le 5 novembre 1875 dans l'affaire *Cotesworth and Powell* montre qu'il a effleuré la question, sans aller jusqu'à en faire un sujet de réflexion à part entière. Il cite le passage suivant de la sentence, qui donne en effet à penser :

« Un pays n'est pas responsable vis-à-vis d'un autre pour les actes privés de ses ressortissants, sauf s'il les approuve ou les ratifie. Dans ce cas, l'affaire acquiert un caractère public et la partie qui en a souffert peut tenir le pays lui-même pour auteur du préjudice. Il est admis que son approbation n'a pas besoin d'être exprimée formellement ; elle peut être inférée avec raison du refus de pourvoir aux moyens de réparation quand ceux-ci sont possibles ou du pardon qu'il accorde à l'auteur de l'offense quand ce pardon prive nécessairement la partie lésée de tout moyen d'obtenir redressement. » (cité dans R. AGO, *Quatrième rapport*, p. 110).

On reconnaît, à peine modifiés, les passages du *Droit des gens* de Vattel que nous avons cités en introduction. Mais là où Vattel distingue soigneusement les deux hypothèses de la co-responsabilité pour action et pour omission, la sentence les confond. Pire, elle fait de la seconde une modalité de la

Chapitre 16-3 – Les personnes privées

première ! Le passage n'intéresse Roberto Ago qu'en raison de cette contradiction : il s'attache à démontrer que la sentence se fourvoie en attribuant à l'État le fait du particulier, alors qu'il n'est responsable que de son fait propre, pour avoir négligé de punir ou pour avoir amnistié les coupables. Mais du coup, il passe à côté de la première hypothèse d'attribution évoquée par Vattel, fondée sur l'approbation ou la ratification de l'acte du particulier par l'État. C'est cette hypothèse que James Crawford a ressuscité et que la C.D.I. a intégré dans l'actuel article 11.

55. Dans le cas de la *négligence* comme dans le cas de l'endossement, l'État ne participe pas directement à la commission de l'acte : celui-ci est accompli intégralement par un tiers. Mais alors que la responsabilité se fonde dans le premier cas sur l'inaction en violation des obligations internationales de l'État face à l'acte de la personne privée, elle résulte dans le second de cet acte lui-même, que l'État a fait sien en l'approuvant.

56. L'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran* illustre parfaitement le passage d'une hypothèse à l'autre. La Cour internationale de Justice a en effet soigneusement distingué deux temps dans l'attaque et l'occupation de l'ambassade des Etats-Unis à Téhéran. Dans un premier temps, il est évident que les militants qui attaquent l'ambassade n'ont pas le statut d'agents de l'État, que ce soit *de jure* ou *de facto*. Leurs actes ne sont donc pas imputables à l'Iran (Arrêt du 24 mai 1980, *Rec.* 1980, p. 29, par. 58). Pour autant, précise la Cour, cela ne dispense pas l'Iran de sa responsabilité pour son comportement propre en relation avec ses actes, comportement qui était incompatible avec ses obligations internationales en vertu de diverses dispositions des conventions de Vienne de 1961 et de 1963 sur les relations diplomatiques et consulaires : l'Iran, en effet, n'a pris aucune mesure pour protéger les locaux, le personnel et les archives de la mission des Etats-Unis contre l'attaque des militants. Elle n'a rien fait non plus pour prévenir cette attaque ou l'empêcher d'aboutir.

57. Dans un deuxième temps, l'Iran non seulement ne fait rien pour résoudre la situation, mais endosse les actes des « étudiants » par la voix du ministre des affaires étrangères et de l'ayatollah Khomeini lui-même :

« L'ayatollah Khomeini et d'autres organes de l'État 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. Les militants auteurs de l'invasion et géôliers des otages, sont alors devenus des agents de l'Etat iranien dont les actes engagent sa responsabilité internationale. » (*Id.*, p. 35, par. 74).

Dans son commentaire de l'article 11, la C.D.I. a cherché à prévenir les erreurs du type de celles de la sentence *Cotesworth et Powell* en affirmant le

contraste entre l'approbation-tolérance et l'approbation-endorsement. Le moins qu'on puisse dire est qu'il y a là une différence de degré qui n'est pas toujours facile à saisir :

« Le membre de phrase « reconnaît et adopte ledit comportement comme étant sien » a pour objet de faire une distinction entre les cas où l'État reconnaît et fait sien ledit comportement et les cas où l'on est en présence d'un simple appui ou entérinement. (...) en règle générale, un comportement ne sera pas attribuable à un État en vertu de l'article 11 si cet État se contente de reconnaître l'existence factuelle du comportement ou exprime oralement son approbation dudit comportement. Dans le cadre des différends internationaux, les États prennent souvent des positions qui équivalent à une « approbation » ou à un « appui » dans un sens général mais qui n'entraînent clairement aucune hypothèse de responsabilité. Le mot « adopter », en revanche, contient l'idée que le comportement est reconnu par l'État comme étant, en fait, son propre comportement. » (par. 6)

Mais comment, en pratique, distinguer « l'adoption » de la simple « approbation » ? Les commentaires de la C.D.I. manquent à cet égard d'illustrations concrètes à même d'éclairer le lecteur. L'impression de confusion est encore accentuée par ce propos, dont la substance est tirée des anciens commentaires :

« Le fait pour un État de reconnaître et d'adopter un comportement comme étant sien peut être formulé expressément (par exemple dans le cas de l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire*), ou inféré du comportement de l'État en question. » (par. 9)

Si l'« approbation » orale ne suffit pas, on voit mal comment un simple « comportement », même ostensible, pourrait être de nature à manifester l'intention de l'État d'*adopter* le comportement reproché. Là encore, les illustrations manquent.

58. L'originalité de ce cas d'attribution tient sans aucun doute au fait qu'il a lieu *a posteriori*, après la commission de l'acte ou pendant cette commission, s'il s'agit d'un fait continu. Dans ce dernier cas, on peut se poser la question de la *portée temporelle* de l'attribution : l'État assume-t-il l'acte à partir du moment où il le fait sien, ou *ab initio*, de manière rétroactive ? Pour James Crawford, « [s]i l'appropriation est sans équivoque et inconditionnelle (...), il y a de bonnes raisons de lui donner effet rétroactif » (Premier rapport, p. 46, par. 283). Le Rapporteur spécial cite dans ce sens la Sentence des *Phares* dans laquelle un tribunal arbitral déclara la

Chapitre 16-3 – Les personnes privées

Grèce responsable de la rupture d'un accord de concession conclu par la Crète à une période où elle était un territoire autonome de l'Empire ottoman, en partie parce que la rupture avait été « endossée par [la Grèce] comme si cette infraction était régulière et finalement maintenue par elle, même après l'acquisition de la souveraineté territoriale sur l'île en question... » (sentence du 24 juillet 1956, *R.S.A.* 1956, vol. 12, p. 198, citée par J. Crawford dans son premier rapport, p. 45, par. 282).

59. Une autre question est celle de la *portée matérielle* de l'attribution. Celle-ci peut varier en fonction du contenu de l'acte par lequel l'État prend position sur le fait du particulier. L'État peut en effet vouloir n'assumer qu'une partie de ce fait, à défaut de la totalité. Cette idée est justement traduite dans l'article 11 par les mots « si, et dans la mesure où ».

Dans toutes les hypothèses que nous venons d'étudier, l'acte *prima facie* attribuable à une personne privée est *in fine* imputé à l'Etat, parce que l'étude plus approfondie de la situation révèle un lien entre cet acte et l'Etat. Ces hypothèses doivent donc être soigneusement distinguées de celles où l'acte imputable à la personne privée ne fait fonction que de *catalyseur* de la responsabilité de l'Etat. La responsabilité résulte alors d'un fait propre à ce dernier.

Section 3 – « Catalyse » de la responsabilité internationale de l'État du fait des comportements de personnes privées

60. L'utilisation par un certain nombre d'auteurs du XIX^{ème} siècle de la notion de « complicité » permettait d'établir un cas supplémentaire d'attribution des faits des personnes physiques à l'État. Son rejet par la doctrine volontariste du début du XX^{ème} siècle (par. 1) a pour effet de faire sortir cette question du cadre de ce chapitre : désormais, il est clairement reconnu que l'acte du particulier peut tout au plus *catalyser* la responsabilité de l'État engagée sur la base d'un fondement distinct (par. 2).

§ 1 – Rejet de la théorie de la complicité

61. La notion de complicité est employée par certains auteurs de doctrine au XIX^{ème} siècle pour établir la responsabilité de l'État lorsqu'il refuse de poursuivre ou lorsqu'il amnistie un acte qui cause un dommage dans le chef d'un étranger : cet acquiescement ou cette tolérance est interprétée comme une forme de *participation* à l'acte, de contribution qui engage la responsabilité de l'Etat pour cet acte (v. par ex. M. Bluntschli, *Le droit international codifié*, Paris, 2^{ème} éd., Librairie de Guillaumin et Cie, 1873, p. 264, n^o 466). Dès lors, le montant de la réparation due par l'État est calculé sur la base du préjudice causé par l'acte lui-même et du degré de participation de l'État dans sa commission.

62. Selon Paul Reuter (« La responsabilité internationale. Problèmes choisis... », *op. cit.*, p. 393), la doctrine anglo-saxonne est ainsi amenée à distinguer deux types de responsabilités :

- une responsabilité primaire (*original*) de l'Etat lorsque l'acte commis émane du Gouvernement ou d'une personne agissant comme son agent ;
- une responsabilité dérivée (*vicarious*) lorsque les actes émanent de toute autre personne mais que l'Etat n'a pas pris les mesures nécessaires pour prévenir ou pour réprimer ce comportement.

63. La notion de complicité est vivement critiquée par les auteurs volontaristes du début du XX^{ème} siècle au nom d'une conception dualiste des ordres juridiques. Les ordres juridiques international et interne constituent deux sphères séparées, avec leurs sujets propres. Il en résulte que l'individu, sujet du droit interne, ne peut pas violer le droit international en vertu duquel il n'a aucune obligation. De la même manière, l'Etat ne saurait être co-responsable, complice d'une violation par un individu du droit interne de l'Etat. La dualité des ordres juridiques conduit à une étanchéité des systèmes de responsabilité. Mais cela n'exclut pas qu'une responsabilité de l'Etat puisse naître à l'occasion de la commission par un individu d'une violation du droit interne, comme l'explique Dionizio Anzilotti :

« Ces actes, en tant que faits par les individus, ne sont pas contraires au droit international, car les individus, étant étrangers aux règles de ce droit, ne sauraient en violer les préceptes ; c'est alors dans la conduite de l'Etat, qui a omis de prohiber ces actes ou de prendre les mesures nécessaires pour les empêcher, que se trouve la violation du droit international : l'acte illicite, au point de vue du droit international, est, en pareil cas, l'omission de 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, comme on l'a dit si souvent depuis Grotius. » (D. Anzilotti, « La responsabilité internationale des États à raison des dommages soufferts par des étrangers », I, *op. cit.*, pp. 14-15).

Le Rapporteur spécial de la C.D.I. Roberto Ago explique ce mode d'engagement de la responsabilité par l'idée de « catalyse ». L'acte de l'individu est étranger au fait de l'Etat. Mais il constitue l'élément *catalyseur* de sa responsabilité, dans la mesure où, confronté à cet acte, l'Etat a manqué à ses obligations internationales (v. *Quatrième rapport*, p. 105, par. 65 et note n°120).

64. En fait, d'un point de vue théorique, le rejet de l'idée de complicité n'est pas nécessairement lié à une conception dualiste des ordres juridiques.

Chapitre 16-3 – Les personnes privées

Il découle simplement de la structure classique de la normativité en droit international, articulée autour d'obligations dont les seuls sujets sont les États et qui s'imposent à un cercle plus ou moins large d'États liés par la même norme. Dépasser l'explication dualiste semble nécessaire si l'on souhaite envisager certains phénomènes qu'Anzilotti ne pouvait peut-être pas distinguer clairement à son époque.

65. En premier lieu, le droit international contemporain fait directement peser sur les individus des obligations dont la violation peut faire l'objet de sanctions pénales et cela quelle que soit la qualité - officielle ou non - de l'auteur de cette violation. A ces obligations est donc associé un système de responsabilité spécifique. La dualité se retrouve donc au sein du droit international : si l'individu ne peut être « complice » d'un acte illicite de l'État, inversement l'État ne peut être complice d'un *crime international*, au sens du droit international pénal. Cependant, cette règle trouve une exception très nette lorsque les normes violées ont pour destinataire tout à la fois les individus et l'État placés à un même niveau. Selon la Cour internationale de Justice, c'est le cas pour l'interdiction du génocide : dans l'affaire relative à l'*Application de la Convention sur le génocide*, la Cour a accepté l'idée – même si elle n'est pas arrivée à une conclusion positive sur ce point – que la République Fédérale de Yougoslavie puisse être reconnue responsable pour « complicité » du génocide perpétré par la Republika Srpska – un acteur non étatique – à Srebrenica (arrêt précité, §§ 416 et suiv.). Sur ce lien entre ces deux régimes de responsabilité, v. R. Maison, *La responsabilité individuelle pour crime d'Etat en droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2004).

66. De même, et surtout, on ne peut pas exclure que la notion de complicité puisse trouver une place dans le droit international, si l'on tient compte des formes de normativité renouvelées induites par l'institutionnalisation et par la centralisation de la société internationale. De plus en plus, en effet, les organisations internationales tendent à formuler des normes qui s'adressent indifféremment aux personnes privées et aux États. Si une personne privée et un État sont liés par une même norme du droit international, pourquoi ne pourraient-ils pas être considérés comme complices de sa violation ? Encore faut-il qu'ils soient effectivement liés par cette norme et donc soit qu'ils l'aient acceptée tous deux volontairement, soit qu'elles s'imposent à eux de manière « autoritaire », hypothèse qui concerne essentiellement, s'agissant des États, les normes édictées par le Conseil de sécurité des Nations Unies lorsqu'il agit aux termes du Chapitre VII de la Charte. (Sur la notion d'« acte unilatéral autoritaire » en droit international public, v. H. Ascencio, *L'autorité de chose décidée en droit international public*, thèse dact., Université Paris X-Nanterre, 1997).

67. Si l'on réserve ces hypothèses issues de l'évolution récente du droit international, il est certain que l'idée de complicité n'est pas adaptée

s'agissant de l'immense majorité des normes du droit international public qui ont pour seul sujet l'Etat.

§ 2 – La responsabilité de l'Etat pour son fait propre

68. L'État ne se rend donc généralement pas complice de l'acte d'un individu. Mais il se peut qu'il viole ses propres obligations en relation avec cet acte. Le fondement classique de l'engagement de la responsabilité par catalyse se trouve dans l'obligation de *due diligence* incombant à tout État à l'égard des ressortissants des États étrangers qui se trouvent sur son territoire (v. T. Koivurova, « What Is the Principle of *Due Diligence* », in J. Petman, J. Klabbers (eds.), *Nordic Cosmopolitanism : Essays in International Law for Martti Koskenniemi*, Leiden, M. Nijhoff, 2003, pp. 341-349 ; R. Pisillo Mazzeschi, « The *Due Diligence* Rule and the Nature of the International Responsibility of States », *G.Y.I.L.* 1992, vol. 35, pp. 9-51). Cette obligation générale recouvre deux obligations principales : obligation de prévenir les atteintes aux personnes et obligation de punir les auteurs de telles atteintes. Et ces deux obligations principales se déclinent elles-mêmes en une multiplicité d'obligations contextualisées, précisées par le droit conventionnel (par ex. les conventions de Vienne sur les relations diplomatiques et consulaires) ou même par le juge international en fonction du cas d'espèce qui lui est soumis.

69. En matière de droit de l'Homme, en particulier, la jurisprudence a transposé la doctrine classique de la *due diligence* pour donner naissance à l'obligation générale de l'Etat de *protéger* les individus qui relèvent de sa juridiction contre des actes accomplis par des personnes privées et qui seraient susceptibles d'être qualifiés de violation de leurs droits, au sens du traité considéré. (Il ne s'agit donc pas d'un quelconque effet « horizontal » de la Convention. Cf. à cet égard les analyses de : L. Condorelli, « L'imputation à l'Etat d'un fait internationalement illicite », *op. cit.*, pp. 149-156 ; G. Cohen-Jonathan, « Responsabilité pour atteinte aux droits de l'homme », in S.F.D.I., *La responsabilité dans le système international*, Paris, Pedone, 1991, pp. 101-135 et ici pp. 112-112-115 ; H. Dipla, *La responsabilité de l'Etat pour violation des droits de l'homme. Problèmes d'imputation*, Paris, Pedone, coll. « Fondation Marangopoulos pour les droits de l'Homme », série n° 1, 1994, 118 p.). Dans cette logique, le juge reconnaît à la charge de l'Etat partie des « obligations positives » implicites au titre de chaque droit de l'Homme.

70. Ainsi, par exemple, dans l'affaire *Osman c/ Royaume-Uni*, la Cour européenne des droits de l'Homme devait déterminer si la responsabilité du Royaume-Uni était engagée au titre de l'article 2 de la Convention (droit à la vie) par l'omission de la police qui n'avait pas su prévenir l'assassinat par une personne privée d'une autre personne privée (arrêt du 28 octobre 1998, *Rec.* 1998-VIII et ici §§ 115-116. Les italiques sont de nous). La Cour s'est interrogée à cette occasion sur l'étendue de l'obligation *diligence due* incombant à l'État aux termes de l'article 2 :

Chapitre 16-3 – Les personnes privées

« La Cour note que la première phrase de l'article 2 § 1 astreint l'État non seulement à s'abstenir de provoquer la mort de manière volontaire et irrégulière mais aussi à prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de sa juridiction (...). Nul ne conteste que l'obligation de l'Etat à cet égard va au-delà du devoir primordial d'assurer le droit à la vie en mettant en place une législation pénale concrète dissuadant de commettre des atteintes contre la personne et s'appuyant sur un mécanisme d'application conçu pour en prévenir, réprimer et sanctionner les violations. ».

Ayant posé le problème en ces termes, la Cour définit le standard suivant :

« La Cour estime que, face à l'allégation que les autorités ont failli à leur obligation positive de protéger le droit à la vie dans le cadre de leur devoir de prévenir et réprimer les atteintes contre la personne (...), il lui faut se convaincre que lesdites autorités savaient ou auraient dû savoir sur le moment qu'un ou plusieurs individus étaient menacés de manière réelle et immédiate dans leur vie du fait des actes criminels d'un tiers, et qu'elles n'ont pas pris, dans le cadre de leurs pouvoirs, les mesures qui, d'un point de vue raisonnable, auraient sans doute pallié ce risque. (...) Pour la Cour, et vu la nature du droit protégé par cet article, essentiel pour l'économie de la Convention, il suffit au requérant de montrer *que les autorités n'ont pas fait tout ce que l'on pouvait raisonnablement attendre d'elles pour empêcher la matérialisation d'un risque certain et immédiat pour la vie, dont elles avaient ou auraient dû avoir connaissance*. Il s'agit là d'une question dont la réponse dépend de l'ensemble des circonstances de l'affaire en question. »

71. Dans ce contexte particulier de la Convention, l'Etat partie de faire acte de diligence due – c'est à dire de prendre toutes les mesures que l'on peut raisonnablement attendre de lui – pour prévenir et sanctionner l'acte d'une personne privée qui intervient en violation de l'article 2. Mais *in fine*, ça n'est pas l'acte de la personne privée qui engage la responsabilité de l'Etat partie, mais bien le fait que l'Etat lui-même ne se soit pas conformé au standard exigé et donc à l'obligation positive qui lui incombe en vertu de l'article 2 de la Convention. (La jurisprudence offre beaucoup d'autres exemples de responsabilité par catalyse. V. par ex., sous l'article 8, l'arrêt *X. et Y. c/ Pays-Bas*, 26 mars 1985, série A, n° 91, relatif à l'impossibilité d'intenter des actions pénales à l'égard de l'auteur de violences sexuelles sur un mineur mentalement handicapé. V. aussi, sur le terrain de l'article 3 : *A. c/ Royaume-Uni*, 23 septembre 1998 ; ou en matière de liberté d'expression (art. 10) : *Özgür Gündem c/ Turquie*, arrêt du 16 mars 2000).

72. La Cour européenne a poussé cette logique à son paroxysme dans son arrêt rendu sur le fond dans l'affaire *Ilascu et autres c/ Fédération de Russie et République de Moldova* (arrêt rendu par une Grande chambre le 8 juillet 2004). Les requérants se trouvaient en effet aux mains des autorités de la « République Moldave de Transnistrie » (RMT), située sur le territoire moldave mais ayant déclaré son indépendance et se trouvant *de facto* sous le contrôle global de la Fédération de Russie. Plutôt que de se contenter d'engager la responsabilité de la seule Fédération de Russie – à laquelle les actes de la RMT furent imputés selon les principes de la jurisprudence *Loizidou* – la Cour jugea la responsabilité de la Moldavie en lien avec les actes de la RMT pouvait être engagée au titre de ses obligations positives. Autrement dit, « même en l'absence de contrôle effectif sur la région transnistrienne, la Moldova demeure tenue, en vertu de l'article 1 de la Convention, par l'obligation positive de prendre les mesures qui sont en son pouvoir et en conformité avec le droit international – qu'elles soient d'ordre diplomatique, économique, judiciaire ou autre – afin d'assurer dans le chef des requérants le respect des droits garantis par la Convention. » (*Id.*, §§ 330-331. Pour une lecture critique, v. notre commentaire dans la chronique dirigée par E. Decaux et P. Tavernier, *J.D.I.* 2005, n° 2, pp. 472-477.)

Plus récemment, la CIJ a appliqué le même type de raisonnement en lien avec les obligations de « prévenir » et « punir » prévus par la Convention sur le génocide (v. arrêt *Application de la Convention sur le génocide*, précité, en part. le § 430).

73. La règle de la responsabilité par catalyse avait-elle sa place dans le projet d'articles sur la responsabilité internationale de l'État ?

74. Dans un premier temps, la C.D.I. a répondu positivement à cette question, sous l'impulsion de son Rapporteur spécial Roberto Ago. Celui-ci estimait nécessaire d'assortir l'énoncé de la règle de non attribution des actes des personnes physiques à l'État à l'article 11 § 1 d'une « réserve » ou d'une sorte de « clause de sauvegarde ». Celle-ci, placée au paragraphe 2 du même article, devait préciser que nonobstant la règle de non attribution, l'État demeurait responsable de sa « conduite passive en relation avec l'action de particuliers » (*Quatrième rapport*, précité, p. 137, § 145). En même temps, Ago remarquait qu'il était nécessaire « d'éviter soigneusement de vouloir définir, dans ce cadre, le contenu des différentes obligations de protection qui incombent à l'État à l'égard des États étrangers, de leurs représentants officiels ou de leurs ressortissants tout court. » (*Id.*)

75. Mais pendant les discussions sur cet article, Ouchakov remarqua avec perspicacité que la proposition du Rapporteur comprenait une contradiction dans les termes :

« Dès l'instant où l'on se réfère au comportement qu'un organe aurait dû avoir selon une règle primaire du droit international, qui l'oblige à prévenir ou à réprimer le comportement d'un

Chapitre 16-3 – Les personnes privées

particulier, on prend en considération un élément subjectif et l'on quitte le domaine des faits de l'État pour entrer dans celui des faits illicites de l'État. » (*Ann. C.D.I.* 1975, vol. I, p. 36, § 51.)

Ago rejeta la critique d'Ouchakov tout en reconnaissant qu'il était possible de déceler dans l'article 11 « un passage de l'élément subjectif de l'attribution à l'État à l'élément objectif de la violation d'une obligation internationale. » (*Id.*, p. 45, § 20.) Lors de la discussion de l'article révisé par le Comité de rédaction, Kearney fait observer que le paragraphe pourrait être supprimé et remplacé dans le texte du paragraphe 1 par l'idée que la règle de non-attribution ne porte pas préjudice aux cas d'attribution énumérés précédemment. Mais Ago tient bon et défend son paragraphe à l'aide d'explications que Kearney juge « peu satisfaisantes » (*Id.*, p. 236). La C.D.I. adopte donc l'article tel que révisé par le Comité, avec un paragraphe 2 libellé comme suit :

« Le paragraphe 1 [qui énonce la règle de non-attribution à l'État des actes des personnes privées] est sans préjudice de l'attribution à l'État de tout autre comportement qui est en rapport avec celui des personnes ou groupes de personnes visés audit paragraphe et qui doit être considéré comme un fait de l'État en vertu des articles 5 à 10. »

Ouchakov et Kearney avaient vu juste : avec ce paragraphe 2, Roberto Ago dérogeait à la distinction qu'il avait lui-même « soigneusement » élaboré entre obligation primaire et obligation secondaire - distinction qui constituait à la fois le point de départ et en quelque sorte le garde-fou de la nouvelle tentative de codification entreprise sous sa houlette.

76. Or comme on le sait, quelque vingt années après, le nouveau rapporteur spécial James Crawford décide d'apporter une solution radicale à ces difficultés en éliminant purement et simplement l'article 11 du projet d'articles. N'étant pas en soi un cas d'attribution à l'État d'un acte illicite, l'idée de la responsabilité pour catalyse a plus sa place dans les manuels de droit international que dans un texte de codification du droit international.

Bibliographie : D. Anzilotti, « La responsabilité internationale des États à raison des dommages soufferts par des étrangers », *R.G.D.I.P.* 1906, t. XIII, n° 1, pp. 5-29 et n° 3, pp. 285-309 ; L. Condorelli, « L'imputation à l'État d'un fait internationalement illicite : solutions classiques et nouvelles tendances », *R.C.A.D.I.* 1984-VI, t. 189, pp. 9-222 ; H. Dipla, *La responsabilité de l'État pour violation des droits de l'Homme. Problèmes d'imputation*, Paris, Pedone, 1994, 118 p.; A. 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 », *B.Y.I.L.* 2001, vol. LXXII, pp. 255-292 ; R. Kolb, « The

O. de Frouville

Jurisprudence of the Yugoslav and Rwandan Criminal Tribunals on their Jurisdiction and on International Crimes », *B.Y.I.L.* 2000, vol. LXXI, pp. 259-315, pp. 277-278 ; C. Kress, « L'organe *de facto* en droit international public. Réflexions sur l'imputation à l'État de l'acte d'un particulier à la lumière des développements récents », *R.G.D.I.P.* 2001, pp. 93-144 ; Th. Meron, « Classification of Armed Conflicts in the Former Yugoslavia : Nicaragua's Fallout », *A.J.I.L.* 1998, vol. 92, pp. 236-242 ; J.-P. Queneudec, *La responsabilité internationale de l'Etat pour les fautes personnelles de ses agents*, Paris, L.G.D.J., 1966, 277 p. ; P. Reuter, « La responsabilité internationale. Problèmes choisis (Cours de D.E.S. Droit public, 1955-1956), in *Le développement de l'ordre juridique international. Ecrits de droit international*, Economica, 1995, pp. 377-571.