

L'ORGANE DE FACTO DANS LA RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE : CURIA, QUO VADIS ?

GIOVANNI DISTEFANO*
AYMERIC HÊCHE**

Résumé : Ainsi que le rappellent les différences de vue entre la CIJ et le TPIY en filigrane du contrôle « effectif » ou « global », l'attribution à l'Etat d'actes de simples particuliers est l'une des *vexatae quaestiones* de la responsabilité internationale. L'article propose de retracer les grandes étapes de la réflexion, ainsi que de brosser un panorama de l'évolution de l'organe de facto à travers un examen des travaux de la CDI (sous l'angle des articles 4 et 8 du Texte d'articles de 2001) et de quatre affaires portées devant la CIJ ou le TPIY. Une attention toute particulière est dévolue à l'apparition du critère du contrôle effectif en lien avec l'article 8 du Texte d'articles de 2001. Quant aux fluctuations du contrôle effectif ou global dans la jurisprudence des deux cours, l'article vise à démontrer que, par un jeu de vases communicants, l'instauration du nouveau critère de la « totale dépendance » issu de l'affaire du Génocide dans le cadre de l'article 4 du Texte d'articles de 2001 correspond aux développements consacrés par le TPIY dans l'affaire Tadic au contrôle « global » rattaché à l'article 8 du Texte d'articles de 2001.

Abstract: As the debate about the 'effective' and 'overall control' tests of the ICJ and the ICTY remind us, attribution of private acts to the State is one of the vanishing points of international responsibility. The article attempts to track the major steps leading toward the actual notion – as well as a depiction of the evolution – of the 'de facto organ'. This will be done through an analysis of the ILC's work (especially under the lens of Articles 4 and 8 of the 2001 Articles on responsibility of States for internationally wrongful acts) and of four cases brought before the ICJ or the ICTY. Special attention is devoted to the inception of the 'effective control' test linked to Article 8 ARSIWA. Regarding the 'effective control' and 'overall control' uncertainties in the case law of these two courts, the article's purpose is to show that, through a zero-sum game, the setting up of the new 'complete dependence' criterium under the aegis of Article 4 shares striking similarities with the ICTY 'overall control' as per Article 8 ARSIWA.

(*) Professeur de droit international à l'Université de Neuchâtel et professeur invité à l'Académie de droit international humanitaire et de droits humains à Genève.

(**) Doctorant à l'Université de Neuchâtel.

La Commission du droit international (CDI), mandatée par l'Assemblée générale des Nations Unies, a adopté en 2001, après plus de 50 ans de travail, un ensemble d'articles considéré par les États, la jurisprudence ainsi que la doctrine comme le « reflet fidèle à bien des égards »¹ du droit international en matière de responsabilité internationale. Ce texte recense globalement cinq titres d'attribution différents, cinq bases juridiques permettant d'attribuer le comportement d'êtres humains à un État. Parmi elles, la responsabilité de l'État en raison du comportement de ses organes *de facto* a constitué un véritable casse-tête qui a occupé les meilleurs esprits de la première moitié du XX^e siècle avant d'être finalement résolu par la CDI.

Lors de ses travaux sur l'attribution de la responsabilité, la Commission dut affronter et sut résoudre quatre séries de difficultés : 1) la responsabilité de l'État pour des actes *ultra vires* de ses propres organes (article 7) ; 2) la responsabilité de l'État à l'occasion de faits commis par des particuliers ; 3) la responsabilité de l'État en concomitance avec celle d'un mouvement insurrectionnel (article 10) ; 4) et enfin, précisément, la responsabilité de l'État *en raison* d'actes de simples particuliers *devenus effectivement* ses organes ou qui ont agi *pour son compte*. Ce dernier cas de figure – les particuliers qui agissent pour le compte de l'État – est l'objet de la présente étude.

La pratique des États, ancienne et récente, regorge de situations où des individus ou groupes d'individus ont été considérés comme agissant pour le compte d'un État ; de nombreux différends internationaux ont surgi au sujet d'allégations en ce sens. De l'assassinat de l'Archiduc François-Ferdinand à Sarajevo en 1914² jusqu'aux fameux « hommes verts » qui essaimèrent en Crimée un siècle plus tard, en passant par les Talibans/Al-Qaeda et autres groupes militaires, paramilitaires et terroristes, il n'est pas osé d'affirmer que la question des « organes de facto », appellation générique, est d'une inquiétante actualité. La science juridique n'a eu de cesse de s'y intéresser au gré des décisions juridictionnelles internationales et au fil des crises que les relations internationales font naître. Les États continuent d'avoir recours en sous-main à des individus qui n'ont pas le statut d'organe d'après leur droit interne, en espérant par là échapper aux foudres de la responsabilité internationale. Toutefois, nous tâcherons de démontrer que le corps de règles qui forment cette branche du droit international public et qui est le fruit d'un affinage jurisprudentiel contient des règles et des critères qui devraient rendre difficile cette tentative de contournement de leur responsabilité par les États.

L'examen de l'organe *de facto* auquel nous nous attelons se fera également par référence à l'organe formel de l'État (article 4) car ces deux organes ont été conçus comme un couple d'hypothèses mutuellement exclusives. Après un passage en revue des travaux de la CDI (I), nous nous attarderons sur les quatre affaires (II, III, V et VI) qui ont abouti à la notion actuelle d'organe *de facto* et qui ont donné naissance au critère du « contrôle effectif » (IV). Avant de dresser un bilan de l'évolution de l'organe *de facto* (IX), un bref détour par les actes *ultra vires* (VII) et la responsabilité des organisations internationales (VIII) permettra d'achever la présentation de ce panorama de l'attribution.

Un rapide tour d'horizon des différentes formulations des articles 4 et 8 s'impose toutefois en préalable. C'est en 1971, avec le Troisième rapport du Rapporteur

1. CIJ, *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*, arrêt du 26 février 2007, *Rec. CIJ*, 2007, p. 208, § 401 : « Ainsi se présente aujourd'hui le droit international coutumier en la matière, tel que reflété par les articles de la CDI sur la responsabilité de l'État ».

2. Dioniso ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale*, Padoue, CEDAM, 1955, 4^e éd., p. 397.

spécial Roberto Ago, que la base d'attribution de l'organe formel fut proposée. Dans sa première version, la disposition – alors article 5 – était libellée ainsi :

« Article 5. – Attribution à l'État, sujet de droit international, des faits de ses propres organes

Aux fins des présents articles, est considéré comme un fait de l'État sur le plan du droit international le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes qui, d'après l'ordre juridique interne de cet État, ont la qualité d'organes de celui-ci et qui, en l'occurrence, agissent en cette qualité. »³

L'idée maîtresse de la disposition, à savoir le renvoi au droit interne de l'État, ne connaîtra pas de modifications majeures. En 2001, le texte adopté par la CDI s'est seulement étoffé des considérations propres à l'article 6 du Troisième rapport Ago⁴ :

« Article 4. – Comportement des organes de l'État

1. Le comportement de tout organe de l'État est considéré comme un fait de l'État 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'État, et quelle que soit sa nature en tant qu'organe du gouvernement central ou d'une collectivité territoriale de l'État.

2. Un organe comprend toute personne ou entité qui a ce statut d'après le droit interne de l'État. »⁵

Quant à l'article 8, sa numérotation s'est maintenue tout au long du travail de la CDI. De même que pour l'article 4, c'est avec le Troisième rapport Ago que les jalons du futur article 8 des Articles de 2001 furent posés :

« Article 8. – Attribution à l'État, sujet de droit international, des faits de particuliers exerçant en fait des fonctions publiques ou agissant en fait pour le compte de l'État 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 personnes qui, quoique formellement dépourvus, d'après l'ordre juridique interne de l'État, de la qualité d'organes de celui-ci ou d'une institution publique distincte, exercent en fait des fonctions publiques ou agissent en fait pour le compte de l'État. »⁶

C'est seulement en 1974 que la CDI se pencha sur l'article 8 tel qu'il ressortait du Troisième rapport Ago de 1971. L'article fut renvoyé au Comité de rédaction qui le simplifia et le structura plus clairement (on notera que le b) de cette version de l'article 8 correspond à ce que deviendra l'article 9 des Articles de 2001) :

« Article 8. – Attribution à l'État du comportement de personnes agissant en fait pour le compte de l'État

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 :

3. Roberto AGO, Troisième rapport sur la responsabilité des États, A/CN.4/246, Ann. CDI, 1971, vol. II-1, p. 256 (ci-après : Troisième rapport Ago).

4. *Ibid.*, p. 267 : « Article 6. – Non-pertinence de la position de l'organe dans la répartition des pouvoirs et dans la hiérarchie interne. L'appartenance d'un organe de l'État au pouvoir constituant, législatif, exécutif, judiciaire ou autre, la nature internationale ou interne de ses fonctions, sa position supérieure ou subordonnée dans la hiérarchie de l'organisation de l'État, sont sans pertinence aux fins de la considération du comportement d'un tel organe comme un fait de l'État sur le plan du droit international ».

5. Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-troisième session (23 avril-1^{er} juin et 2 juillet-10 août 2001), A/56/10, Ann. CDI, 2001, vol. II-2, p. 41.

6. Troisième rapport Ago, p. 282.

- a) il est établi que cette personne ou ce groupe de personnes agissait en fait pour le compte de cet État ; ou
 b) cette personne ou ce groupe de personnes se trouvait exercer 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. »⁷

L'intervalle entre 1974 et 2001 fut le cadre des trois des quatre grandes affaires (l'affaire des *Otages*, l'affaire *Nicaragua* et l'affaire *Tadic*) qui vont nous occuper ici. En écho à ces affaires et sous la direction de James Crawford, dernier Rapporteur spécial, la formulation de l'article 8 fut modifiée. L'idée de l'individu « qui agit en fait » pour l'État a été conservée et considérée à travers les différentes formes que ce lien matériel peut revêtir :

« Article 8. – Comportement sous la direction ou le contrôle de l'État

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. »⁸

I. – ANALYSE DES PROJETS D'ARTICLES ÉLABORÉS PAR LA COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL

Comme cela vient d'être rappelé, la codification par la CDI de la base d'imputabilité relative aux organes *de facto* démarra en 1971, et elle est essentiellement l'œuvre de Roberto Ago, deuxième rapporteur spécial sur la question de la responsabilité, et véritable démiurge de ce pan du droit international.

Dans la vie internationale des États, il y a des situations – par ailleurs assez disparates entre elles – lors desquelles « des personnes physiques ou morales privées, tout en restant telles, se voient confier par les pouvoirs publics l'exercice d'un service, l'accomplissement d'un mandat ou d'une tâche déterminée »⁹. Les cas de figure que l'on peut évoquer sont des plus divers : conducteurs de moyens de transport privés utilisés pour le transport de troupes au front ; simples particuliers envoyés comme « volontaires » pour effectuer des missions « secrètes » et délicates à l'étranger, sur instructions de l'État (comme l'enlèvement de personnes) ; « tueur à gages » recruté par les services secrets de l'État.

La théorie du droit administratif de certains pays connaît par ailleurs ce phénomène. Elle « a forgé la notion de 'fonctionnaire de fait' et a recherché une justification de cette définition tantôt dans l'idée d'apparence tantôt dans celle de nécessité, ou encore dans celle de gestion d'affaires »¹⁰.

7. 1974, *Ann. CDI*, vol. II-1, p. 294 : Rapport de la Commission à l'Assemblée générale, A/9610/Rev.1, *Ann. CDI*, 1974, vol. II-1, p. 294.

8. Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-troisième session (23 avril-1^{er} juin et 2 juillet-10 août 2001), A/56/10, *Ann. CDI*, 2001, vol. II-2, p. 49.

9. Troisième rapport Ago, p. 278, § 190.

10. *Ibid.*, p. 277, § 187. En droit français, les fonctionnaires de fait sont des personnes qui, sans disposer du statut légal de fonctionnaire, se substituent aux autorités en cas de défaillance de celles-ci (Pierre-Laurent FRIER, *Précis de droit administratif*, Paris, Montchrestien, 2001, p. 255, n° 438). Mais il peut aussi s'agir d'un fonctionnaire irrégulièrement nommé, dont les actes ne seront pas considérés comme nuls à raison de l'apparence de régularité de l'exercice de sa fonction (René CHAPUS, *Droit administratif général*, Paris, Montchrestien, 1997, t. I, 6^e éd., p. 924). En droit italien et en droit suisse, les cas des fonctionnaires nommés irrégulièrement et des personnes privées qui se substituent aux autorités publiques répondent également à l'appellation de fonctionnaire de fait (Vittorio ITALIA et Cesare MASTROCOLA,

Comme la CDI eut à le dire, la responsabilité de l'État en raison des agissements de ces organes *de facto* est un « principe pratiquement incontesté »¹¹. Roberto Ago emploiera l'expression « fonctionnaire de fait » pour désigner le type de relation d'attribution envisagée par le futur article 8 des Articles adoptés par la CDI en 2001. Le Rapporteur spécial Roberto Ago tint d'ailleurs à distinguer, à juste titre, la situation sous examen de celle de la responsabilité d'un « gouvernement *de facto* »¹². Dans le cas de l'article 8, les personnes concernées ne tirent pas leur qualification du caractère factuel ou non du gouvernement en place, mais de leur position en dehors de la structure de l'État.

Relativement à la question de la responsabilité de l'État *en raison* des actes de simples particuliers qui sont *devenus effectivement* ses organes ou qui ont agi *pour son compte*, la relation entre les articles 4 (initialement numéroté 5) et 8 (qui incluait dans le projet adopté en première lecture en 1996 les hypothèses des articles 8 et 9 actuels)¹³ des Articles de 2001 de la CDI concentre la problématique. Plus spécifiquement, c'est la répartition entre les actes des organes formels mais non reconnus comme tels par l'État dans l'article 4 et les comportements de personnes privées attribués à l'État sur la base de l'article 8 qui est au cœur du débat. Dans les deux cas, l'État n'a pas formellement conféré la qualité d'organe à ces personnes, de sorte qu'il appartient au droit international a) de décider si c'est à tort (article 4) ou à raison (article 8) que la personne privée est considérée comme ne disposant pas de la qualité d'organe selon le droit interne (cette qualification reste toutefois sans incidence sur le droit interne lui-même)¹⁴ et b) de décider si l'acte est attribuable ou non à l'État.

L'article 4 traite du cas évident de l'attribution du comportement des organes formels, c'est-à-dire reconnus comme tels par l'État. L'article 8 envisage le cas où un individu non formellement reconnu par l'État agit pour le compte de celui-ci (ou, selon la formule des Articles de 2001, « sur les instructions ou les directives ou sous le contrôle de cet État »). Cette scission effectuée par référence au droit interne de l'État¹⁵ apparaît clairement dans le troisième rapport de Roberto Ago : l'article 5 prévoit que c'est « [d']après l'ordre juridique interne » de l'État que l'organe obtient sa qualité¹⁶, tandis que l'article 8 se place de l'autre côté de la ligne (« [q]uoi que formellement dépourvus, *d'après l'ordre juridique interne de l'État*, de la qualité d'organes »¹⁷). Cependant, la référence au droit interne ne va pas épuiser les possibilités d'attribution au regard des organes *de iure* : tout comme l'attribution¹⁸, la détermination de la qualité d'organe formel est une opération propre au droit international. Dans le cadre de l'article 4, cette possibilité d'attribution de la qualité d'organe *en sus* de la référence au droit interne ne va apparaître que lors des sessions de la CDI postérieures à la discussion du troisième rapport de Roberto Ago.

Manuale di diritto amministrativo, Milan, Giuffrè, 1997, 10^e éd., p. 248 ; Pierre MOOR et Etienne POLTIER, *Droit administratif*, Berne, Stämpfli, 2011, 3^e éd., t. II, pp. 371-372). En droit anglais, l'appellation « *de facto officers* » vise la nomination invalide d'un fonctionnaire (Paul CRAIG, *Administrative Law*, London, Sweet & Maxwell, 2012, 7^e éd., pp. 747-749, n° 24-009).

11. Rapport de la Commission à l'Assemblée générale, A/9610/Rev.1, *Ann. CDI*, 1974, vol. II-1, p. 295, § 7.

12. Troisième rapport de Ago, p. 281, § 196.

13. *Ibid.*, p. 256 et p. 282 pour les articles 4 et 8.

14. Comptes rendus analytiques de la vingt-cinquième session, A/CN.4/Ser.A/1973, *Ann. CDI*, 1973, vol. I, 1210^e séance, p. 49, § 56 ; CIJ, *Génocide*, p. 207, § 397 ; Marko MILANOVIĆ, « State Responsibility for Acts of Nonstate Actors : A Comment on Griebel and Plücken », *LJIL*, 2009, pp. 309-311.

15. Pour Roberto Ago, le droit international se sert du droit interne pour l'attribution de la qualité d'organe. Il s'agit de prémisses matérielles du droit international et non d'un renvoi au droit interne (Roberto AGO, « Le délit international », *RCADI*, 1939, t. 68, p. 464).

16. Troisième rapport Ago, p. 256, § 135.

17. *Ibid.*, p. 282, § 197 (nous soulignons).

18. *Ibid.*, p. 245, § 106.

Au cours des séances plénières de 1973 et 1974, les premières applications à l'article 4 du principe de l'autonomie d'attribution en vertu du droit international se font jour. Ce « cas résiduel » ou « cas supplémentaire » de l'organe formel de l'article 4, fondé sur l'idée que le droit international pourrait surseoir à la qualification opérée par le droit interne dans certains cas pour déterminer quels sont les organes formels de l'Etat, se cantonne souvent à des déclarations de principe. Les interventions des membres de la CDI Mustafa Kamil Yasseen (« le droit international garde son indépendance et a le dernier mot en matière d'attribution d'un fait internationalement illicite à un État. Il peut, certes, modifier, restreindre ou élargir à cet égard la solution de droit interne, dont il peut tenir compte »)¹⁹ et Taslim Olawale Elias (« [il] faudrait, tout en reconnaissant la primauté du droit international, souligner que le droit international ne peut pas opérer dans le vide »)²⁰ marquent le caractère premier du droit international, qui, tout en se référant au droit interne, n'épuise pas son autonomie. Ces déclarations peuvent toutefois être interprétées comme une référence aux autres articles relatifs à l'attribution de comportements d'organes formels²¹ (les actuels articles 5 et 6 des Articles de 2001). Une intervention de Sir Francis Vallat²² permettra à Roberto Ago de préciser son approche : « [à] propos de l'emploi du mot 'organe' [...] des personnes physiques, sans être des organes de l'État, peuvent, dans certains cas, être exceptionnellement qualifiées d'organes ou d'organes de fait. Mais la Commission n'a pas à entrer dans ces détails à l'heure actuelle »²³.

Cette limitation initiale de l'article 4 aux organes disposant de ce statut selon le droit interne est encore renforcée par les travaux relatifs à l'article 8. Sir Francis Vallat et Paul Reuter établissent un rapport binaire entre les articles 4 et 8 : l'organe formel est attaché à l'article 4 et, en conséquence, c'est à l'article 8 d'inclure les cas où la personne n'est pas un organe²⁴. L'absence de lien organique entre la personne privée et l'Etat dans les situations envisagées par l'article 8 est affirmée par Paul Reuter²⁵. Roberto Ago remarquera encore que « la logique du chapitre II veut que l'on indique d'abord tout ce qui peut être attribué à l'État, puis tout ce qui ne le peut pas. Or, l'article 8 traite de l'attribution à l'État d'un acte d'une personne agissant en tant qu'organe de fait de l'État : il est donc à sa place après les articles 5 et 7 »²⁶. En 1974, la scission entre les projets d'articles relatifs à l'attribution se fait entre les articles 4 à 6 (alors 5 à 7) et les articles 8 et 9 (alors respectivement 8, a) et b) : les articles 4-6 sont supposés rendre compte des organes, qui, aux fins de l'attribution, participent de « la structure proprement dite de l'État »²⁷ et agissent

19. Comptes rendus analytiques de la vingt-cinquième session, A/CN.4/Ser.A/1973, *Ann. CDI*, 1973, vol. I, 1211^e séance, p. 51, § 13.

20. *Ibid.*, 1212^e séance de la CDI, p. 55, § 25.

21. Troisième rapport Ago, p. 251, § 122 ; Comptes rendus analytiques de la vingt-cinquième session, A/CN.4/Ser.A/1973, *Ann. CDI*, 1973, vol. I, 1213^e séance, p. 61, §§ 25-26 : « [il] est nécessaire de procéder par touches successives et d'élaborer une série d'articles qui se complètent » ; Rapport de la Commission à l'Assemblée générale, A/9010/Rev.1, *Ann. CDI*, 1973, vol. II-I, p. 194, § 2.

22. Rapport de la Commission à l'Assemblée générale, A/9010/Rev.1, *Ann. CDI*, 1973, vol. I, p. 58, §§ 58-59.

23. *Ibid.*, p. 61, § 32.

24. *Ibid.*, p. 57, § 46 (P. Reuter) et p. 58, § 59 (Sir F. Vallat) ; Comptes rendus analytiques de la vingt-sixième session, A/CN.4/Ser.A/1974, *Ann. CDI*, 1974, vol. I, 1259^e séance, p. 38, § 6 (A. Ramangasoavina). Comme l'indique le Gouvernement canadien : « Dans son souci de parvenir à une vision globale, la Commission, par l'article 8 du projet, complète l'hypothèse des cas dans lesquels le comportement de certaines personnes est considéré comme un fait de l'État » (Commentaires et observations des gouvernements, A/CN.4/328 and Add.1-4, *Ann. CDI*, 1980, vol. II-1, p. 94 ; nous soulignons).

25. Comptes rendus analytiques de la vingt-sixième session, A/CN.4/Ser.A/1974, *Ann. CDI*, 1974, vol. I, p. 46, § 20.

26. *Ibid.*, p. 47, § 23.

27. Rapport de la Commission à l'Assemblée générale, A/9610/Rev.1, *Ann. CDI*, 1974, vol. II-1, p. 294, § 1.

« pour le compte de la collectivité »²⁸, tandis que dans le cadre de l'article 8, « ces personnes ne [font] pas formellement partie de l'appareil de l'État »²⁹, tout en agissant pour son compte.

Avant le réexamen du régime de l'attribution sous l'égide du Rapporteur spécial James Crawford, le lien formel tel qu'il ressort du droit interne constitue la pierre angulaire de la distinction des comportements identifiés à l'article 4 ou 8. Certes, le principe de l'autonomie de qualification n'a eu de cesse d'être affirmé, des références à l'appartenance à la structure de l'État comme critère déterminant pour être qualifié d'organe par le droit international sont émises, mais ces réserves jouent principalement en faveur de l'affirmation de la complétude du projet³⁰.

C'est dans l'intervalle entre la session de 1974 et l'adoption finale des Articles en 2001 que sont intervenues les trois affaires emblématiques *Otages*, *Nicaragua* et *Tadic*. Leurs contributions individuelles à la formulation des Articles de 2001 seront examinées plus loin. À ce stade, il importe de relever que les Articles de 2001 ont consacré *expressis verbis* l'autonomie de qualification du droit international puisque l'article 4, paragraphe 2, prévoit qu'« un organe comprend toute personne ou entité qui a ce statut d'après le droit interne de l'État »³¹ ; le droit international n'est donc pas limité par la qualification du droit interne³². L'extrait suivant des débats de la Commission souligne mieux le rôle assigné à l'article 4, paragraphe 2 :

« M. Crawford (Rapporteur spécial) reconnaît la nécessité de définir ce qu'est un organe de l'État, d'autant plus que la plupart des États n'utilisent pas le terme 'organe'. De nombreux facteurs doivent être pris en compte à cet effet, notamment la structure de l'organe, sa responsabilité vis-à-vis du gouvernement central et le fait que ses employés ont, ou non, le statut de fonctionnaire. [...] Le Rapporteur spécial souligne qu'il n'a jamais dit que le droit interne n'était pas pertinent mais que l'État ne pouvait se redéfinir afin de jouir de l'immunité devant les tribunaux d'autres États en ayant recours à une disposition législative qui dirait que telle entité n'est pas un organe de l'État. Une telle disposition est pertinente mais ne peut être déterminante. »³³

Le « cas résiduel » résulte de l'écart qui peut se faire jour entre les personnes bénéficiant du statut d'organe interne de l'État au regard du droit interne et la notion d'organe formel selon le droit international. Les critères recensés au cours du travail de codification se sont limités aux cas dans lesquels une qualification opérée en vertu du droit international s'écarte de la qualification découlant du droit interne : l'État ne peut nier avoir octroyé le statut d'organe sur le plan de la responsabilité internationale³⁴, il ne peut non plus s'organiser de manière à renier ce statut (en faisant usage du droit interne comme un « paravent », à l'instar de ce que refuse également l'article 27 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969), et l'organe non formellement investi doit faire partie de la structure de

28. *Ibid.*

29. *Ibid.*, § 2.

30. Et comme une prise en compte de tous les comportements des organes formels de l'État (articles 4 à 6 des Articles de 2001). En particulier, il est difficile de voir dans ces réserves le germe du critère de la « totale dépendance » qui apparaîtra à la lumière de l'arrêt *Génocide*, bien que ce critère soit l'illustration parfaite du principe de l'autonomie de la qualification.

31. Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-troisième session (23 avril-1^{er} juin et 2 juillet-10 août 2001), A/56/10, *Ann. CDI*, 2001, vol. II-2, p. 41 (nous soulignons).

32. *Ibid.*, pp. 94-95, § 11.

33. Comptes rendus analytiques des séances de la cinquantième session, A/CN.4/Ser.A/1998, *Ann. CDI*, 1998, vol. I, 2555^e séance, p. 259, § 21 (nous soulignons).

34. Luigi Condorelli évoque également cette hypothèse en 1984 (Luigi CONDORELLI, « L'imputation à l'État d'un fait internationalement illicite : solutions classiques et nouvelles tendances », *RCADI*, 1984, t. 189, p. 52).

l'État aux fins de l'engagement de la responsabilité internationale, mais à ces fins seulement. Car la qualification du statut d'organe est une matière qui relève *essentiellement* de la compétence exclusive des États ; le droit international ne saurait guère s'y substituer. D'ailleurs, la jurisprudence de la Cour internationale de Justice est extrêmement rigoureuse et précautionneuse à cet égard car elle prend soin de préciser que ces personnes ou groupes de personnes sont « assimilés » (« *equated* » en anglais)³⁵ aux organes de l'État pour les besoins de la responsabilité internationale.

En revanche, contrairement à la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969³⁶, la référence au droit interne dans l'article 4 des Articles de 2001 n'est pas assortie d'une réserve en faveur de la pratique des États. Le Commentaire de cet article spécifie toutefois que la pratique est prise en compte : « le droit interne et la pratique de chaque État jouent un rôle décisif dans la détermination de ce qui constitue un organe de l'État »³⁷. Dans l'article 4, paragraphe 2, le verbe « comprend » doit ainsi s'interpréter comme renvoyant à la pratique des États³⁸.

C'est finalement dans les travaux de la doctrine relatifs à l'affaire du *Génocide* que l'hypothèse visée à l'article 4, paragraphe 2, sera explorée par-delà les travaux de la CDI. La tendance majoritaire aujourd'hui est d'affirmer – en accord parfait avec les conclusions de l'arrêt *Génocide* – que le seul cas résiduel est celui de l'organe non formellement investi par l'État mais se trouvant sous sa « totale dépendance »³⁹. Pour satisfaire au test et être *juridiquement assimilées* à un organe formel, les personnes ou entités ne doivent pas disposer d'autonomie. Cette conception du cas résiduel a suscité des critiques d'une frange minoritaire de la doctrine⁴⁰. Paolo Palchetti va au-delà de la simple remise en cause et affirme que ce cas résiduel doit être examiné sur une base casuistique, en référence à un faisceau d'indices et de critères permettant de déterminer si la personne ou l'entité

35. *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt du 27 juin 1986, *Rec. CIJ*, 1986, § 109 ; *Génocide*, §§ 391, 393 et 400.

36. Articles 7, § 1, b) (pratique liée aux représentants de l'État) et 46, § 2 (pratique habituelle de l'État contractant) : la pratique, même divergente du droit interne, est prise en compte.

37. Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-troisième session (23 avril-1^{er} juin et 2 juillet-10 août 2001), *A/56/10, Ann. CDI*, 2001, vol. II-2, p. 86, § 6.

38. *Ibid.*, pp. 94-95, § 11 : « Dans certains systèmes, le statut et les fonctions des diverses entités sont définis non seulement par la loi mais aussi par la pratique, et se reporter exclusivement au droit interne peut induire en erreur. [...] En conséquence, un État ne saurait, pour se soustraire à sa responsabilité du fait d'une entité qui agit véritablement en tant qu'un de ses organes, se contenter de dénier ce statut à l'entité en cause en invoquant son droit interne. C'est cette idée que rend le mot 'comprend' employé au paragraphe 2 [de l'article 4] ».

39. Voir not. Jérôme REYMOND, *L'attribution de comportements d'organes de facto et d'agents de l'État en droit international*, Genève, Schulthess, 2013, pp. 194 et s. ; Marko MILANOVIĆ, *op. cit.*, pp. 315 et s. ; François FINCK, *L'imputabilité dans le droit de la responsabilité internationale*, Thèse, Université de Strasbourg, 2011, <http://scd-theses.u-strasbg.fr/2208/> (dernier accès le 14 avril 2016), pp. 193 et s. ; Djamchid MONTAZ, « Attribution of Conduct to the State: State Organs and Entities Empowered to Exercise Elements of Governmental Authority », in James CRAWFORD, Alain PELLET et Simon OLLESON (eds.), *The Law of International Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 243 ; Luigi CONDORELLI et Claus KRESS, « The Rules of Attribution: General Considerations », in James CRAWFORD, Alain PELLET et Simon OLLESON (eds.), *ibid.*, p. 230 ; Olivier CORTEN, « L'arrêt rendu par la C.I.J. dans l'affaire du crime de génocide », *cet Annuaire*, 2007, p. 265.

40. Voir not., Hervé ASCENSI, « La responsabilité selon la Cour internationale de Justice dans l'affaire du génocide bosniaque », *RGDIP*, 2007, p. 290 ; Marina SPINEDI, « L'attribuzione allo Stato dei comportamenti di gruppi armati da esso sostenuti nella sentenza della Corte internazionale di Giustizia sul genocidio in Bosnia-Erzegovina », *Rivista di diritto internazionale*, 2007, p. 420 ; Joern GRIEBEL et Milan PLÜCKEN, « New Developments Regarding the Rules of Attribution? The International Court of Justice's Decision in Bosnia v. Serbia », *LJIL*, 2008, pp. 615 et s.

appartient effectivement à la structure de l'État, la « totale dépendance » n'étant plus alors qu'une attestation parmi d'autres⁴¹.

On peut brièvement remarquer que les articles relatifs à l'attribution devaient suivre un ordre de complexité croissante⁴², mais que l'introduction d'une réserve en faveur d'une qualification différente de celle du droit interne opérée par le droit international dans l'article 4, paragraphe 2, a empêché cette logique de se déployer pleinement : parce que le droit interne n'est plus la seule référence pour les organes de l'État, la brèche crée un conflit positif (résolu par l'affaire du *Génocide* à l'aune de la « totale dépendance » comme nous le verrons plus loin) entre les articles 4 et 8, au sens où ceux-ci viennent à se chevaucher partiellement. L'ordre d'examen s'effectue encore en cascade depuis l'article 4, puis de cet article sous l'angle de la « totale dépendance » et finalement de l'article 8⁴³. De ce fait, la démarcation nette voulue entre les organes formels et les particuliers s'est considérablement estompée.

Une autre remarque, mais d'ordre sémantique, est indispensable pour la suite de l'analyse : le sens des mots « organe *de facto* » a considérablement évolué. L'usage de ce terme renvoyait à l'article 8 dans les travaux initiaux de la CDI. L'affaire *Nicaragua* telle qu'interprétée par l'arrêt rendu dans l'affaire du *Génocide* a marqué un tournant, confirmé tant par les modifications de l'article 8 (dans lequel le membre de phrase « agissant *en fait* pour le compte » a disparu) que par la doctrine. Comme il se doit, le lien factuel propre à l'article 8 demeure, mais la dénomination d'organe *de facto* semble désormais être réservée au « cas supplémentaire » de la totale dépendance de l'article 4⁴⁴. En revanche, les termes « agents » ou « individus agissant pour le compte de l'État » désignent les cas auxquels renvoie l'article 8⁴⁵. Ces incertitudes terminologiques ne sont que le reflet de la délimitation fluctuante entre les articles 4 et 8.

Parallèlement à l'évolution de l'article 4, l'article 8 a fait l'objet de changements. Dans sa version originale, la notion centrale était celle « d'action pour le compte de l'État » effectuée par un particulier. L'élément central dans l'article 8, si l'on met à part l'absence de lien formel, tient à ce que la conduite est attribuable à une personne⁴⁶, c'est-à-dire à un individu ou une entité se trouvant en dehors de la structure de l'État. La justification de l'attribution, en dépit de la nature privée de la personne, est motivée par l'existence d'un lien réel (« effectif ») entre l'État et celle-ci :

« La Commission a été d'avis que, compte tenu aussi du rôle important que joue le principe de réflexivité dans l'ordre juridique international, ce dernier doit nécessairement tenir compte, dans les cas envisagés, de l'existence d'un lien réel entre la personne qui agit et l'appareil de l'État, plutôt que de l'absence entre eux d'un lien

41. Paolo PALCHETTI, *L'organo di fatto dello Stato nell'illecito internazionale*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 179 et s. pour une critique de la « totale dépendance » comme critère unique ; la totale dépendance peut être distillée parmi les différents critères des pp. 182-206.

42. Comptes rendus analytiques de la vingt-sixième session, A/CN.4/Ser.A/1974, *Ann. CDI*, 1974, vol. I, p. 46, § 6 (R. Ago).

43. En témoignent les affaires *Génocide* (p. 201, § 384 et p. 205, § 393) et l'affaire *Nicaragua*, p. 63, § 110 : « Il est [pour la Cour] *a fortiori* impossible d'assimiler, juridiquement parlant, la force contra aux forces des États-Unis. Cette constatation n'épuise cependant pas la question de la responsabilité incombant aux États-Unis pour leur assistance aux contras ».

44. *Inter alia* : Jérôme REYMOND, *op. cit.*, pp. 193 et s. ; François FINCK, *op. cit.*, pp. 193 et s. ; Djamid MONTAZ, *op. cit.*, p. 243.

45. Toutefois cette nouvelle répartition entre les articles 4 et 8 n'a rien d'uniforme, par exemple Jérôme REYMOND englobe également l'hypothèse de l'article 8 sous le libellé d'organe *de facto* (*op. cit.*, pp. 105-106).

46. Rapport de la Commission à l'Assemblée générale, A/9610/Rev.1, *Ann. CDI*, 1974, vol. II-1, p. 297, § 13 : « le mot 'personne' est préféré à 'individu' afin d'englober aussi bien le particulier que, par exemple, une association ou une société privée ».

juridique formel. Les comportements que les personnes ou les groupes en question adoptent ainsi en fait pour le compte de l'État doivent donc être considérés comme des faits de l'État d'après le droit international, c'est-à-dire comme des faits susceptibles, le cas échéant, de constituer la source d'une responsabilité internationale à la charge de l'État. »⁴⁷

Ce passage permet de préciser un autre point important : qu'un particulier ait agi pour l'État (et inversement que l'État, entité abstraite, soit réputé ne pouvoir agir qu'à travers ses organes) en fait, du point de vue de la responsabilité internationale, un organe de l'État. Que le particulier n'ait pas le statut d'organe selon le droit interne n'y change rien⁴⁸ : la notion est celle « d'organe » *aux fins* de la responsabilité internationale et *selon* le droit international. L'absence de définition d'organe de l'État dans le projet d'articles avait d'ailleurs suscité des critiques :

« Le Gouvernement néerlandais approuve ce principe [le comportement de particuliers ne peut à priori pas être attribué à l'État]. Il s'ensuit toutefois que l'expression 'organe de l'État' doit avoir un sens large et s'entendre de toute personne ou groupe de personnes agissant *de jure*, et, dans certaines circonstances, de facto, pour le compte de l'État. Si l'article 8, en particulier, peut être interprété de cette façon, l'absence de définition de l'expression 'organe de l'État ne devrait pas poser de problème. »⁴⁹

Dans le but d'inclure tout ce qui peut être un « organe de l'État », le gouvernement néerlandais se réfère à l'article 8 comme étant subsidiaire à et complémentaire de l'article 4, et comme conditionnant son application à l'existence d'un lien factuel. Pour les États-Unis, « qu'une relation entre une personne et un État peut exister *de facto* même s'il est difficile d'établir l'existence d'un lien juridique précis »⁵⁰ est considérée comme l'« idée maîtresse »⁵¹ de l'article 8.

Précisons néanmoins que l'article 8 n'épuise pas tous les moyens d'attribuer à l'État le comportement de particuliers. Quant à l'endossement *ex post*⁵², Roberto Ago, en commentant l'enlèvement de Adolf Eichmann par des « volontaires » israéliens, s'exprima ainsi : « même en admettant l'idée de volontaires ayant agi à l'insu du Gouvernement israélien, il demeurerait néanmoins que ce dernier avait par la suite *approuvé* l'acte accompli au mépris de la souveraineté argentine et s'était *solidarisé* avec ses auteurs »⁵³. Le comportement de l'État à l'égard d'actes réputés accomplis par des particuliers peut avoir pour effet de l'en rendre responsable.

Dans tous ces travaux de la CDI, nous sommes confrontés à une investiture *de facto*, c'est-à-dire à l'établissement d'un lien organique *prouvé* par des circonstances factuelles. En d'autres termes, le cordon ombilical qui relie un individu, quelle que soit sa nationalité, à l'État dont on veut constater la responsabilité internationale dépend des agissements de cet État consistant à charger cet individu d'une mission, d'une tâche, mais ce lien doit « effectivement être prouvé »⁵⁴.

Quand le projet d'article 8 était encore libellé « agissant en fait pour le compte », on trouvait une indication du standard de preuve nécessaire dans les travaux de

47. *Ibid.*, p. 294, § 2.

48. Et cela n'affecte pas le droit interne, voir *supra*.

49. Commentaires et observations des gouvernements, A/CN.4/328 and Add.1-4, *Ann. CDI*, 1980, vol. II-1, pp. 99-100.

50. James CRAWFORD, Premier rapport sur la responsabilité des États, A/CN.4/490 et Add.1-7, *Ann. CDI*, 1998, vol. II-2, p. 42, § 193 (États-Unis d'Amérique).

51. *Ibid.*

52. Qui sera finalement introduit par l'arrêt *Tadic*, voir les §§ 118, 137 et 141.

53. Troisième rapport Ago, p. 280, § 193.

54. Rapport de la Commission à l'Assemblée générale, A/9610/Rev.1, *Ann. CDI*, 1974, vol. II-1, p. 296, § 8.

la CDI : « si l'on peut prouver que les personnes en question ont agi de concert et à l'instigation des organes d'un État, le fait [du particulier doit être attribué à l'État] »⁵⁵. Ainsi, « agir de concert » se rapproche du contrôle et des directives, mais suggère une relation égalitaire plutôt que de dépendance entre les particuliers et l'État. Toutefois, l'instigation permet d'attribuer à l'État le comportement puisque, sous l'angle de la causalité, il en est à l'origine (l'instigation de l'État *provoque* l'action des particuliers). Néanmoins, et au-delà de cette citation, ni le texte ni le commentaire relatif à cette proposition d'article 8 (1971) ne fournit de critère permettant de vérifier l'existence de ce lien organique factuel ; en d'autres termes, la question demeure de savoir comment s'assurer que l'investiture a bien eu lieu et que, par conséquent, l'individu s'est comporté *en fait pour le compte de cet État* (comme prévu par l'article 8). Les travaux finaux de la CDI témoignent d'une modification de l'article 8 : une dissociation (entre l'article 8 et l'article 9, c'est-à-dire, entre les a) et b) de l'ancien article 8) et une reformulation ont été opérées. La notion de personne « agissant en fait pour le compte de l'État » est désormais appréhendée à travers trois critères alternatifs : les instructions, les directives ou le contrôle⁵⁶. Si la version finale a tenu compte de l'arrêt *Nicaragua*, c'est au moins un signe que l'article 8 « ancienne version » ne satisfaisait pas aux conclusions de l'arrêt. L'impact de l'arrêt *Tadic* sur la codification est plus incertain⁵⁷ ainsi qu'en témoigne cette remarque du gouvernement néerlandais :

« Les Pays-Bas notent avec satisfaction que les termes 'direction ou contrôle' permettent d'appliquer à la fois une norme stricte de 'contrôle effectif', comme l'a fait la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Nicaragua*, et une norme plus souple comme l'a fait la Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dans l'affaire *Tadic*. Cette ambiguïté inhérente est un élément positif qui ouvre le champ à un développement progressif des règles régissant la responsabilité des États. »⁵⁸

Dans cette même veine, mais en mettant en exergue le caractère des différents critères énoncés dans le « nouvel » article 8 (qui était devenu pendant l'ère « Crawford » l'article 6), la Pologne soutient que les conditions qui y sont énoncées sont alternatives et non pas conjonctives⁵⁹. À cet égard, la version anglaise des Articles de 2001 est plus claire : « *the person or group of persons is in fact acting on the instructions of, or under the direction or control of, that State in carrying out the conduct* ». Conformément au commentaire de l'article 8, deux des trois critères se rapportent à la même situation : « L'article 8 traite de deux circonstances [...]. La première est celle où des personnes privées agissent sur les instructions de l'État lorsqu'elles mènent le comportement illicite. La seconde est une situation à caractère plus général, où des personnes privées agissent sur les directives ou sous le contrôle de l'État »⁶⁰.

55. *Ibid.*, p. 295, § 5.

56. Comptes rendus analytiques des séances de la cinquantième session, A/CN.4/Ser.A/1998, *Ann. CDI*, 1998, vol. I, 2553^e séance, p. 245, § 8 (J. Crawford). Le Rapporteur spécial précise que « compte tenu de l'ambiguïté du libellé initial de l'article 8, la nouvelle formulation proposée n'est peut-être en fin de compte qu'une clarification, et non un élargissement, de la portée de la règle d'attribution ». Comme figure de rhétorique, il s'agit de décomposer le tout (ici, la notion « d'agir en fait pour le compte de l'État ») pour le remplacer par ses parties (instructions, directives et contrôle).

57. Précédemment à l'arrêt *Génocide*, directions et instructions sont reconnues comme des émanations de *lege lata* du contrôle effectif et de *lege ferenda* du contrôle global.

58. Commentaires et observations reçus des gouvernements, A/CN.4/515 et Add.1-3, *Ann. CDI*, 2001, vol. II-1, p. 46-47 (Pays-Bas).

59. *Ibid.*, p. 8 (Pologne).

60. Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-troisième session (23 avril-1^{er} juin et 2 juillet-10 août 2001), A/56/10, *Ann. CDI*, 2001, vol. II-2, article 8, p. 109, § 1.

La lecture comparée des deux dispositions (la proposition de 1971 et celle découlant des Articles de 2001) montre donc on ne peut plus clairement qu'un concept, celui de « contrôle », s'est introduit dans les mailles normatives de cette disposition. Nous tenterons d'expliquer quand, comment et pourquoi s'est faite cette irruption par la voie juridictionnelle en étudiant quatre jalons jurisprudentiels qui ont permis l'affinage de ce concept : a) l'affaire des *Otages*⁶¹ (1980) ; b) l'affaire *Nicaragua*⁶² (1986) ; c) l'affaire *Tadic*⁶³ (1999) et enfin la toute dernière affaire en date, l'affaire *Génocide*⁶⁴ (2007). Le premier maillon de cette chaîne jurisprudentielle est particulièrement remarquable aussi bien du point de vue temporel que du point de vue personnel dans la mesure où Roberto Ago, ayant à peine achevé en sa qualité de Rapporteur spécial la première partie de la codification de la responsabilité internationale, siégera dans l'affaire des *Otages* comme membre fraîchement élu de la CIJ.

II. – AFFAIRE DU PERSONNEL DIPLOMATIQUE ET CONSULAIRE DES ÉTATS-UNIS À TÉHÉRAN (CIJ, 1980)

Dans cette affaire, les États-Unis invoquaient la responsabilité de l'Iran, État accréditaire, en raison de l'occupation de l'ambassade américaine à Téhéran, de la prise d'otages américains, ainsi que de l'occupation des consulats des États-Unis à Tabriz et à Chiraz, commis par des étudiants iraniens, et donc par de simples particuliers. L'État demandeur priait la Cour de dire et juger que l'Iran avait violé respectivement la Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques et celle de 1963 sur les relations consulaires.

Dans le contexte de l'examen de la responsabilité internationale de l'Iran, la Cour consacra presque les trois quarts de son raisonnement à la question de l'imputabilité des faits allégués par les États-Unis. La Cour scinda l'analyse de l'imputabilité en deux phases : la première concernait l'attaque, l'occupation des locaux diplomatiques et la prise d'otages, alors que la seconde avait trait au *maintien* de la prise d'otages et de l'occupation. Cette scission n'était pas que *temporelle* : elle était aussi *normative*, étant donné que la Cour examina la responsabilité de l'Iran pour chacune de ces deux phases sous l'angle de deux titres d'attribution différents.

Au sujet de la première phase, la Cour estima, *sur la base des faits allégués et prouvés*, que l'invasion et l'occupation des locaux diplomatiques ainsi que la prise d'otages n'étaient pas attribuables à l'Iran. En revanche, ces agissements de simples individus mettaient en exergue, catalysaient (selon la belle expression imagée de Roberto Ago) un comportement qui, lui, était imputable à l'État iranien et qui consistait dans « l'inaction totale, la carence des autorités iraniennes » ; l'Iran était ainsi responsable du fait de l'omission de ses organes *de iure*, chargés de maintenir l'ordre et la sécurité de l'ambassade, alors qu'il disposait des moyens de s'acquitter de ses obligations découlant du droit diplomatique.

61. CIJ, *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran (États-Unis d'Amérique c. Iran)*, arrêt du 24 mai 1980, *Rec. CIJ*, 1980. Ci-après : *Otages*.

62. CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt du 27 juin 1986, *Rec. CIJ*, 1986. Ci-après : *Nicaragua*.

63. TPIY, chambre de première instance, 7 mai 1997, *Le Procureur c. Duško Tadić*, IT-94-1-T. Ci-après : *Tadic 1997*. TPIY, chambre d'appel, 15 juillet 1999, *Le Procureur c. Duško Tadić*, IT-94-1-T. Ci-après : *Tadic* ou *Tadic 1999*.

64. CIJ, *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*, arrêt du 26 février 2007, *Rec. CIJ*, 2007. Ci-après : *Génocide*.

Mais c'est la deuxième phase qui nous intéresse ici de très près, celle ayant trait aux événements postérieurs au début de l'occupation et de la prise d'otages, c'est-à-dire au maintien de la situation illicite. À partir de ce moment, on recense des prises de position des autorités iraniennes qui vont *in crescendo* de par les termes employés dans leurs déclarations⁶⁵. Le comportement des autorités iraniennes aura eu ainsi comme effet de *modifier radicalement* le statut juridique des étudiants, de sorte que leurs comportements successifs seront attribués à l'État iranien⁶⁶ sans pour autant changer leur caractère initialement indépendant⁶⁷ au moment de la prise d'otages et de l'occupation de l'ambassade. Rien cependant n'est dit quant aux modalités de l'aval donné par l'État, aval en vertu duquel les étudiants sont devenus ses organes *de facto*⁶⁸ (au sens de l'article 8 actuel).

Tout comme dans l'arrêt *Nicaragua*, l'Iran n'a pas créé⁶⁹ de toutes pièces le mouvement des étudiants : c'est à raison de sa solidarité avec celui-ci qu'il en est devenu responsable, comme s'il faisait siens les actes des étudiants ou que son rapprochement l'empêchait de nier sa responsabilité⁷⁰. Une particularité de l'affaire tient à ce que les actes à attribuer ont été commis sur le territoire de l'État dont la responsabilité est alléguée, une caractéristique permettant d'abaisser le seuil d'exigence en matière d'attribution⁷¹.

III. – AFFAIRE DES ACTIVITÉS MILITAIRES ET PARAMILITAIRES AU NICARAGUA ET CONTRE CELUI-CI (CIJ, 1986)

Dans cette affaire, probablement la plus célèbre portée devant la Cour de La Haye dans les trois dernières décennies, la partie demanderesse, le Nicaragua, priait la Cour de constater que la responsabilité internationale des États-Unis était engagée en raison de leurs agissements, impliquant parfois l'usage de la force, au Nicaragua et contre celui-ci. Si on laisse de côté les comportements des organes

65. *Otages*, pp. 33-34, §§ 70-71.

66. *Ibid.*, p. 35, § 74.

67. *Ibid.*, p. 29, § 59.

68. *Ibid.*, p. 29, § 58 : « [Le comportement des étudiants] ne pourrait être considéré en lui-même comme directement imputable à cet État que s'il était avéré que les militants agissaient alors effectivement pour son compte ». La Cour se réfère donc à l'article 8, a) du Projet tel qu'il apparaissait en 1980 (« *agissant en fait pour le compte* »). Voir également p. 42, § 91 : « la détention [du] personnel par un groupe de militants armés agissant pour le compte de l'État ». Dans le même sens, voir *Tadic 1999*, § 133.

69. La création *ex nihilo* d'une entité est une différence importante entre les affaires *Nicaragua* et *Tadic*, voir également Paolo PALCHETTI, *op. cit.*, pp. 198 et s. (sur l'existence d'un lien formel avec l'État avant ou après l'acte illicite).

70. Dans l'affaire *Yeager*, certes influencée par celle des *Otages*, l'expression « *the government [...] stood behind [the revolutionary guards]* » peut se traduire *au moins* comme visant la caution apportée par l'Iran à l'action des gardes révolutionnaires et *au plus* comme constituant le fondement de la conduite des gardes. Quant au contrôle, il est évoqué pour marquer son absence dans les rangs des gardes révolutionnaires : « *despite occasional complaints [of Iran] about a lack of discipline* » (Tribunal des réclamations Iran/États-Unis, *Yeager c. Islamic Republic of Iran*, 2 novembre 1987, *ILR*, vol. 82, p. 194).

71. Ce critère a été relevé par Paolo PALCHETTI, *op. cit.*, p. 129 et pp. 188-191. Une telle situation se retrouve dans l'affaire *Loizidou* (CEDH) : la République turque de Chypre du nord étant considérée comme un État fantoche, la présence de soldats turcs s'est avérée décisive aux fins d'attribuer le fait illicite à la Turquie : « 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 » (Cour EDH, GC, 18 décembre 1996, *Loizidou c. Turquie*, n° 15318/89, § 56). L'article 4 dans sa nouvelle version était parfaitement approprié, nous semble-t-il, pour appréhender dans l'affaire du *Génocide* les relations réelles et effectives entre la République *Srpska* et la Serbie à l'instar du cas de figure des États fantoches où se manifeste ce que le Professeur Luigi Condorelli appelle judicieusement un « intégration organique ».

de iure des États-Unis⁷², pour lesquels la Cour put établir la responsabilité de cet État, la question qui nous occupe ici est celle relative aux *Contras*. Par ce terme, on fait référence à l'opposition anti-sandiniste qui, après avoir participé avec les sandinistes eux-mêmes au renversement du régime dictatorial de Somoza, s'était vite retrouvée en porte à faux avec ses anciens alliés et dut quitter le gouvernement d'union nationale pour reprendre la lutte armée contre la junte de Managua. Les membres des *Contras* avaient la nationalité nicaraguayenne et disposaient de sanctuaires dans les pays limitrophes du Nicaragua. Ils étaient financés et soutenus par les États-Unis qui visaient ainsi à déstabiliser – voire à renverser – le régime sandiniste.

Le Gouvernement nicaraguayen s'employa dès lors à démontrer devant la Cour que les *Contras* étaient des organes *de facto* (selon l'article 8 du projet de l'époque) de la partie défenderesse, car ils *agissaient en fait pour le compte* de celle-ci⁷³. La Cour⁷⁴, sur la base des faits dont elle avait pu établir la véracité, conclut que les *Contras* étaient largement financés par les États-Unis⁷⁵, que ces derniers les avaient entraînés à la guérilla (en distribuant notamment un très controversé manuel sur le thème), qu'ils les avaient pourvus d'un soutien logistique considérable (en infrastructure et en matériel), et qu'ils avaient présidé *parfois* à l'élaboration de leur stratégie et de leurs tactiques (plans de combat et cibles). Quant à la nomination des chefs politiques des *Contras*, la Cour ne tint pas cet élément comme déterminant (§ 112) : tout comme l'équipement et l'entraînement, elle l'intégra comme un des critères utilisés aux fins de déterminer le rapport de dépendance des *Contras*. Toutefois, la Cour ne fut pas convaincue : a) que les États-Unis avaient créé la force *Contras* (§ 108) ; b) que l'« ensemble des opérations [lancées par les Contras] obéissai[ent] » *toutes* à des ordres ou instructions des États-Unis (§§ 106 et 108 ; l'arrêt emploie les termes de « stratégie » et « tactiques ») ; c) que l'implication

72. *Nicaragua*, pp. 50-51, § 86. La doctrine a tantôt considéré les UCLAs comme relevant de l'article 8 (Hannah TONKIN, *State Control over Private Military and Security Companies in Armed Conflict*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, p. 117 ; François FINCK, *op. cit.*, p. 162 ; Lindsey CAMERON et Vincent CHETAIL, *Privatizing War: private military and security companies under public international law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 213), tantôt de l'article 4 (sous l'angle de la totale dépendance de l'article 4, § 2 pour Antonio CASSESE, « The Nicaragua and Tadic Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia », *EJIL*, vol. 18, 2007, p. 652 ; sous l'angle du droit interne pour Jérôme REYMOND, *op. cit.*, pp. 144-145). On peut noter la distinction des activités : la préparation, le commandement et le soutien (ou l'appui) des attaques sont le fait d'*agents* des États-Unis, tandis que les UCLAs sont chargés de l'exécution ; la Cour retient aussi que l'implication de *militaires* des États-Unis n'est pas prouvée (pp. 50-51, § 86). Trois de ces éléments (commandement, planification et appui) se retrouvent dans les paragraphes 104-108 ayant trait aux *Contras*, mais la Cour arrive à la conclusion que les forces *Contras* n'ont pas été créées par les États-Unis (§ 108). Si tel avait été le cas, l'imputabilité aurait été la même que pour les UCLAs. En raison de la similitude des critères employés, on pourrait soutenir que l'objet des paragraphes 102 à 108 serait de déterminer si les *contras* obéissent au même schéma que les UCLAs. En particulier, on relève les termes de « stratégies » et « tactiques » cités dans les paragraphes 102-108 : or, la Cour fait usage des mêmes éléments relativement aux UCLAs (§ 86) pour confirmer les stratégies et tactiques : commandement (§ 104, décomposé en « ordonné » et « instruit »), planification (§§ 104 et 106) et appui (§§ 105, 107, 108). Voir aussi les paragraphes 113 et s. de *Tadic 1999* : selon le TPIY, les UCLAs sont des organes *de facto*.

73. Ainsi, le Nicaragua reprochait aux États-Unis d'avoir « mis au point la stratégie et dirigé la tactique » des *Contras* (§ 102). Voir également CIJ, Mémoire, plaidoiries et documents, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, vol. IV, p. 69, § 252, dans lequel le Nicaragua fait référence à l'article 8 comme la référence adéquate en matière de groupes armés irréguliers.

74. Roberto Ago, siégeant toujours à la Cour, ne manqua sans doute pas d'influencer le raisonnement de celle-ci, bien qu'il se fût plaint – dans son opinion individuelle – que la Cour n'ait pas mentionné l'affaire des *Otages*, « sous bien des aspects analogue à la situation actuelle » (Opinion individuelle de Roberto Ago, p. 190, § 18).

75. *Nicaragua*, §§ 99 et 107.

des États-Unis fut à tel point décisive et essentielle que l'on put la considérer comme équivalente à une « intervention directe » de leur part (§ 108)⁷⁶.

Relation entre les États-Unis et les <i>Contras</i> selon le Nicaragua :	Création	Entraînement	Stratégies et Tactiques	Soutien, Appui « direct »	Sélection
Appréciation de la Cour :	Infirmé, § 108	Confirmé, § 108	En partie confirmé, § 108	Infirmé, § 108	Confirmé, mais non décisif, § 112

Ainsi la Cour a-t-elle cherché autre chose, aux fins de l'attribution, que de savoir si les *Contras* avaient *agi en fait pour le compte* des États-Unis ; ce que la Cour a cherché était la « totale dépendance » des uns par rapport aux autres⁷⁷ (absence de libre arbitre ; subordination totale)⁷⁸. La totale dépendance est le critère utilisé indifféremment pour « assimiler à un organe » et pour « agir pour le compte », d'où le fait que *par contamination* le contrôle prendra une telle dimension dans les articles 4, paragraphe 2, et 8⁷⁹. L'unité de mesure⁸⁰ de cette dépendance est « le contrôle » qui doit être « effectif »⁸¹. Or, la dépendance n'était en l'espèce que « partielle »⁸² et le contrôle, dès lors, n'était que « général »⁸³. En conséquence, la Cour « ne considère pas que l'assistance fournie par les États-Unis aux *contras* l'autorise à conclure que ces forces sont à tel point soumises aux États-Unis que les actes qu'elles pourraient avoir commis seraient imputables à cet État »⁸⁴.

La Cour suit la ligne d'examen proposée dans le mémoire du Nicaragua en ce qu'elle se réfère au contrôle⁸⁵ au paragraphe 112 de l'arrêt : les cinq critères

76. Sur ces points, l'arrêt de la Cour suit l'ordre d'exposition des plaidoiries orales du Nicaragua. Relativement aux *Contras*, les propositions étaient que les États-Unis avaient : 1) créé la force *Contra* ; 2) armé, équipé et entraîné cette force ; 3) été à l'origine des tactiques et stratégies ; 4) fourni un soutien militaire direct ; et 5) sélectionné et payé les dirigeants politiques des *Contras* (CIJ, Mémoire, plaidoiries et documents, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, vol. V, p. 105 et pp. 107 et s.).

77. *Nicaragua*, § 109 : la « totale dépendance » analysée du point de vue des particuliers est leur dépendance envers l'État, et du point de vue de l'État le contrôle sur les particuliers. Voir aussi *Tadic 1997*, § 588.

78. Selon la Cour, « 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. Cette conclusion est fondamentale en l'espèce. Par contre la preuve directe de ce que toutes ses activités, ou la plupart d'entre elles aient pu à l'époque bénéficier de cet appui n'a pas été suffisamment rapportée dans tous les cas et ne pouvait d'ailleurs vraisemblablement pas l'être » (§ 111). Il est question ici d'une appréciation d'« ensemble ».

79. Voir § 109 de l'arrêt. Voir aussi l'interprétation de l'arrêt *Nicaragua* dans l'opinion dissidente de la Juge McDonald (*Tadic 1997*, § 23, p. 295), selon laquelle la CIJ a commencé par déterminer si les *Contras* étaient des agents des États-Unis (c'est-à-dire par « assimiler » comme le prévoit le paragraphe 109 de l'arrêt *Nicaragua*), en estimant que ce n'était pas le cas dans le paragraphe 110 de l'arrêt, et s'est ensuite intéressée au « contrôle effectif » tel qu'il ressortirait de l'article 8 uniquement (§§ 113 et s.).

80. Voir *Tadic 1999*, § 96.

81. *Ibid.*, § 112, et *Nicaragua*, § 115. La Cour utilise d'autre part la « dépendance » au sens strict, tout en remarquant l'intrication de ces deux critères dans le paragraphe 109 : « paradoxalement, cette appréciation [les *Contras* sont indépendants des États-Unis et la seule possibilité de contrôle est l'interruption de l'aide] souligne *a contrario* les possibilités de 'contrôle' qu'implique nécessairement la dépendance des *contras* à l'égard de l'aide étrangère ».

82. *Nicaragua*, § 112.

83. *Ibid.*, § 115.

84. *Ibid.*, § 116.

85. CIJ, Mémoire, plaidoiries et documents, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, vol. IV, pp. 69-70, §§ 253 et s.

évoqués plus haut⁸⁶ ont pour but de démontrer le contrôle dans le cadre de la totale dépendance. Le raisonnement de la Cour est « révolutionnaire » : elle débute par l'examen des critères relatifs au contrôle (§§ 102-108) pour conclure qu'ils ne permettent pas d'attribuer les actions des *Contras* au Nicaragua (§ 108). Face à la difficulté de parvenir à une conclusion fondée sur les critères susmentionnés, la Cour change son approche et revient au niveau supérieur du raisonnement (le « contrôle » en tant que tel, et non le contrôle à travers ses espèces) dans les paragraphes 113 et suivants de l'arrêt. Mais ce n'est pas le seul changement de point de vue effectué par la Cour : elle va directement mettre en lien les *Contras*, les actes illicites et les États-Unis (§ 113). On s'écarte de la différence chère à Roberto Ago entre éléments objectifs et subjectifs, pour s'approcher du raisonnement circulaire mis en exergue par Ian Brownlie⁸⁷ et Luigi Condorelli⁸⁸ notamment : l'attribution d'actes à des personnes ne peut se faire sans l'examen de l'acte illicite. Cette « mise en relation » des trois pôles amène la Cour à affirmer que le contrôle doit être *effectif* au vu des actes commis. De plus, dans le mémoire du Nicaragua, la question de la responsabilité (attribution) des États-Unis était abordée à travers la violation reprochée, à savoir le recours à la force de l'article 2, paragraphe 4, de la Charte des Nations Unies. Ainsi, pour déterminer les critères propres à imputer la violation à l'État, la direction et le contrôle d'un groupe armé étaient nécessaires. Il ne s'agissait pas d'un critère général d'attribution, mais d'un critère propre au recours à la force via des groupes armés irréguliers, même si le mémoire se faisait l'écho de l'article 8 du projet d'articles de la CDI⁸⁹. Pour prouver le contrôle et la direction d'un groupe armé, le mémoire se référait à une liste de critères⁹⁰ applicables aux différents niveaux des forces *Contras* (niveau tactique, stratégique, opérationnel, politique, organisationnel).

Le « contrôle effectif » fait donc son apparition et deviendra le critère clef dans l'application de l'article 8⁹¹. Sous l'éclairage de cet arrêt, nous pouvons distinguer deux dimensions du contrôle : a) l'une, horizontale, exigeant que le contrôle couvre l'ensemble des actes individuels en question ; b) l'autre, verticale, signifiant que le contrôle doit s'exercer de la planification de l'acte jusqu'à son exécution, en passant par toutes les étapes intermédiaires.

86. Voir le tableau *supra*.

87. Ian BROWNIE, *Principles of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 1985, 3^e éd., p. 446 : « *Liability for the acts of States organs, etc. is coextensive with the whole range of legal duties, and yet the categories are commonly employed solely in connexion with special problems of the responsibility of States for harm to resident aliens. The association of proposition with a particular area of delict is unfortunate, since the nature of the harm determines the extent of liability for the acts and omissions of organs and individuals* » (nous soulignons).

88. Luigi CONDORELLI, *op. cit.*, p. 97 : « En somme, le fait qu'au niveau du discours explicite les propos sur l'imputation précèdent normalement ceux sur l'infraction ne doit pas empêcher de percevoir qu'il existe entre les deux éléments, en arrière-plan, un rapport circulaire de présomption réciproque » (nous soulignons). Voir, de même, Luigi CONDORELLI et Claus KRESS, *op. cit.*, p. 225, § b. Voir aussi Jérôme REYMOND, *op. cit.*, p. 66 et note n° 306.

89. CIJ, Mémoire, plaidoires et documents, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, vol. IV, p. 69, § 252. La citation correspond à l'Ann. CDI, 1971, vol. II-1, pp. 277-282.

90. CIJ, Mémoire, plaidoires et documents, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, vol. IV, p. 70, § 254. Voir §§ 255-261 pour ces critères.

91. Bien qu'il n'apparaisse ni dans le Troisième rapport de Roberto Ago (Ann. CDI, 1971, vol. II-1) ni dans le Commentaire de la CDI de l'article 8 (Ann. CDI, 1974, vol. II-1) approuvé provisoirement en 1974 et en première lecture en 1996.

IV. – L'APPARITION DU CRITÈRE DU CONTRÔLE

La question de la définition de l'agression fait l'objet de la Résolution 3314 de l'Assemblée générale⁹² (1974). Dans l'arrêt *Nicaragua*, c'est l'article 3, g) de cette Résolution qui nous intéresse tout particulièrement, à savoir :

« g) 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. »⁹³

On se réfère généralement à cette *litera* sous l'appellation d'« agression indirecte » ou « *aggression through proxies* »⁹⁴, car les protagonistes ne sont pas des représentants officiels de l'État. Deux hypothèses sont envisagées : soit l'État envoie des bandes armées (*lato sensu* : mercenaires, forces irrégulières, etc.), soit celui-ci s'engage « d'une manière substantielle » dans une agression.

À côté du problème de définition soulevé par ces hypothèses, se pose la question de l'attribution sous l'angle des Articles de 2001. Plus spécifiquement, il s'agit de retracer les rapports qu'entretenaient ces deux corps de règles au moment de l'affaire *Nicaragua*.

L'envoi de bandes armées correspond à un acte exécuté « *by or on behalf* » dans la version anglaise de la Résolution. « L'envoi » se comprend par l'action de troupes (un « déploiement »⁹⁵) sur le territoire de l'État agressé, un départ des troupes depuis le territoire de l'État agresseur n'étant pas requis. Le critère pertinent est que les troupes agissent sur ordre de l'État ou « en son nom » ; autrement dit, il doit exister un lien *effectif* entre l'État et les bandes armées.

L'engagement substantiel posait des difficultés telles qu'il avait été proposé de recourir aux termes d'organisation, de préparation et d'assistance aux groupes armés⁹⁶. Une contribution déterminante (pourrait-on dire, « causale ») de l'État, sans forcément qu'il en soit l'auteur exclusif, est nécessaire. L'implication de l'État doit ainsi avoir une incidence *réelle et décisive* sur la possibilité que l'agression advienne, il faut : « *un elemento in assenza del quale queste attività non si sarebbe prodotte, o quantomeno, non si sarebbero prodotte con quella gravità [...]*. »⁹⁷

Concentrons-nous maintenant sur l'« envoi de bandes armées » dans le cadre de l'attribution de la responsabilité internationale⁹⁸. En 1963, Ian Brownlie considérerait que si les rebelles sont effectivement soutenus et contrôlés par l'État agresseur, ce dernier est responsable en raison de son « *agency* » (les rebelles ayant agi pour

92. Résolution 3314 (XXIX), *Définition de l'agression*, 14 décembre 1974.

93. *Ibid.*, Article 3, g).

94. Kirsten SELLARS, « *Crimes Against Peace* » and *International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 39-40.

95. Eric CORTHAY, *La lutte contre le terrorisme international*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2012, p. 215.

96. *Rapport du comité spécial pour la question de la définition de l'agression*, 13 juillet-14 août 1970, Assemblée générale, Documents officiels de la 25^e session, supplément n° 19, A/8019, p. 66, §§ 7-8. Voir Oscar SOLERA, *Defining the Crime of Aggression*, Londres, Cameron May, 2007, p. 188. À deux titres, la définition de l'engagement substantiel avait suscité des inquiétudes durant les séances du Comité spécial : 1) celle que l'aide et l'assistance de l'État sans attaque des groupes armés puissent autoriser la légitime défense, et 2) celle que la commission d'actes terroristes avec l'aide de l'État ne soit pas couverte par l'article 3, g) : Oscar SOLERA, *op. cit.*, p. 191.

97. Elena SCISO, « L'aggressione indiretta nella definizione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite », *Rivista di diritto internazionale*, 1983, p. 261.

98. Aussi appelé « élément subjectif » de la responsabilité internationale, par opposition à la détermination de l'acte illicite, c'est-à-dire « l'élément objectif ». Voir l'article 2 des Articles de 2001.

le compte de l'État agresseur⁹⁹). Pour Pierluigi Lamberti Zanardi, l'attribution en vertu de l'article 8 (tel qu'il apparaissait dans sa « formulation Ago ») est vérifiée s'il y a envoi de bandes armées, *la notion même d'envoi présupposant un lien entre les individus et l'État*¹⁰⁰. Ce point de vue est partagé par Elena Sciso : il faut établir un lien effectif entre les individus et l'État¹⁰¹. Il en va également de même pour Antonio Casese : pour qu'il y ait agression armée, l'attribution à l'État doit être effectivement établie¹⁰².

La vérification de l'« engagement substantiel » s'avère plus délicate. Ian Brownlie doute qu'une aide sans agissement pour l'État ou sans contrôle des rebelles équivaille à un usage de la force¹⁰³. Le critère applicable serait celui de l'article 8, selon Elena Sciso¹⁰⁴ et Pierluigi Lamberti Zanardi¹⁰⁵ : l'engagement substantiel *doit avoir pour effet* de transformer les bandes armées en organes *de facto* (au sens de l'article 8 de l'époque). À la suite de l'arrêt *Nicaragua* et à la lumière de celui-ci, Pierluigi Lamberti Zanardi précise l'attribution en ces termes : l'engagement substantiel transforme toujours les bandes armées en organes *de facto*. Mais pour réaliser cet engagement substantiel, il aurait fallu que l'aide et l'assistance des États-Unis fussent telles que les *Contras* perdissent leur indépendance, passant ainsi sous la totale dépendance des États-Unis¹⁰⁶ (manifestée par le contrôle et la dépendance au sens strict, qui étaient pour ces auteurs l'expression de l'article 8, mais équivalant actuellement à l'article 4, paragraphe 2).

À la lumière de ces développements, on peut esquisser l'interprétation suivante de l'arrêt *Nicaragua* : la Cour a examiné relativement aux *Contras* les deux hypothèses de l'agression indirecte (article 3, g) de la Résolution 3314¹⁰⁷). Selon le paragraphe 108, l'envoi de bandes armées n'est pas avéré, avant tout parce que les États-Unis n'ont pas créé les *Contras*. Dans ce même paragraphe, on note aussi que l'action des *Contras* ne peut pas être considérée comme équivalente à une « intervention directe » des États-Unis : il s'agit d'un critère pour vérifier l'envoi de bandes armées¹⁰⁸. Ayant exclu la première possibilité, la Cour se tourne vers l'« engagement substantiel » des États-Unis au sein de la force *Contras*¹⁰⁹. Pour ce faire, la CIJ examine dans le paragraphe 111 si la force *Contras* était « tributaire des États-Unis au point de ne pouvoir mener ses activités militaires et

99. Ian BROWNLIE, *International Law and the Use of Force by States*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 370. Notons au passage que Ian BROWNLIE fut conseiller du Nicaragua dans l'affaire éponyme. En 1983, il critiquait la position de la CDI au sujet des actes des particuliers (article 8) : « *The principles applicable are the normal principles of international law as applied to the particular situations. In each case it is the relevant legal duty which determines the incidence of responsibility* » (*System of the Law of Nations, State Responsibility*, Oxford, Clarendon Press, 1983, Part I, p. 163, § 3).

100. Pierluigi LAMBERTI ZANARDI, « Indirect Military aggression », in Antonio CASSESE (ed.), *The Current Legal Regulation of the Use of Force*, Leiden, Martinus Nijhoff Publisher, 1986, p. 112 ; du même auteur, « Aggressione armata indiretta ed elemento soggettivo dell'illecito internazionale », in *Le droit international à l'heure de sa codification. Études en l'honneur de Roberto Ago*, Milan, Giuffrè, 1987, vol. 3, p. 156.

101. Elena SCISO, *op. cit.*, p. 259.

102. Antonio CASSESE, « The International Community's 'Legal' Response to Terrorism », *ICLQ*, 1989, p. 597.

103. Ian BROWNLIE, *International Law and the Use of Force by States*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 370.

104. Elena SCISO, *op. cit.*, p. 259.

105. Pierluigi LAMBERTI ZANARDI, *op. cit.*, pp. 112 et 115.

106. Pierluigi LAMBERTI ZANARDI, « Aggressione armata indiretta ed elemento soggettivo dell'illecito internazionale », *op. cit.*, p. 157, et pp. 161-164.

107. Dans le paragraphe 195, la Cour considère que cette *litera* est de nature coutumière.

108. Pierluigi LAMBERTI ZANARDI, *op. cit.*, pp. 160-161. L'article 3, g) exige une agression, et il renvoie pour cela aux a) à f) : « [d]es actes de force armée contre un autre État d'une gravité telle qu'ils équivalent aux actes énumérés ci-dessus [...] » (nous soulignons).

109. Puisqu'au paragraphe 110, la CIJ considère que « [l'impossibilité d'assimiler, juridiquement parlant, la force *contra* aux forces des États-Unis] n'épuise cependant pas la question de la responsabilité incombant aux États-Unis pour leur assistance aux *contras* » (nous soulignons).

paramilitaires les plus cruciales ou les plus significatives sans l'appui multiforme de ces derniers », et si elle avait bénéficié de l'« appui » des États-Unis. Ces deux extraits rappellent le critère de l'engagement substantiel relevé plus haut. Relevons encore que dans le paragraphe 116, la Cour exclut que l'assistance soit de nature à faire des actes des *Contras* ceux des États-Unis, et que dans le paragraphe 113, la Cour se concentre sur les violations commises par les *Contras*¹¹⁰.

Quelles conclusions intermédiaires tirer de ces observations sur l'agression et l'arrêt *Nicaragua* ? D'après la doctrine de l'époque, pour être établie, l'agression indirecte – que ce soit par l'envoi de bandes armées ou par un engagement substantiel – nécessitait que les particuliers soient considérés comme des organes *de facto* de l'article 8 (selon le critère « d'agir pour le compte de ») ; ainsi, *l'attribution dans le cadre de la responsabilité internationale était un « prérequis » de l'agression indirecte*. Néanmoins, il est intéressant de voir comment la condition « d'agir pour le compte de » s'est concrétisée dans l'arrêt : dans le mémoire du Nicaragua, la question de la responsabilité (attribution) des États-Unis était abordée à travers la violation reprochée, à savoir le recours à la force de l'article 2, paragraphe 4 de la Charte des Nations Unies, et spécifiquement l'action de forces irrégulières. Ainsi, pour déterminer les critères propres à imputer la violation à l'État, la direction et le contrôle d'un groupe armé étaient considérés comme nécessaires¹¹¹. Il ne s'agit pas d'un critère général d'attribution, mais d'un critère propre (*lex specialis*) au recours à la force par l'intermédiaire de groupes armés irréguliers, le mémoire du Nicaragua se faisant ici toutefois l'écho de l'article 8 du projet de la CDI¹¹². Comme cela a été rappelé précédemment, pour prouver le contrôle et la direction d'un groupe armé, le mémoire se référait à une liste de critères¹¹³ applicables aux différents niveaux de la force *Contras* (niveau tactique, stratégique, opérationnel, politique, organisationnel).

Il existe néanmoins plusieurs manières possibles (sans prétendre à l'exhaustivité¹¹⁴) d'interpréter ce recours à l'agression indirecte dans le cadre de l'attribution : 1) primauté de l'acte illicite aux fins de l'attribution, 2) identité des critères d'identification de l'organe *de facto* et de l'agression indirecte, 3) similitude des deux critères. La première hypothèse est celle d'une règle spéciale (article 55 des Articles de 2001) ; dans ce cas, les règles d'attribution servent à interpréter les normes primaires¹¹⁵. L'identité des critères suit une autre piste : il se trouverait que

110. La CIJ poursuit un raisonnement identique à l'appréciation d'une agression dans l'article 3, g) de la Résolution 3314, où il faut cumulativement des actions qui soient de la gravité d'une agression et l'engagement substantiel de l'État.

111. Voir la première hypothèse de l'agression indirecte : l'envoi de bandes armées.

112. CIJ, Mémoire, plaidoiries et documents, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, vol. IV, p. 69, § 252. La citation correspond à l'Ann. CDI, 1971, vol. II-1, pp. 277-282 (qui mentionne bien des cas de groupes armés, mais pas *expressis verbis* le critère du contrôle).

113. CIJ, Mémoire, plaidoiries et documents, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, vol. IV, p. 70, § 254. Voir de même §§ 255-261 pour ces critères.

114. André NOLLKAEMPER, « Attribution of Forcible Acts to States : Connections Between the Law on the Use of Force and the Law of State Responsibility », in Niels BLOKKER et Nico SCHRIJVER (eds.), *The Security Council and the Use of Force*, Leiden, Brill, 2005, p. 156 : « [a]tribution could be a normative operation external to the definition of armed attack, either parallel to the contents of the primary rules, as a basis of the primary rule, or as a supplement to the primary rules » (nous soulignons).

115. Olivier CORTEN, *Le droit contre la guerre*, Paris, Pedone, 2008, pp. 678-679 ; Maurice KAMTO, *L'agression en droit international*, Paris, Pedone, 2010, p. 147. Dans sa conclusion, André Nollkaemper semble pencher pour l'hypothèse de l'interprétation, sans pour autant être aussi formel qu'Olivier Corten, puisqu'il remarque que « [t]he law of state responsibility can help clarify the legal foundation of the right of self-defence against a state that has supported, tolerated, harboured, or given some other form of assistance to non-state actors who carry out forcible acts. The principles of attribution of the law of state responsibility can help provide a foundation for the scope of application of the primary obligation to refrain from the

le « contrôle » dans le cadre des groupes armés est le même (uniformité) que celui qui sert à déterminer si des individus « agissent pour le compte de » l'État. Quant à la similitude, tant l'agression que l'organe *de facto* de l'article 8 se serviraient d'un critère appelé « contrôle », mais avec deux contenus différents dans chacune des deux branches du droit international ¹¹⁶.

La doctrine actuelle n'est pas unanime quant à la question des rapports entre règles d'attribution et agression indirecte. Pierre Klein ¹¹⁷, Joe Verhoeven ¹¹⁸ et Eric Corthay ¹¹⁹ nient une quelconque nécessité de *toujours* vérifier l'attribution selon les Articles de 2001, dans l'hypothèse d'un « engagement substantiel » : l'agression indirecte s'analyse *per se*, selon ses propres critères. Ainsi, on peut voir ici l'agression indirecte comme une *lex specialis*. Pour Olivier Corten, les règles d'attribution ne peuvent être que subsidiaires aux règles primaires relatives à la force qui, elles, sont de *lex specialis* ¹²⁰. Toutefois, il faut noter que pour cet auteur, l'engagement substantiel est un fait directement imputable à l'État, « sans qu'il soit nécessaire de lui imputer les actions menées par des personnes privées » ¹²¹. Maurice Kamto préconise de se servir des règles de l'attribution pour interpréter l'agression indirecte, le rapport de *lex specialis* n'étant pas jugé pertinent ¹²². André Nollkaemper adopte une attitude nuancée quant aux rapports entre les deux corps de règles ¹²³ ; l'attribution – bien que pouvant être parfois éclairée ou modulée par la règle primaire – reste un passage obligé. Pour Tom Ruys, l'attribution doit être vérifiée dans le cas d'agression indirecte ¹²⁴, même s'il ouvre la porte à des changements dans les règles primaires ¹²⁵. Oscar Solera évoque la possibilité que l'article 51 de la Charte des Nations Unies s'applique à l'encontre d'acteurs non étatiques ¹²⁶.

Sans pour autant trancher la question ¹²⁷, on constate à tout le moins un net rapprochement ou une porosité de la séparation entre élément objectif et

threat or use of force as well as the notion of 'armed attack'; moreover, these principles may provide a link between non-state actors and states even where such a link seems to go beyond the primary rule » (« Attribution of Forcible Acts to States: Connections Between the Law on the Use of Force and the Law of State Responsibility », *op. cit.*, p. 169).

116. Pour les rapports entre les règles d'attribution et les actes illicites, on peut comparer ces hypothèses avec celles relevées par André NOLLKAEMPER, *op. cit.*, p. 156.

117. Pierre KLEIN, « Le droit international à l'épreuve du terrorisme », *RCADI*, vol. 321, 2006, pp. 372 et 387-390.

118. Joe VERHOEVEN, « Les 'étirements' de la légitime défense », cet *Annuaire*, 2002, pp. 56-57. Il précise toutefois que si l'imputation selon les Articles de 2001 est vérifiée, l'agression est aussi attribuable à l'État. Selon lui, l'examen de l'attribution du droit de la responsabilité internationale n'est pas un passage obligé en vue de la vérification d'une agression.

119. Eric CORTHAY, *op. cit.*, p. 210.

120. Olivier CORTEN, *op. cit.*, pp. 678-679.

121. *Ibid.*, p. 672.

122. Maurice KAMTO, *L'agression en droit international*, Paris, Pedone, 2010, p. 147.

123. André NOLLKAEMPER, *op. cit.*, pp. 148-151, p. 156 : l'attribution peut être parallèle au contenu d'une règle primaire, et elle peut en être un prérequis ou servir de supplément aux règles primaires (une agression qui ne serait pas subsumée dans une hypothèse de l'article 3 de la Résolution 3314 est quand même un acte de l'État si l'attribution est réalisée).

124. Tom RUYTS, *'Armed Attack' and Article 51 of the UN Charter*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 371 et 418 : dans le cas de l'engagement substantiel, le contrôle global serait le critère adéquat.

125. *Ibid.*, pp. 492-493 et pp. 531-532 : dans le cas d'actions contre un État, l'attribution selon les Articles de 2001 est une condition, tandis que dans le cas d'actions à l'encontre d'acteurs non étatiques et en l'absence d'attribution, l'attaque d'acteurs non-étatiques peut être exceptionnellement qualifiée d'agression.

126. Oscar SOLERA, *op. cit.*, pp. 470-471.

127. À moins d'admettre la présence d'une *lex specialis*, relevons qu'une séparation des deux corps de règles aboutirait à une différence dans l'invocation de la légitime défense et dans l'examen – sous l'angle de la responsabilité internationale – d'une agression indirecte. Voir Giovanni DISTEFANO, « La crise libanaise de l'été 2006 à l'aune du *ius contra bellum* », *Journal of Sharia and Law*, 2008, pp. 33-36 : soit les actes (envoi ou engagement substantiel) sont directement attribuables à l'État (au titre de l'article 4 des Articles

élément subjectif du fait illicite dans le cas de l'affaire *Nicaragua*, que ce soit dans le mémoire¹²⁸ ou dans l'arrêt¹²⁹. La CIJ s'est servie des critères de l'agression indirecte pour vérifier l'attribution et en déterminer les conditions, la dernière étape, celle du « contrôle effectif » (§ 115), se faisant dans un paragraphe entouré des considérations propres à l'agression. La conséquence de cette interaction entre ces deux corps de règles est la naissance du critère du contrôle, critère qui est devenu *per se* (et indépendamment de l'acte illicite considéré dans le cadre de la responsabilité internationale) un test de l'article 8, à la suite de son incorporation par le Rapporteur spécial James Crawford¹³⁰.

V. – AFFAIRE LE PROCUREUR CONTRE TADIC (TPIY)

Cette troisième affaire est la seule qui ne fut pas jugée par la CIJ, mais par la Chambre d'appel du TPIY. Cette dernière dut répondre à la question de savoir si le conflit en Bosnie-Herzégovine était un conflit international aux fins de l'application de l'article 2 de son Statut relatif aux violations graves des Conventions de Genève de 1949. Dans ce dessein, il était essentiel de démontrer qu'il y avait (au moins) deux États belligérants ; le Procureur avait à cet effet plaidé que le conflit s'était déroulé entre la Bosnie-Herzégovine d'une part et l'ex-République de Yougoslavie, d'autre part. Celle-ci s'étant cependant retirée formellement du conflit en 1992, le Procureur argua alors qu'elle avait continué à agir sur le territoire bosniaque par le truchement de l'armée de la République des Serbes de Bosnie (*Srpska*), où était d'ailleurs enrôlé l'accusé. Il fallait dès lors établir si cette armée était un organe *de iure* ou un organe *de facto* de l'ex-République de Yougoslavie¹³¹ pour qualifier le conflit d'international. En conséquence, même si la question portait sur l'application de règles relatives au droit international humanitaire (à savoir la qualification du conflit), la Chambre d'appel devait à cette fin raisonner en termes de responsabilité internationale, c'est-à-dire de droit international général¹³².

La Chambre d'appel dut alors examiner le désormais célèbre arrêt de la CIJ en l'affaire *Nicaragua*. Elle n'hésita pas à affirmer à cette occasion que le test du « contrôle effectif » n'était ni conforme à la logique du système de la responsabilité

de 2001), soit il est nécessaire de vérifier les conditions d'attribution relatives aux acteurs non étatiques (totale dépendance, contrôle effectif).

128. CIJ, Mémoire, plaidoiries et documents, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, vol. IV, pp. 69 et s.

129. On peut ainsi – comme nous le proposons – se livrer à une double lecture (attribution/acte illicite) de l'arrêt *Nicaragua* dans ses paragraphes 102-108. Cette double lecture reste certes quelque peu artificielle, mais il n'en demeure pas moins que la Cour semble s'être engagée dans un examen mixte de l'attribution et de l'acte illicite, tenant elle-même un double discours.

130. Le commentaire de l'article 8 révèle la relation directe entre l'acte illicite et le comportement de l'individu : « le texte dit clairement que les instructions, les directives ou le contrôle doivent être en rapport avec le comportement qui est censé avoir constitué un fait internationalement illicite » (Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-troisième session (23 avril-1^{er} juin et 2 juillet-10 août 2001), A/56/10, *Ann. CDI*, 2001, vol. II-2, p. 114, § 7). La version de l'article 8 de 1971 ne consacrait pas ce lien, ou en tout cas pas de manière aussi claire : « 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 personnes qui [...] agissent en fait pour le compte de l'État », Roberto AGO, Troisième rapport sur la responsabilité des États, A/CN.4/246, *Ann. CDI*, 1971, vol. II-1, p. 282. Comp. le texte actuel, dans lequel la référence au comportement est double : « 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 » (nous soulignons).

131. *Tadic* 1999, § 87.

132. *Ibid.*, § 98. Voir cependant les paragraphes 91-97.

de l'État, ni à la pratique des États et des tribunaux internationaux. La Chambre d'appel souscrivit certes à l'exigence du contrôle comme critère d'application de l'article 8¹³³ mais elle ne trouva aucune justification à ce que le seuil probatoire fût aussi élevé, comme la Cour l'avait prétendu en 1986, car, dit-elle, il fallait empêcher qu'un État ne réussisse à se décharger de sa responsabilité internationale après avoir entretenu des liens étroits avec un groupe d'individus, comme cela avait été le cas des États-Unis avec les *Contras*¹³⁴. La Chambre considéra donc qu'il y avait lieu de *moduler* le degré de contrôle selon les circonstances. À cet égard, elle distingua deux cas de figure eu égard auxquels elle proposa deux modalités différentes de contrôle. Le premier cas est celui d'un simple particulier (ou d'un groupe non organisé d'individus) chargé d'accomplir une mission ; dans ce cas, deux conditions alternatives furent proposées : ou bien prouver que l'État avait donné des instructions spécifiques pour l'exécution de la tâche ou alors prouver que l'État avait endossé *ex post facto* l'agissement en question. Le deuxième cas de figure est celui d'un groupe organisé d'individus, ce qui était très clairement la situation à laquelle était confrontée la Chambre dans cette affaire et, jadis, la Cour dans l'affaire *Nicaragua* s'agissant des *Contras*. Dans cette situation, il existait un groupe doté d'une chaîne de commandement, d'une structure avec des règles d'organisation et de fonctionnement et des signes extérieurs d'autorité¹³⁵. Pour que les agissements de ce groupe soient imputables à l'État, il ne devait pas être nécessaire que le contrôle fût « effectif » ; un degré de contrôle moins « *stringent* » (rigoureux, exigeant, contraignant) était suffisant. La Chambre proposa alors le critère du « contrôle global », en forme de clin d'œil au critère du « contrôle général » qui avait été rejeté par la CIJ en 1986¹³⁶.

Pour être tout à fait complète dans son raisonnement, la Chambre d'appel précisa (dans un *obiter dictum*) qu'il existait un troisième critère¹³⁷ : « il s'agit (même en l'absence d'instructions données par un État) de l'assimilation d'individus à des organes de l'État en conséquence de leur comportement dans les faits

133. *Ibid.*, § 112 : le critère du contrôle vient préciser le test général de « dépendance et autorité » de l'article 8.

134. Voir l'opinion dissidente du juge Al Khasawneh dans l'affaire *Génocide*, § 39.

135. Cette énumération n'est pas sans rappeler l'article 4, § 2, a), de la troisième Convention de Genève de 1949. Et pour cause : c'est par le biais de cette disposition que la Chambre d'appel en l'affaire *Tadic* avait abordé le critère du contrôle (*Tadic* 1999, pp. 36-37, §§ 90-97, et sp. § 95 : « la Chambre d'appel estime que la III^e Convention de Genève se réfère implicitement à un critère de contrôle lorsqu'elle énonce à l'article 4 la condition d'appartenance à une Partie au conflit »). Sur ce sujet, voir aussi Sean WATTS, « Chapter 44. Who Is a Prisoner of War », in Andrew CLAPHAM, Paola GAETA et Marco SASSOLI (eds.), *The 1949 Geneva Convention*, Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 897-898, §§ 27-30 ; Katherine DEL MAR, « The Requirement of 'Belonging' under International Humanitarian Law », *EJIL*, 2010, pp. 117-123). Concernant ces questions du rapport entre droit international humanitaire et attribution, on signalera encore que la Chambre d'appel a sciemment choisi de ne pas faire plus ample référence ni à l'article 3 de la quatrième Convention de La Haye de 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre (« [La Partie belligérante] sera responsable de tous actes commis par les personnes faisant partie de sa force armée »), ni à l'article 91 du Protocole additionnel I de 1977 aux Conventions de Genève de 1949 (« [La Partie au conflit] sera responsable de tous actes commis par les personnes faisant partie de ses forces armées ») car « le critère de contrôle [...] reste indispensable pour déterminer dans quels cas des individus qui ne sont pas à proprement parler des responsables militaires d'un État sont néanmoins susceptibles d'être considérés comme faisant partie des forces armées dudit État » (*Tadic* 1999, pp. 40-41, note 117). Pour terminer ce bref panorama de la question, attribution et droit international humanitaire se confondent dans la Règle n° 149 de la *Liste des règles coutumières du droit humanitaire* : « L'État est responsable des violations du droit international humanitaire qui lui sont attribuées, y compris : [...] c) les violations commises par des personnes ou des groupes agissant en fait sur ses instructions ou ses directives ou son contrôle » (Jean-Marie HENCKAERTS et Louise DOSWALD-BECK, *Droit international humanitaire coutumier. Volume 1 : Règles*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 777).

136. « For the attribution to a State of acts of these groups it is sufficient to require that the group as a whole be under the overall control of the State » (*Tadic* 1999, § 120).

137. *Tadic* 1999, § 146 : « La Chambre d'appel a conclu qu'en droit international général, trois critères peuvent être appliqués pour déterminer si un individu agit en qualité d'organe de fait d'un État ».

au sein de la structure dudit État »¹³⁸. Ce passage n'est pas sans rappeler l'arrêt *Nicaragua* qui mentionnait les deux hypothèses dans lesquelles l'examen de la totale dépendance entraine en jeu, à savoir « assimiler à un organe » et « considérer comme agissant pour le compte de »¹³⁹. L'arrêt *Génocide* reviendra d'ailleurs plus longuement sur cette assimilation¹⁴⁰.

La Chambre d'appel semblait ainsi dire que l'absence de contrôle effectif (mission par mission *et* du début à la fin) pouvait être compensée par la présence d'une structure organique interne au groupe agissant finalement et *en fait* pour le compte de l'État ; on pourrait dans ce cas se satisfaire d'un « contrôle global », à l'instar des organes *de iure* de l'État où ce dernier n'a guère le contrôle effectif de chacun des actes de tous ses organes, mais dont il est pourtant responsable¹⁴¹. Le critère du « contrôle global » fut dès lors appliqué dans d'autres affaires portées devant le TPIY¹⁴². Quelques centaines de mètres séparent la CIJ du TPIY, mais un fossé se creusait ainsi désormais entre eux en ce qui concerne les conditions d'application de l'article 8.

VI. – AFFAIRE RELATIVE À L'APPLICATION DE LA CONVENTION POUR LA PRÉVENTION ET LA RÉPRESSION DU CRIME DE GÉNOCIDE (CIJ, 2007)

Le contexte historique pertinent dans cette affaire est dans les grandes lignes le même que celui de l'affaire *Tadic*, mais c'est ici la responsabilité internationale d'un État qui est en cause, et c'est la CIJ qui est appelée à déterminer le bien-fondé

138. *Tadic 1999*, § 141. Souligné dans l'original.

139. *Nicaragua*, § 109.

140. *Génocide*, §§ 391 et s.

141. Une partie de la doctrine voit d'ailleurs dans le « contrôle global » une application de l'article 4, § 2, des Articles de la CDI : le TPIY chercherait à définir les conditions pour assimiler un groupe à un organe *de iure* de l'État. En conséquence, l'article 8 et le contrôle effectif demeureraient inchangés, mais c'est la « totale dépendance » qui serait en cause. Voir Paolo PALCHETTI, *op. cit.*, pp. 168-171 ; Olivier CORTEN, *op. cit.*, p. 267 ; Andreas Johannes Joseph DE HOOGH, « Articles 4 and 8 of the 2001 ILC Articles on State Responsibility », *BYBIL*, 2001, pp. 274-276 ; Jérôme REYMOND, *op. cit.*, pp. 220 et s., sp. p. 227 ; François FINCK, *op. cit.*, pp. 203 et 215. Ainsi les circonstances (création de l'armée *Srpska* à la suite de la résolution de l'ONU, paiement des salaires par Belgrade, transfert des militaires de l'ex-République de Yougoslavie dans l'armée *Srpska*) s'apparentent-elles à une simulation, ce que vise précisément l'article 4, § 2, mais cette option est rejetée par l'arrêt *Tadic* (1997), en son paragraphe 606 (elle sera examinée par *Tadic 1999*, §§ 151 et s.). Au surplus, la marge d'autonomie laissée à l'armée *Srpska* peut s'expliquer par les objectifs communs partagés avec Belgrade et par le fait que c'est le propre des organes formels de choisir les modalités finales de leurs actions (pour une critique de l'absence d'autonomie, voir Paolo PALCHETTI, *op. cit.*, p. 113). Dans l'arrêt *Tadic 1999*, la Chambre d'appel examine la constitution de l'armée *Srpska* (§§ 151 et s.) : elle note par exemple que « l'armée des Serbes de Bosnie rebaptisée était toujours une armée placée sous le commandement de l'état-major général de la VJ à Belgrade » (§ 152, nous soulignons), et, plus loin : « [s]i l'on s'appuie indûment sur les structures apparentes et les propos ostensiblement tenus par les belligérants, au lieu de procéder à une analyse nuancée de la réalité de leurs relations, on suggère implicitement à des groupes qui contrôlent dans les faits des forces militaires qu'ils peuvent se soustraire à leur responsabilité pour les actes de ces forces en les restructurant superficiellement ou en déclarant que les forces ainsi reconstituées sont dorénavant indépendantes de leurs ex-commanditaires » (§ 154, nous soulignons). L'opinion dissidente du juge McDonald parle de « ruse », de changement « seulement nominatif » (*Tadic 1997*, *op. diss.*, §§ 10 et 15). La juge McDonald insiste sur le critère qui aurait dû être appliqué : celui de la totale dépendance (contrôle et dépendance) et non celui du contrôle effectif (*Tadic 1997*, *op. diss.*, § 27). En cela, elle préfigure la répartition effectuée dans l'affaire du *Génocide* entre les articles 4 et 8. Pour la Juge, l'armée *Srpska* avait agi en tant qu'agent de la République d'ex-Yougoslavie (§ 34). Il en découle que le « contrôle global » constitue le critère pertinent aux fins de l'article 4, § 2. Ce que le TPIY rejeta comme ne relevant pas de l'article 4 dans *Tadic 1997* (§ 606) se trouvait confirmé dans le cadre de l'article 8 dans *Tadic 1999* (§§ 151 et s.).

142. Voir le paragraphe 36 de l'opinion dissidente du juge Al Khasawneh dans l'affaire du *Génocide*.

des allégations soumises par la Bosnie-Herzégovine relativement aux violations commises par l'ex-République de Yougoslavie, laquelle aurait agi ici encore par le truchement de l'armée de la République *Srpska*.

Les internationalistes attendaient avec impatience cet arrêt depuis que le TPIY avait rendu le sien dans l'affaire *Tadic*. Aux fins de l'application de l'article 8 des Articles de la CDI de 2001, la Cour maintient l'exigence du contrôle effectif¹⁴³ ou, alternativement, exige que des « instructions [ou directives] [soient] données, à l'occasion de chacune des opérations au cours desquelles les violations alléguées se seraient produites »¹⁴⁴, suivant l'énoncé définitif des Articles de 2001 qui tiennent également compte de la jurisprudence *Tadic* dans la mesure où ils intègrent, aux côtés du critère du contrôle, le critère (alternatif) des instructions ou des directives : ces trois critères disjonctifs reflètent les cas de figure délimités par la Chambre d'appel du TPIY.

La Cour a appliqué ces critères alternatifs aux différentes situations à l'origine du différend et, sur la base des éléments probatoires qui lui ont été soumis, a conclu que les actes de l'armée de la République *Srpska* n'étaient pas attribuables au Défendeur¹⁴⁵. Dès lors, il n'y avait pas de violation par l'ex-République de Yougoslavie de l'interdiction de commettre un génocide. Cependant, avant d'en arriver à l'application de ces critères aux différents cas d'espèces litigieux, la Cour a croisé le fer avec l'arrêt *Tadic*, huit ans après son adoption¹⁴⁶.

Toutefois, la grande contribution de cet arrêt en matière d'attribution de comportements humains à un État se situe paradoxalement ailleurs qu'en relation avec l'article 8, à savoir en ce qui concerne l'article 4 qui énonce le principe suivant lequel le comportement des organes *de iure* d'un État engage la responsabilité de ce dernier. Pour la première fois, une juridiction internationale aborde frontalement la question du « cas supplémentaire » de l'article 4. Il ne fait pas de doute que le comportement de tout individu (ou groupe d'individus) ayant le statut d'organe d'après le droit interne d'un État peut engager la responsabilité internationale de cet État ; d'où le qualificatif *de iure*, car le lien est établi *d'après le droit interne d'un État* dont le droit international se borne à enregistrer les dispositions aux fins de la responsabilité internationale (un organe comprend toute personne ou entité qui a ce statut d'après le droit interne de l'État). La CIJ surprit force observateurs en introduisant un critère additionnel, certes valable dans des situations exceptionnelles¹⁴⁷, celui de la « totale dépendance » entre un État et un groupe d'individus. En d'autres termes, il y aurait des cas où « [des] personnes – ou de[s] groupes de personnes – qui, sans avoir le statut légal d'organes de cet État, agissent en fait¹⁴⁸ sous un contrôle tellement étroit de ce dernier qu'ils devraient être assimilés à des organes de celui-ci aux fins de l'attribution nécessaire à l'engagement de la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite »¹⁴⁹. La jurisprudence à laquelle la Cour fait référence est précisément l'arrêt

143. *Génocide*, § 400.

144. *Ibid.*

145. *Génocide*, § 415.

146. *Ibid.*, §§ 406-407.

147. *Ibid.*, § 393. Néanmoins, la « requalification » d'organe au sens de l'article 4 ne donne pas la qualité d'organe selon le droit interne de l'État (§ 386). La Cour consacre une approche stricte de la qualité d'organe « en vertu du droit interne » : seul l'État a le pouvoir de décider quels sont ses organes.

148. L'emploi par la Cour de cette formule – pour indiquer le cas supplémentaire de l'article 4, à savoir la « totale dépendance » – peut apparaître déroutant dans la mesure où il constitue une référence furtive à l'ancien libellé de l'article 8, supprimé depuis et avec lequel il se confondait dans le paragraphe 109 de l'arrêt *Nicaragua* (avant donc la clarification apportée par l'arrêt *Génocide*).

149. Arrêt, § 391. La Cour avait été sûrement alertée par la plaidoirie du Professeur Luigi Condorelli (Bosnie-Herzégovine) qui avait soutenu – ce que la Cour reprendra largement – qu'« [e]n effet, ni le 'Nicaragua test', ni la conception du 'contrôle général' (ou 'Tadic test') ne sont utiles pour juger le bien-

Nicaragua, dont elle livre une lecture à laquelle nul ne s'attendait vraiment¹⁵⁰. La Cour, par la même occasion, tient à souligner – implicitement mais non moins clairement – qu'en vertu de son statut d'organe judiciaire principal des Nations Unies, elle jouirait d'une sorte de primauté dans la détermination des règles du droit international général (et ce surtout par rapport à un organe juridictionnel éphémère, en l'occurrence le TPIY)¹⁵¹.

Comme on l'a vu plus haut, l'arrêt *Nicaragua* avait prévu la totale dépendance dans deux cas (« assimiler à un organe » et « déterminer s'il agit pour le compte », § 109), mais l'avait utilisée comme un test général, précisé par le critère du contrôle. L'arrêt *Génocide* effectue quant à lui une répartition entre les articles 4 et 8 des deux cas visés sous un parapluie unique dans l'affaire *Nicaragua*¹⁵² : si l'ordre d'examen est toujours le même¹⁵³, le cas supplémentaire de l'article 4 s'apprécie à l'aune de la « totale dépendance » et de l'article 8 des Articles de 2001, y inclus le test du contrôle effectif (on verra plus loin dans la dernière section de cette étude comment le contrôle global est ignoré – ou transformé par la CIJ). « Assimiler » revient à examiner la totale dépendance qui, une fois confirmée, permet de considérer la personne comme appartenant à la structure de l'État – et donc comme un organe au sens de l'article 4¹⁵⁴. La zone grise entre les articles 4 et 8 est constituée par cette notion d'*assimilation* aux organes de l'État : dans l'arrêt *Nicaragua*, « assimiler » n'était pas explicitement mis en lien direct avec les organes de *iure* ou de *facto* (§ 109) ; dans l'arrêt *Tadic*, « assimiler » était mis en lien avec la structure de l'État (§ 141). Finalement, l'arrêt *Génocide* identifie « assimiler » et « totale dépendance » (§ 393)¹⁵⁵.

Qu'en est-il alors du critère de la « totale dépendance » ? Il s'agit d'un « contrôle tellement étroit »¹⁵⁶, d'un « degré particulièrement élevé de contrôle »¹⁵⁷ (contrôle notamment caractérisé par l'absence de marge d'autonomie¹⁵⁸), qui ne se

fondé de cette thèse, étant donné qu'ils sont conçus afin de régler les problèmes d'attribution à l'État des comportements de simples particuliers ou de groupes non susceptibles d'être qualifiés comme organes de l'État. Ce n'est pas celle-là la question que la Bosnie-Herzégovine vous demande de régler maintenant : la question à régler, bien différente, est celle de savoir quand et à quelles conditions on peut définir comme organes de l'État des entités que cet État évite de qualifier ainsi dans le but d'échapper à la responsabilité internationale » (audience publique dans l'affaire du *Génocide*, Compte-rendu officiel, CR 2006/10 (6 mars 2006), p. 29).

150. Une « interprétation authentique » selon Paolo PALCHETTI (*op. cit.*, p. 104).

151. *Génocide*, §§ 402-406. Quant à l'état du droit coutumier en la matière, les critiques soulevées dans l'arrêt *Tadic* 1999 (§§ 124-145) aboutissant au contrôle global ont été écartées par la Cour dans le paragraphe 401 de l'arrêt en l'affaire du *Génocide* : « [à propos de l'article 8] Ainsi se présente aujourd'hui le droit international coutumier en la matière, tel que reflété par les articles de la CDI sur la responsabilité de l'État ». Selon Frédéric DOPAGNE, seules les instructions seraient de nature coutumière (Frédéric DOPAGNE, « La responsabilité de l'État du fait des particuliers : les causes d'imputation revisitées par les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite », *RBDI*, 2001, p. 510).

152. Le paragraphe 397 de l'arrêt *Génocide* est le passage de référence sur cette nouvelle répartition.

153. Voir § 384 de l'arrêt *Génocide*. L'opération d'attribution se déroule en deux étapes : en cas de réponse négative à la question de savoir si les actes ont été commis par des organes de l'État, on passe à la seconde étape, consistant à examiner si les actes ont été commis par des personnes ayant agi sur les instructions ou sur les directives ou le contrôle de l'État.

154. *Génocide*, § 392.

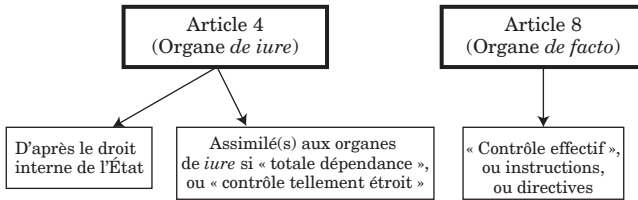
155. Voir aussi Paolo PALCHETTI, *op. cit.*, p. 110.

156. *Génocide*, § 391.

157. *Ibid.*, § 393.

158. *Ibid.*, § 394. Ce paragraphe semble faire écho au paragraphe 114 de l'arrêt *Nicaragua* : « d'après le Nicaragua, les *contras* ne seraient que des bandes de mercenaires recrutées, organisées, payées et commandées par le Gouvernement des États-Unis. Elles n'auraient donc pas de réelle autonomie *par rapport à ce gouvernement*. En conséquence, les infractions qu'elles auraient commises seraient imputables au Gouvernement des États-Unis, comme celles de toutes autres forces placées sous l'autorité de ce dernier » (nous soulignons).

confondent cependant pas (la Cour tient à le préciser à maintes reprises¹⁵⁹) avec le critère du contrôle de l'article 8, que la Cour qualifie de « contrôle effectif »¹⁶⁰. Dans un cas, celui envisagé par l'article 4 « nouvelle vague », tel qu'interprété par la Cour en 2007, il y a « assimilation » de certains individus aux organes *de iure* ; dans le second cas, celui régi par l'article 8, il s'agit de l'organe *de facto* et ceci même si parfois le critère partage le même nom (c'est-à-dire « contrôle »), quoique différemment qualifié¹⁶¹.



VII. – ORGANES DE FACTO ET ACTES ULTRA VIRES

Nous n'avons pas, jusqu'à présent, mentionné les actes *ultra vires* (visés à l'article 7 des Articles de 2001). Il n'y a pas lieu d'en détailler ici l'examen. Il convient néanmoins d'aborder la répartition entre les articles 4 et 8 au prisme des actes *ultra vires*. En l'état actuel et dans la lignée de l'affaire du *Génocide*, les actes *ultra vires* sont attribuables à l'État dès lors que les individus sont dans un rapport de « totale dépendance ». Selon une interprétation stricte et systématique des Articles de la CDI, tel n'est pas le cas en revanche en ce qui concerne les actes couverts par l'article 8¹⁶². Dans le cadre de ce dernier article, la Commission précise qu'il faut déterminer si les actes « non autorisés » sont en rapport avec la mission confiée aux individus (les « instructions »). Mais si les individus sont sous le contrôle effectif de l'État, les actes « non autorisés » seront ceux de l'État¹⁶³. Ce paradigme trouve un écho dans le cadre de la responsabilité pour les actes des sociétés privées militaires

159. Notamment aux paragraphes 397 et 400.

160. *Génocide*, § 400. James Crawford rapporte les éléments identifiés dans le paragraphe 112 de l'arrêt *Nicaragua* au critère de la totale dépendance (création des *Contras*, assistance, paiement et sélections des chefs des *Contras*) ; voir James CRAWFORD, *State Responsibility, The General Part*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 125.

161. Cette prééminence du contrôle dans les deux articles s'explique par les critères utilisés pour appréhender la « totale dépendance » dans l'affaire *Nicaragua*, à savoir le « contrôle » et la « dépendance ». Le critère du contrôle a par la suite atteint des proportions telles (à la faveur de l'arrêt *Tadic*) qu'il est devenu le fer de lance de l'attribution relative aux organes non formellement reconnus comme tels par le droit interne. De manière plus générale, la question de l'attribution s'est principalement posée dans le cadre de groupes armés (affaire *Nicaragua* ; CIJ, *Activités armées sur le territoire du Congo*, arrêt du 19 décembre 2005, *Rec. CIJ*, 2005 ; affaire *Tadic* et affaire du *Génocide*). Cette centralité des groupes armés en tant qu'organes a forcément orienté la réponse donnée aux critères de l'article 8 et au cas résiduel de l'article 4. La violation dont il était question dans l'affaire *Nicaragua* (usage de la force *via* des groupes armés ; article 2, § 4, de la Charte des Nations Unies ; voir CIJ, *Mémoire, plaidoiries et documents, Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, vol. IV, pp. 70 et s., §§ 252 et s.) a innervé le droit de la responsabilité internationale en la matière (voir *supra*).

162. L'article 7 se rapporte en effet aux articles 4 à 6, comme s'il s'agissait d'une clause générale relative à ces cas d'attribution et comme si l'article 7 concernait uniquement des « organes », un terme absent de l'article 8 (Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-troisième session (23 avril-1^{er} juin et 2 juillet-10 août 2001), A/56/10, *Ann. CDI*, 2001, vol. II-2, p. 108, § 9).

163. *Ibid.*, p. 114, § 8.

et de sécurité (*private military and security companies*)¹⁶⁴. Du point de vue de la notion « d'apparence »¹⁶⁵ que l'article 7 consacre, cette règle paraît étrange¹⁶⁶ : comment aborder l'attribution d'actes commis « sous couvert de la fonction » quand l'individu est formellement dépourvu du statut officiel d'organe¹⁶⁷ ? Dans le cadre de l'arrêt *Tadic*, l'État est responsable des actes *ultra vires* commis par les individus sous son « contrôle global »¹⁶⁸. Cette attribution ne se fait pas en vertu de l'apparence ; elle est uniquement fondée sur ledit « contrôle global » de l'État :

« Dans la présente espèce, [la responsabilité de l'État est] le corollaire du contrôle global exercé par l'État sur le groupe. [...] Le droit international rend tout État responsable des actes contraires au droit international accomplis i) par des individus qui ont formellement le statut d'organes de l'État (même quand ces organes agissent *ultra vires* ou *contra legem*) ou ii) par des individus qui constituent des groupes organisés soumis au contrôle de l'État. En droit international, l'État est ainsi déclaré responsable, qu'il ait ou non donné des instructions spécifiques à ces individus. »¹⁶⁹

On peut constater que le contrôle global, en faisant abstraction des instructions et en rendant l'État responsable des actes *ultra vires*, correspond davantage à une *assimilation* aux organes de l'État (au sens de l'article 4) qu'à une vérification que les individus ont agi sous la direction ou le contrôle de l'État. Dans le cadre des organes sous la totale dépendance, le critère de l'apparence est tout aussi problématique, mais l'État est responsable des actes *ultra vires* en raison de l'intégration de l'individu à sa structure. Dès lors, puisque l'article 7 est applicable aux articles 4 à 6¹⁷⁰, la « totale dépendance » inclut les actes *ultra vires*. Il faudra donc sans doute examiner quelles étaient les « tâches générales »¹⁷¹ confiées aux individus sous la totale dépendance de l'État pour délimiter les actes *ultra vires*.

Dans les conditions de l'article 8, la direction et le contrôle s'opposent aux instructions¹⁷². Les instructions concernent des actes, des orientations précises, elles visent un résultat. À l'inverse, le contrôle ou les directives se manifestent lors d'une « opération »¹⁷³. Le lien avec le comportement attribuable à l'État est plus flou :

164. Hannah TONKIN, *op. cit.*, pp. 117 et s. ; Lindsey CAMERON et Vincent CHETAIL, *op. cit.*, pp. 207-208 : si le comportement illicite « *was incidental to the mission* », l'État en est responsable. Plus les instructions seraient vagues, plus l'État supporterait ce risque. On peut se demander si l'on est encore dans un raisonnement relatif aux actes *ultra vires*, ou si l'on ne se rapproche pas d'un raisonnement en lien avec la *due diligence* de l'État ou avec la faute du mandataire (*curia in instruendo*). D'ailleurs, la Commission du droit international précise que les actes *ultra vires* de l'article 8 sont un problème distinct de l'article 7 (Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-troisième session (23 avril-1^{er} juin et 2 juillet-10 août 2001), A/56/10, *Ann. CDI*, 2001, vol. II-2, p. 108, § 9).

165. « Sous le couvert de sa qualité officielle », lit-on dans le Commentaire du texte final du projet d'articles (Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-troisième session (23 avril-1^{er} juin et 2 juillet-10 août 2001), A/56/10, *Ann. CDI*, 2001, vol. II-2, p. 108, § 8).

166. Claus KRESS, « L'organe de facto en droit international public », *RGDIP*, 2001, p. 135 ; Andreas Johannes Joseph DE HOOGH critique le fait que les actes *ultra vires* n'entrent pas dans l'article 8 (*op. cit.*, p. 285).

167. D'autres critères d'attribution des actes *ultra vires* (compétence générale, abus des moyens de la fonction, incompétence manifeste ; voir Christian FISCHER, *La responsabilité internationale de l'État pour les comportements « ultra vires » de ses organes*, Thèse, Lausanne, 1993) sont d'ailleurs eux aussi liés au statut officiel de l'organe. Dans le cas de l'article 8, le propre de l'individu est de n'avoir aucun statut officiel.

168. *Tadic* 1999, §§ 121-123.

169. *Ibid.*, § 123 (souligné dans l'original).

170. James CRAWFORD, *op. cit.*, p. 136.

171. La compétence générale, l'abus des moyens de la fonction et l'incompétence manifeste ont en commun de se référer au champ d'action « normal » de l'organe en lien avec l'activité exercée (voir *supra*).

172. Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-troisième session (23 avril-1^{er} juin et 2 juillet-10 août 2001), A/56/10, *Ann. CDI*, 2001, vol. II-2, p. 109, § 1.

173. *Ibid.*, p. 110, §§ 2-3, p. 114, § 7.

« [le] comportement ne peut être attribué à l'État que si ce dernier a dirigé ou contrôlé l'opération elle-même et que le comportement objet de la plainte faisait partie intégrante de cette opération. 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. »¹⁷⁴

Les instructions sont absentes de la « totale dépendance » et du « contrôle global ». Ces deux constructions peuvent aussi se lire comme une manière d'éviter de devoir apporter la preuve que l'État a donné des instructions. Le lien entre l'État et l'individu est si étroit que des instructions sont inutiles : l'individu partage¹⁷⁵ ou connaît les objectifs de l'État. Le contrôle est tellement étroit¹⁷⁶ que l'individu (dépourvu d'autonomie)¹⁷⁷ n'a pas besoin d'instructions, il est déjà guidé par l'État dont il n'est qu'un instrument¹⁷⁸. Néanmoins, faire l'économie du critère des instructions implique une grande proximité entre l'État et l'individu, et en conséquence un plus grand nombre de comportements (aussi *ultra vires*) pourront être attribués à l'État¹⁷⁹.

VIII. – ORGANES DE FACTO ET CONTRÔLE EFFECTIF : ANALOGIES ET DIFFÉRENCES DANS LA RESPONSABILITÉ DES ORGANISATIONS INTERNATIONALES

Qu'en est-il de l'organe *de facto* dans la responsabilité des organisations internationales et dans les Articles de la CDI de 2011 plus particulièrement¹⁸⁰ ? L'agencement de ce dernier texte n'a pas conduit à retenir un équivalent de l'article 8 des Articles de 2001, car les articles 2, d) et 6, paragraphe 2¹⁸¹ des Articles de 2011 prennent en compte cette hypothèse¹⁸². L'article 2, d) définit la notion d'« agent » par l'effectivité du lien avec l'organisation¹⁸³. Cependant, ces Articles ne font pas de différence entre les « organes »¹⁸⁴ et les « agents »¹⁸⁵, les deux termes étant toujours présents conjointement¹⁸⁶. L'attribution aux organisations internationales

174. *Ibid.*, p. 110, § 3 (nous soulignons).

175. *Tadic 1999*, § 153 : l'armée *Srpska* et Belgrade partageaient les mêmes objectifs.

176. *Génocide*, § 391.

177. *Ibid.*, § 392.

178. *Ibid.*, § 392.

179. *Tadic 1999*, §§ 121-123.

180. Articles sur la responsabilité des organisations internationales, *Ann. CDI*, 2011, vol. II-2.

181. Dans l'article 6, § 2, il s'agit de préciser la non-exclusivité des règles de l'organisation pour déterminer la qualité d'organe ou d'agent, comme dans l'article 4, § 2 des Articles de 2001 relatif au droit interne.

182. Commentaire du projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales, A/66/10, *Ann. CDI*, 2011, vol. II-2, p. 20, § 9 et p. 21, § 11.

183. Giorgio GAJA, Septième rapport sur la responsabilité des organisations internationales, A/CN.4/610, *Ann. CDI*, 2009, vol. II-1, p. 9, § 22 ; Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante et unième session, A/64/10, *Ann. CDI*, 2009, vol. II-2, p. 33, § 2, et p. 36, §§ 8 et s. ; Commentaire du projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales, *Ann. CDI*, 2011, vol. II-2, p. 13, § 23. Il s'agit de codifier les principes définis dans l'avis consultatif sur les *Réparations des dommages subis au service des Nations Unies*, CIJ, *Rec. CIJ*, 1949, p. 177.

184. Article 2, c) : « [t]oute personne ou entité qui a ce statut d'après les règles de l'organisation » (Commentaire du projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales, A/66/10, *Ann. CDI*, 2011, vol. II-2).

185. Article 2, d) : « Le terme 'agent d'une organisation internationale' s'entend d'un fonctionnaire ou d'une autre personne ou entité, autre qu'un organe, qui a été chargée par l'organisation d'exercer, ou d'aider à exercer, l'une des fonctions de celle-ci, et par l'intermédiaire de laquelle, en conséquence, l'organisation agit » (*ibid.*).

186. Voir les articles 6 et 8 du Projet. Les actes *ultra vires* ne différencient pas organes et agents (voir l'art. 8 du Projet d'articles et Commentaire du projet d'articles sur la responsabilité des organisations

des comportements de leurs agents ne fait d'ailleurs pas de doute en doctrine : « la possibilité d'imputer un fait illicite à une organisation internationale n'est cependant pas limitée aux situations dans lesquelles un lien organique formel unit l'organisation à l'auteur matériel du fait »¹⁸⁷.

Si l'article 8 des Articles de 2001 n'a pas d'équivalent dans les Articles de 2011, le critère du contrôle effectif ne disparaît pas pour autant. Il sert même de pierre de touche pour la détermination de ce qu'on pourrait qualifier « d'attribution concurrente »¹⁸⁸ entre un État et une organisation internationale : « Le comportement d'un organe d'un État [...] mis à la disposition d'une [...] 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 »¹⁸⁹. Le contrôle effectif mis en œuvre sert de critère de délimitation de l'attribution entre l'État et l'organisation internationale, plutôt que de critère d'attribution. Dans un cas comme celui de l'article 7, *la qualité d'organe de l'État ou de l'organisation n'est pas mise en doute*, de sorte que l'enjeu déterminant est celui de savoir lequel des deux exerçait le contrôle le plus effectif¹⁹⁰.

Ces brèves remarques aboutissent à deux constats : 1) les organes et les agents sont distingués par l'effectivité du lien, *mais en soi cette différence ne porte pas à conséquence aux fins de l'attribution* ; 2) le contrôle effectif ne sert pas à octroyer la qualité d'agent ou d'organe mais à rattacher le comportement à l'organisation internationale ou à l'État. Ainsi, en traitant l'agent dans l'article 2, les Articles de 2011 évacuent un problème d'attribution en le transformant en un problème de définition¹⁹¹.

IX. – BILAN

On pourrait avoir l'impression en définitive qu'en raison d'un critère *prima facie* commun à certains cas de figure, les frontières entre individus « assimilés » aux organes *de iure* et organes *de facto* se sont estompées. Toutefois, il paraît désormais incontesté qu'à la lumière de l'affaire du *Génocide*, le libellé « organe *de facto* » doit être réservé aux cas visés par l'article 4 s'agissant de la « totale dépendance ». Or, cette hypothèse est l'expression de la primauté de qualification du droit international – naturellement codifiée à l'article 3 des Articles sur la responsabilité de l'État de 2001 – à laquelle le critère de la « totale dépendance » donne corps. Ainsi, l'effectivité (exigée par le droit international) l'emporte sur l'exclusivité de qualification (ou de son absence d'exclusivité) du droit interne. Nous ne pouvons nous empêcher d'y voir une résonance lointaine, bien évidemment *mutatis*

internationales, *Ann. CDI*, 2011, vol. II-2, p. 30, § 7). Parce que l'effectivité prédomine, il n'est pas justifié de moduler l'attribution (voir Pierre KLEIN, *La responsabilité des organisations internationales*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 389-390 et p. 393). D'ailleurs la distinction entre organe et agent « n'apparaît pas pertinente aux fins de l'attribution » (Commentaire du projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales 2011, *op. cit.*, p. 20, § 5).

187. Pierre KLEIN, *op. cit.*, p. 378.

188. Pour des exemples (maintien de la paix, sécurité collective), voir Pierre KLEIN, *ibid.*, pp. 378-381.

189. Article 7 (Commentaire du projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales, *Ann. CDI*, 2011, vol. II-2, p. 21).

190. Pierre KLEIN, *op. cit.*, p. 382.

191. Pour un autre exemple des différentes significations et utilisations du terme « contrôle », voir Marko MILANOVIĆ, *Extraterritorial Application of Human Right Treaties : Law, Principles and Policy*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 48, et pp. 51-53 ; du même auteur, « Jurisdiction and Responsibility: Trends in the Jurisprudence of the Strasbourg Court », in Anne van AAKEN et Iulia MOTOC (eds.), *The ECHR and General International Law*, Oxford, Oxford University Press (à paraître), p. 9, <http://ssrn.com/abstract=2753544> (dernier accès le 14 avril 2016).

mutandis, avec les observations de cette même Cour dans l'affaire *Nottebohm*, là où il était question de la validité (en droit interne) de la nationalité d'une part et de son effectivité (en droit international) d'autre part, aux fins de son opposabilité aux autres États¹⁹². Le Professeur Luigi Condorelli l'exprime très bien lorsqu'il affirme que « la primauté absolue du droit interne pour ce qui est de l'identification des organes de l'État ne peut signifier 'exclusivité absolue' »¹⁹³ notamment dans les cas où l'État « tenterait d'utiliser ce droit [le droit interne] de manière dolosive »¹⁹⁴ ou pour « tromper la communauté internationale »¹⁹⁵. L'effectivité est donc le maître-mot grâce auquel le droit triomphe sur la tentative des États de « masquer la réalité »¹⁹⁶.

Quoi qu'il en soit, nous pensons que la Cour a adopté cette position dans le dessein d'englober, sous différents titres d'attribution, le nombre le plus élevé possible de comportements des États, afin que ceux-ci ne puissent se soustraire à l'engagement de leur responsabilité internationale par un artifice consistant à ne pas « étiqueter juridiquement comme organe ce qui joue en substance un rôle identique dans les faits »¹⁹⁷ ; cette finalité nous paraît très louable. Comme cela fut très adroitement observé :

« *The Court emphasized that, in this regard, it is necessary to look beyond the formal legal status in order to grasp the reality of the relationship so as to avoid the impossibility that States may escape international responsibility through subterfuge or a fiction, as would be the case if a person, group or entity who in fact played a role identical to that of an organ was not legally categorized as such according to the State's domestic law. It is not possible here to analyze in depth this important development; however, it may be noted that it is entirely consistent with, and may be seen as forming a part of, what may be called the 'expansionist' tendency [...].* »¹⁹⁸

Une tendance « expansionniste » que la CIJ elle-même a consolidée.

Pour l'article 8, en revanche, nous avons observé que le contrôle est devenu le *deus ex machina* à côté des instructions et des directives ; mais le TPIY et la CIJ se sont fait une représentation différente de ce dieu. Reste donc à savoir lequel des deux critères du contrôle, « effectif » ou « global », va finalement emporter la conviction des États¹⁹⁹ et influencer leur *opinio iuris*. Le temps nous le dira. La question est loin d'être purement académique comme l'affaire *Génocide* l'a amplement montré, en donnant lieu à deux qualifications différentes utilisées respectivement par la CIJ et le TPIY. Ce dernier, avec son critère du « contrôle global », parvint à déterminer le caractère d'organe *de facto* de l'armée de la République *Srpska*, alors que la Cour, sur la base d'éléments factuels peu ou prou identiques²⁰⁰, conclut à l'absence d'une telle qualification en application du critère du « contrôle effectif ». Deux constatations normatives différentes du même phénomène découlent ainsi de l'application de deux critères différents du même article, avec des conséquences

192. CIJ, *Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*, arrêt (deuxième phase) du 6 avril 1955, *Rec. CIJ*, 1955, pp. 20-21.

193. Audience publique dans l'affaire du *Génocide*, compte-rendu officiel, CR 2006/9 (6 mars 2006), p. 53.

194. *Ibid.*

195. Audience publique dans l'affaire du *Génocide*, compte-rendu officiel, CR 2006/10 (6 mars 2006), p. 17.

196. *Ibid.*, p. 26.

197. Luigi CONDORELLI et Claus KRESS, *op. cit.*, p. 230 (notre traduction) ; *Génocide*, Opinion individuelle de A. Mahiou, § 103.

198. Luigi CONDORELLI et Claus KRESS, *op. cit.*, p. 230, § 20.

199. À moins peut-être que le contrôle global soit rattaché à l'article 4 : voir *supra* et Paolo PALCHETTI, *op.cit.*, pp. 168-171.

200. Faut-il relever que la Cour puise abondamment dans la jurisprudence du TPIY afin d'acquérir les éléments probatoires qui lui sont nécessaires (§ 223) ?

différentes²⁰¹ au niveau de l'établissement de la responsabilité internationale de l'État et de l'individu.

L'introduction par la CIJ d'un deuxième critère d'agencement de l'article 4 aboutirait-elle au même résultat que l'assouplissement dans l'application de l'article 8 opéré par le critère du contrôle global ? En d'autres termes, la Cour, en proposant le critère du contrôle tellement étroit, de l'assimilation, n'entend-elle pas reprendre d'une main ce qu'elle lâche de l'autre en maintenant l'exigence du contrôle effectif ? La Cour allège d'un côté l'article 4 (l'introduction du critère de la « totale dépendance » engendre tout naturellement une extension du champ opératoire de cet article) tout en maintenant un degré élevé de contrôle pour ce qui concerne l'article 8, grâce à la réaffirmation du contrôle effectif et à la mise à l'écart simultanée du contrôle global. En fin de compte, aux fins de l'établissement de la responsabilité internationale et dans une optique systémique, cela aurait comme résultat de couvrir un spectre de comportements humains aussi large que celui couvert par le « contrôle global » au titre de l'article 8.

Article 4 Ex Curia			Article 8 Ex Tadic
-----------------------	--	--	-----------------------

Que le critère de la totale dépendance – menant à l'assimilation – semble moins exigeant que le critère du contrôle effectif maintenu par la CIJ est attesté par le paragraphe 400 de l'arrêt en l'affaire du *Génocide* :

« Le critère ainsi défini [le contrôle effectif] se distingue de celui – exposé plus haut – qui permet d'assimiler à un organe d'un État une personne ou une entité à laquelle le droit interne ne confère pas ce statut. *D'une part, il n'est plus nécessaire ici de démontrer que les personnes ayant accompli les actes prétendument contraires au droit international étaient en général placées sous la 'totale dépendance' de l'État défendeur ; il convient de prouver que ces personnes ont agi selon les instructions ou sous le 'contrôle effectif' de ce dernier. Mais, d'autre part, 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.* »²⁰²

Lorsqu'on sait de surcroît que l'adjectif « général » – aussi pour la Cour – rime avec « global » (*Tadic*) et qu'il est moins exigeant que le terme « effectif », il apparaît alors que l'article 4 intégrant la notion d'« assimilé » est moins sévère que l'article 8 exigeant un « contrôle effectif »²⁰³, d'où la raison pour laquelle la Bosnie-Herzégovine avait plaidé le premier²⁰⁴. Par ailleurs, et ce n'est pas un atout négligeable, l'article 4 ainsi conçu bénéficie de l'application de l'article 7, permettant ainsi à des actes *ultra vires* d'être, moyennant certaines conditions, attribués à l'État, ce qui n'est pas le cas en principe en vertu de l'article 8.

201. *Tadic* 1999, § 97.

202. *Génocide*, § 400 (nous soulignons).

203. Voir en ce sens : Jérôme REYMOND, *op. cit.*, p. 201 ; Karine BANNELIER et Théodore CHRISTAKIS, « Qu'est-ce qu'un génocide et quand un État est-il responsable pour ce crime ? », *RBDI*, 2007, p. 291. Voir *contra* : Marina SPINEDI, *op. cit.*, p. 425 (le lien avec l'État est plus étroit que dans l'article 8, mais le degré de contrôle est moins exigeant) ; Joern GRIEBEL et Milan PLÜCKEN, *op. cit.*, p. 613 : « one may furthermore have doubts that there are situations where the [complete dependence] test is applicable without at the same time the effective control test applying. The practical relevance of the complete dependence test is therefore negligible ». Joern Griebel et Milan Plücker, quant à eux, ne mentionnent pas le paragraphe 400 de l'arrêt *Génocide*.

204. Audience publique dans l'affaire du *Génocide*, compte-rendu officiel, CR 2006/9, pp. 55 et s., spé. § 12.