



PANTHÉON-ASSAS
UNIVERSITÉ
PARIS

BANQUE DES MEMOIRES

Master de droit international public
Dirigé par messieurs les professeurs Yves Nouvel et Carlo Santulli
2021

Recherches sur le contrôle par l'Etat sur son territoire

– L'obligation internationale de l'Etat de contrôler son territoire –

Antoine Laurent

Sous la direction de monsieur le professeur Denis Alland

REMERCIEMENTS

Je tiens à remercier le professeur Denis Alland d'avoir accepté de diriger mon mémoire, de m'avoir proposé ce sujet, dont l'étude fut aussi intéressante que formatrice, ainsi que pour sa disponibilité et ses conseils éclairants.

Je remercie également l'ensemble des professeurs du Master 2 de droit international public, pour leur enseignement très stimulant malgré les modalités numériques imposées par la force des choses.

Mes remerciements vont aussi à madame Bénédicte Pedone Ribot, pour son aide précieuse et sa bienveillance.

Enfin, je remercie mes camarades de promotion pour leur accompagnement au fil de la rédaction de cette étude.

Sommaire

INTRODUCTION	9
§1. L'Etat comme entité contrôlant sa population	11
§2. La notion de contrôle	13
§3. L'obligation de mise en œuvre du contrôle	16
CHAPITRE 1. LE MAINTIEN DU CONTROLE	23
I. L'objet du contrôle de l'Etat	23
II. La vigilance de l'Etat	34
III. La responsabilité de l'Etat	46
CHAPITRE 2. LES CONSEQUENCES DE LA PERTE DU CONTROLE	63
I. L'altération de la responsabilité de l'Etat	63
II. Les réactions face à la perte du contrôle	71
III. Le rétablissement du contrôle	87
CONCLUSION	97
BIBLIOGRAPHIE	101

Liste des abréviations

- A.C.D.I.* : Annuaire de la Commission du droit international
A.G. : Attorney General
A.F.D.I. : Annuaire français de droit international
A.P.D. : Archives de philosophie du droit
B.I.A. : Board of Immigration Appeals
C.D.I. : Commission du droit international
C.E. : Conseil d'Etat
C.E.D.H. : Cour européenne des droits de l'homme
C.I.D.H. : Cour interaméricaine des droits de l'homme
C.I.J. : Cour internationale de Justice
C.I.J. Rec. : Recueil des arrêts, avis et ordonnances de la C.I.J.
C.N.D.A. : Cour nationale du droit d'asile
C.P.A. : Cour permanente d'arbitrage
C.P.J.I. : Cour permanente de Justice internationale
C.R.R. : Commission de recours des réfugiés
Ceseda : Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile
Cirdi : Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
Doc. N.U. : Documentation des Nations Unies
E.J.I.L. : European Journal of International Law
I.Y.H.R. : Israel Yearbook of Human Rights
L.J.I.L. : Leiden Journal of International Law
N.Y.I.L. : Netherlands Yearbook of International Law
R.B.D.I. : Revue belge de droit international
R.C.A.D.I. : Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye
R.G.D.I.P. : Revue générale de droit international public
R.S.A. : Recueil des sentences arbitrales (O.N.U.)
R.T.D.H. : Revue trimestrielle des droits de l'homme
Rec. : Recueil du contentieux des réfugiés
Rec. T.A.M. : Recueil des décisions des tribunaux arbitraux mixtes
S.A. : Sentence arbitrale
S.D.N. Journ. Off. : Journal officiel de la Société des Nations
S.F.D.I. : Société française pour le droit international
ZaöRV : Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

Introduction

*Turning and turning in the widening gyre
The falcon cannot hear the falconer;
Things fall apart; the centre cannot hold;
Mere anarchy is loosed upon the world,
The blood-dimmed tide is loosed, and everywhere
The ceremony of innocence is drowned;
The best lack all conviction, while the worst are full of passionate intensity.*
W. B. Yeats, « The Second Coming », in *Quarante-cinq poèmes*, Gallimard

Face aux ravages qui frappèrent l'Irlande lors de la guerre d'indépendance (1919-1921) et à la guerre civile qui s'ensuivit (1922-1923), le poète exprima son malheur dans les quelques vers mis en exergue. « *Things fall apart ; the centre cannot hold* » : l'Etat a perdu le contrôle. Cette situation n'a rien de très original à l'échelle de l'histoire, parsemée de cas où l'Etat a été défaillant. Dès l'Antiquité, Thucydide déplore les luttes civiles frappant les cités grecques, au cours desquelles ces dernières « virent fondre sur elles des calamités innombrables, comme il en arrive et comme il en arrivera toujours tant que la nature humaine sera ce qu'elle est. »¹ Guerres civiles, émeutes, révolutions² et révoltes constellent les manuels d'histoire et, de nos jours, les journaux, comme autant de preuves que l'Etat n'est pas infaillible. Ces événements démontrent qu'une perte de contrôle, le plus souvent momentanée, peut survenir à tout moment, et que l'Etat ne peut garantir une protection absolue contre les comportements individuels à quiconque ou à tout lieu situé sur son territoire. Tout comme l'homme dont il est le produit, l'Etat est faillible. « Tout Etat est un morceau d'humanité et un morceau de sol »³, et l'un n'agit pas toujours sur l'autre conformément à la volonté de l'Etat. En ce sens, quasi-aucune partie du territoire d'un Etat n'est immunisée contre les agissements de la population ; pas même, par

¹ Thucydide, *La Guerre du Péloponnèse*, trad. D. Roussel, Paris, Gallimard, 1964, p. 260

² V. S.F.D.I., *Révolutions et droit international*, Colloque de Dijon, Paris, Pedone, 1990, not. l'intervention du Pr Leben, « Les révolutions en droit international : essai de classification et de problématique générale », pp. 3-48

³ F. Ratzel, *Politische Geographie*, 1903, p. 4, cité par W. Schoenborn, « La nature juridique du territoire », *R.C.A.D.I.* vol. 30 (1929), p. 115

exemple, le Palais de la Paix, temple de la justice internationale, qui fut envahi en 1975 par des séparatistes indonésiens⁴.

Cependant, la banalité de ces situations de perte de contrôle n'implique nullement leur normalité : l'Etat est puissance⁵, sa raison d'être est de maintenir le contrôle et d'éviter l'anomie. Cela rejoint un courant de la philosophie politique, selon lequel les individus sortent de l'état de nature pour échapper au chaos du tous contre tous, cherchant « la prévoyance de ce qui assure leur propre préservation et plus de satisfaction dans la vie »⁶. Suivant cette conception, « la conversion de la protection de soi en un devoir de l'Etat est pensée comme le moyen de protéger l'homme contre l'homme dans le cadre de la cité politique »⁷. Cela passe par l'édiction de lois, bien sûr, mais aussi et surtout par la puissance de l'Etat de contrôler ses sujets, car, selon Hobbes, « les conventions, sans l'épée, ne sont que des mots, et sont sans force aucune pour mettre qui que ce soit en sécurité »⁸. Comme l'écrit Vattel, « [l]e Souverain, par une sage police, accoutume les peuples à l'ordre et à l'obéissance, il conserve la tranquillité, la paix et la concorde parmi les citoyens »⁹, façonnant en amont des « corps dociles », selon l'analyse foucauldienne¹⁰. Dès lors, la perte de contrôle constitue une anomalie au regard de la fonction intrinsèque de l'Etat qui est de le maintenir ; souhaitable ou non, c'est selon.

Cette conception de l'Etat comme entité contrôlant sa population est retenue par le droit international (§1), dont il découle une obligation de mise en œuvre de ce contrôle (§3), notion qu'il convient d'éclaircir au préalable (§2).

⁴ Ch. Rousseau, « Chronique des faits internationaux », *R.G.D.I.P.* t. 79 (1975), pp. 850-851 : Attaque du bâtiment de la Cour internationale de Justice à La Haye par des séparatistes indonésiens.

⁵ V. l'ouvrage d'O. Beaud, *La puissance de l'Etat*, Paris, PUF, Coll. Léviathan, 1994

⁶ Thomas Hobbes, *Léviathan*, trad. G. Mairet, Paris, Gallimard, 2000, pp. 281-282

⁷ D. Alland, « Observations sur le devoir international de protection de l'individu », in *Libertés, justice, tolérance – Mélanges Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, vol. I, p. 13

⁸ *Ibid.* p. 282

⁹ E. de Vattel, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, éd. 1758, livre I, reproduit par Slatkine Reprints – Henry Dunant Institute, Genève, 1983, p. 165, §174

¹⁰ M. Foucault, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, Coll. Tel, 1975, pp. 159 s. Cette expression de « corps dociles » s'inscrit dans le cadre de l'analyse de la « discipline », qui « majore les forces du corps (en termes économiques d'utilité) et diminue ces mêmes forces (en termes politiques d'obéissance) » (p. 162). Cette « discipline » n'est pas propre à l'Etat (Foucault utilise parmi ses exemples celle mise en œuvre dans les usines pour optimiser la force ouvrière), mais y trouve un terrain de mise en œuvre particulièrement fertile.

§1. L'Etat comme entité contrôlant sa population

Aux yeux du droit international, « l'élément déterminant dans la formation de l'Etat est la constitution, sur un territoire déterminé, d'un appareil d'Etat capable de soumettre à son contrôle effectif la ou les populations occupant ce territoire »¹¹. En effet, selon Huber, le « but primordial » de l'Etat est « le maintien de la paix intérieure et de l'ordre social »¹². Au centre de la notion d'Etat, le contrôle est le liant entre ses trois éléments constitutifs que sont le gouvernement, la population, et le territoire¹³ : il est exercé *par* le premier, *sur* la deuxième, *à raison* du troisième. L'Etat est donc appréhendé comme une entité contrôlant des individus sur un espace, le territoire étatique¹⁴, « substrat fondamental de l'Etat »¹⁵, « théâtre de [son] *imperium* »¹⁶. Dès lors, la formule de « contrôle par l'Etat sur son territoire » est en réalité un raccourci désignant le contrôle par l'Etat *sur les individus* situés sur son territoire, car « la souveraineté territoriale ne s'exerce pas sur le sol, mais sur les personnes qui se trouvent dans un espace déterminé »¹⁷, l'*imperium* est exercé non sur le territoire mais *à raison* du territoire¹⁸. On comprend aisément que le contrôle étatique ne s'exerce pas sur la roche, la terre ou l'écume des eaux territoriales, mais bien sur les individus qui foulent les premières et naviguent sur la seconde. L'Etat est donc celui qui a le contrôle effectif sur les individus¹⁹, l'étendue de ce contrôle étant circonscrite par les limites de son territoire. C'est donc le territoire-étendue,

¹¹ M. Virally, « Panorama du droit international contemporain : cours général de droit international public », *R.C.A.D.I.* vol. 183 (1983), p. 50

¹² S.A., 1925, *Biens britanniques au Maroc espagnol*, *R.S.A.* vol. II, p. 642

¹³ S.A., 1929, *Deutsche Continental Gas-Gesellschaft c. Etat polonais*, *Rec. T.A.M.* 1929, t. 9, p. 344 : « Un Etat n'existe qu'à la condition de posséder un territoire, une collectivité d'hommes habitant ce territoire, une puissance publique s'exerçant sur cette collectivité et ce territoire ».

¹⁴ Sur le territoire, outre les références *infra*, v. not. W. Schoenborn, « La nature juridique du territoire », *R.C.A.D.I.* vol. 30 (1929), pp. 81-189 ; L. Delbez, « Du territoire dans ses rapports avec l'Etat », *R.G.D.I.P.* vol. 39 (1932), pp. 705-738 ; Th. Fleury Graff, « Territoire et droit international », in *Civitas Europa*, 2015/2 n°35, pp. 41-53 ; O. Beaud, *La puissance de l'Etat*, Paris, PUF, 1994, pp. 122-124

¹⁵ D. Alland, « Les représentations de l'espace en droit international public », *A.P.D.*, 1987, t. 32, pp. 165

¹⁶ C. Schmitt, *Le nomos de la terre*, trad. L. Deroche-Gurcel et prés. P. Haggemacher, Paris, PUF, 2^e éd., Coll. Quadrige, 2012, p. 194

¹⁷ Selon la théorie du territoire en tant qu'espace où l'Etat exerce son empire, not. de Fricker, présentée dans J. A. Barberis, « Les liens juridiques entre l'Etat et son territoire : perspectives théoriques et évolution du droit international » *A.F.D.I.* vol. 45 (1999), pp. 137-138

¹⁸ F. Poirat, « Territoire » in D. Alland et S. Rials (Dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF/Lamy, 2003, p. 1476

¹⁹ A cet égard, l'effectivité du contrôle a pu être qualifiée de « critère glouton », absorbant les autres critères en ce que la population et le territoire apparaissent comme l'objet et la limite spatiale du pouvoir exercé par le gouvernement. V. F. Couveinhas-Matsumoto, *L'effectivité en droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 255. Suivant cette perspective, la population et le territoire sont les simples « reflets de la souveraineté », O. Beaud, *La puissance de l'Etat*, *op. cit.*, p. 124. « [L]'Etat d'aujourd'hui est une notion de droit, non pas indépendante, mais distincte des données géographiques ou humaines. On peut seulement affirmer que le territoire localise la souveraineté, comme la population l'humanise. » *Ibid.*, p. 129

espace d'exercice de l'*imperium* étatique, et non le territoire-chose, *dominium* de l'Etat²⁰, qui importe ici. En d'autres termes, le territoire n'est pas, ici, appréhendé comme une « chose » appartenant à l'Etat, mais comme une « étendue » à raison de laquelle ce dernier exerce sa puissance suprême.

Pour autant, si l'Etat est contrôlé, il ne disparaît pas en cas de contrariété dans l'exercice de ce dernier. Celui-ci est un critère de la reconnaissance par le droit international de l'existence factuelle d'une entité politique comme ayant juridiquement la qualité d'Etat²¹, mais « la souveraineté territoriale est susceptible d'être conservée en dépit de la perte temporaire de la maîtrise du territoire »²². En de telles situations, « le principe de continuité de l'Etat joue, sur la base du postulat qu'une autorité effective sera rétablie à terme »²³. C'est le cas y compris pour les Etats dits « défaillants »²⁴, ces spectres qui n'ont plus d'Etat que le nom, mais qui conservent néanmoins leur qualité étatique, protégée par le droit international. Selon certains, « State failure epitomizes a fallacy in international law, as failed and failing States continue to be considered fully fledged sovereigns (...) »²⁵. Une « *fallacy* » peut-être, mais néanmoins nécessaire, car la perte du statut d'Etat engendrerait corrélativement la perte de la qualité de sujet de droit international et la protection que celle-ci confère vis-à-vis des autres Etats. D'où l'importance de ne pas ôter la qualité d'Etat en cas de défaillance systémique dans l'exercice du contrôle²⁶. En effet, selon la belle formule du Pr Cahin, « [s]ous la tente à oxygène de

²⁰ Sur cette distinction, v. J. Combacau et S. Sur, *Droit international public*, Paris, L.G.D.J., 13^e éd., 2019, pp. 438-440

²¹ Sous réserve des reconnaissances, fréquentes en pratique, d'Etats dépourvus de contrôle effectif, v. not. J. Charpentier, « Le phénomène étatique à travers les grandes mutations politiques contemporaines », in S.F.D.I., *L'Etat souverain à l'aube du XXI^e siècle*, Colloque de Nancy, Paris, Pedone, 1994, p. 15, commentant la résolution 2592 (XXIV) de l'Assemblée générale des Nations Unies : « Ont été créés, universellement reconnus et admis à l'ONU, une centaine d'Etats indépendamment de toute appréciation sur leur aptitude à en exercer les fonctions ; imperméables à toute exigence d'effectivité, même à l'égard des micro-Etats qui en étaient le plus dépourvus, l'Assemblée Générale, emportée par sa passion de décolonisation, a exprimé "sa conviction que les questions de superficie, d'isolement géographique et de ressources limitées ne doivent retarder en aucune façon l'application à ces territoires de la Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux" » (italiques de l'auteur).

²² Virally, « Panorama... », *op. cit.*, p. 142

²³ H. Ruiz-Fabri, « Genèse et disparition de l'Etat à l'époque contemporaine », *A.F.D.I.* vol. 38 (1992), p. 159

²⁴ Pour une approche du problème, v. G. Cahin, « L'Etat défaillant en droit international : quel régime pour quelle notion ? » in *Droit du pouvoir, pouvoir du droit. Mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 177-209 et « Reconstruction et construction de l'Etat en droit international », *R.C.A.D.I.* vol. 411 (2020), pp. 75 s. ; S. Sur, « Sur les "Etats défaillants" », *Commentaire*, n°112, hiver 2005, pp. 891-900. V. le développement sur la notion *infra*, Chap. 1, III., §1, B.

²⁵ Ch. Giorgetti, « Why should international law be concerned about State failure? », *ILSA Journal of international and comparative law*, vol. 16 (2010), p. 479.

²⁶ Ch. Giorgetti note elle-même que « it is necessary to recognize that a State does not cease to exist because certain characteristics that made its existence possible are no longer present », *ibid.*, p. 481.

l'organisation mondiale, l'Etat sans organes n'est pas débranché, car son peuple bat toujours »²⁷.

Partant, peu regardant sur la réalité factuelle, le droit international, ayant intégré l'entité politique comme Etat, la considère comme tel, à travers le masque de la souveraineté qui, « construit[e] à partir de la réalité sociale pour la rendre intelligible, et (...) en [en] fournissant une interprétation plus qu'un reflet, peut par là-même déformer le réel, ne pas en traduire tous les aspects, et encore moins en suivre toutes les transformations dans le temps »²⁸. C'est là la conséquence d'un formalisme juridique se détachant de la réalité factuelle d'une situation, détachement pouvant mener à la contradiction²⁹ entre le droit et le fait qu'il entend stabiliser.

§2. La notion de contrôle

Le contrôle est donc considéré comme une donnée inhérente à l'Etat, quasi-synonyme de « présence étatique sur un territoire », et il est commun de parler de contrôle « effectif » pour désigner l'emprise de la puissance étatique sur son territoire. Malgré son utilisation commune, la notion de contrôle « effectif » de l'Etat sur son territoire apparaît comme une notion nébuleuse. A cet égard, il faut en premier lieu relever l'ambivalence du terme « contrôle », dont l'effectivité, prise au sens littéral, n'est qu'un aspect. En effet, le contrôle est *présumé*, car intégré dans l'acception de l'Etat que retient le droit international, sans pour autant être nécessairement *avéré* dans les faits, c'est-à-dire sans pour autant produire un effet réel. Qualité abstraite d'un être fictif, le contrôle est battu par la réalité humaine qui anime l'Etat. On retrouve cette dualité du contrôle dans sa définition usuelle³⁰, où il est à la fois le « pouvoir de diriger »

²⁷ G. Cahin, « Reconstruction et construction... », *op. cit.*, pp. 103-104

²⁸ *Ibid.*, p. 45, citant M. Virally « Une pierre d'angle qui résiste au temps : avatars et pérennité de l'idée de souveraineté », in *Les relations internationales dans un monde en mutation*, Genève, Institut universitaire des hautes études internationales, 1977, pp. 179-195

²⁹ M. Chemillier-Gendreau, « A propos de l'effectivité en droit international », *R.B.D.I.*, 1975-1, p. 38-39 : « Le droit international comme les autres branches du droit est une forme : les situations n'y sont reconnues que sur la base de titres juridiques eux-mêmes admis comme valides (ou invalidés) en fonction d'un certain nombre de conditions de régularité. (...) Le but de ce formalisme semble être d'assurer une certaine stabilité des situations juridiques, mais l'adéquation du droit au fait est le plus souvent éphémère en raison même du mouvement qui anime les situations concrètes et elle ne peut se produire vraiment qu'au moment de la formulation de la norme, c'est-à-dire au moment de la solution de ce que Charles Chaumont dénomme la contradiction primitive : passage de l'être au devoir-être. » (Nous soulignons).

³⁰ Définition usuelle du sens anglophone de « *control* », qui s'est ajoutée au sens de « contrôle » en français qui, originellement, ne désignait que la vérification, le « contre-rôle ». On trouve une critique de cette polysémie dans le *Dictionnaire Lalande*, qui indique que « ce sens [de contrôle comme vérification] est le seul correct en français, où il reste très vivant. Mais souvent la difficulté de rendre l'anglais *to control* [note : Qui veut dire non seulement contrôler, mais commander à, diriger, avoir la haute main sur une affaire ; contenir, réprimer, maîtriser. Cf. les expressions *self-control*, maîtrise de soi ; *birth-control*, limitation volontaire des naissances,

(Larousse) et le « fait de maîtriser » (Robert). « Pouvoir de diriger », le contrôle n'est pas encore mis en œuvre, il est à l'état de *virtualité*³¹, c'est-à-dire qu'il est capable de produire certains effets sans les produire pour autant³². En ce sens, la virtualité n'a rien de chimérique ; elle est une réalité dont la concrétisation est latente. « Fait de maîtriser », le contrôle est alors une *effectivité*³³, sa virtualité a été matérialisée par le comportement actif de l'Etat, le faisant passer de l'éther du fictif à la concrétisation de la réalité³⁴.

Le « contrôle effectif », bien connu des internationalistes³⁵, est donc réputé exister sur un territoire dès lors qu'y repose une entité étatique relativement stable. Il est présumé, mais sans nécessairement que l'on en perçoive les contours et implications : « Nul ne peut dire à quoi renvoie exactement l'effectivité de l'Etat ou le pouvoir effectif, quel pourcentage de territoire

etc.], ou même l'ignorance du sens exact de cette expression, ont conduit des traducteurs français à se servir de *contrôler* et même de *contrôle*, dans des phrases qui ne comportaient pas l'emploi de ce mot. Cette méprise s'est généralisée dans la langue des affaires, de l'administration, du journalisme (« le contrôle d'une entreprise industrielle », « le contrôle des changes », etc.) », Lalande (A.) (Dir.), *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, PUF, 2^e édition « Quadrige », 2006, p. 186.

Aujourd'hui, le sens communément admis de « contrôle » inclut l'acception anglophone, qui entend par « control » « *The power to influence or direct people's behaviour or the course of events* » (définition du *UK Dictionary* du site Lexico de l'Université d'Oxford, disponible en ligne : <https://www.lexico.com/definition/control>). C'est donc cette acception qui renvoie davantage à la maîtrise qu'à la vérification que nous retenons, même s'il est vrai que la maîtrise des comportements peut impliquer leur vérification et inversement.

³¹ Selon le Trésor de la langue française, « Puissance, force, pouvoir capable de produire certains effets, mais ne les produisant pas actuellement », définition disponible en ligne : <https://www.cnrtl.fr/definition/virtualit%C3%A9>

³² Dans son opinion concordante sous l'arrêt *Assanidzé c. Géorgie* (C.E.D.H., 2004), le juge Loucaides définit la juridiction au sens du droit européen des droits de l'homme comme signifiant « l'autorité réelle – c'est-à-dire la *possibilité* d'imposer la volonté de l'Etat à tout individu » (nous soulignons).

³³ Selon le Trésor de la langue française, « Caractère de ce qui est effectif. » Effectif : « Qui produit un effet réel. » Définitions disponibles en ligne : <https://www.cnrtl.fr/definition/effectivit%C3%A9>

³⁴ Certes le contrôle comme virtualité produit déjà, en soi, un effet réel, qui est effectif dans le sens où il peut agir comme une dissuasion vis-à-vis de velléités illicites des individus ; on pourrait, à cet égard, parler de « virtualité prophylactique », ou comminatoire. Concrètement, la virtualité du contrôle, c'est-à-dire la *possibilité* d'une intervention étatique, pourra détourner le malfrat de la commission d'un comportement qui porterait atteinte à un intérêt protégé par une obligation internationale de l'Etat. En cela, la virtualité elle-même, avant sa matérialisation, produit un effet réel, et donc est une effectivité.

³⁵ Le « contrôle effectif » désigne plusieurs situations en droit international, dont il ne sera pas question dans les développements suivants. Ainsi, est écarté le « contrôle effectif » comme critère d'imputation à l'Etat de comportements individuels sur lesquels il exerce un tel contrôle (dégagé par la Cour internationale de Justice, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), *C.I.J. Rec.* 1986, §115). Ce contrôle est exercé sur l'individu de sorte que le comportement de ce dernier est perçu comme celui de l'Etat par le truchement du contrôle qu'il exerce sur ledit comportement ; le contrôle est à l'origine du comportement de l'individu. A l'inverse, le contrôle par l'Etat sur son territoire vise à maîtriser un comportement extérieur à la volonté de l'Etat. De même, est écarté le « contrôle effectif » comme mode d'acquisition d'un territoire qualifié de *terra nullius* (notamment à l'époque coloniale, condition de « l'existence d'une autorité suffisante pour faire respecter les droits acquis » afin que l'occupation nouvelle soit considérée comme effective, art. 35 de l'Acte général de la Conférence de Berlin de 1885, disponible en ligne : <https://mjp.univ-perp.fr/traites/1885berlin.htm>).

ou de population cela signifie contrôler, pendant combien de temps, dans quels domaines de la vie pratique, etc. »³⁶.

S'agissant du contrôle s'exerçant sur les individus, le maillage extrêmement dense et complexe des comportements humains exclut non seulement la possibilité pour l'Etat de tout contrôler, ce qui requerrait une omniscience et une omnipotence dignes du *Big Brother* orwellien, mais également celle de tracer une nette démarcation, dans l'abstrait, entre les situations que l'Etat aurait pu ou devait contrôler, et celles sortant de son champ opératoire. L'Etat n'ayant pas prévenu un meurtre dans une sombre ruelle de sa capitale a-t-il failli à contrôler les comportements humains sur son territoire ? En un sens oui, mais la situation semble faire partie des aléas de la vie auxquels un Etat ne peut faire face, ou du moins ne peut avoir à répondre devant le droit international. Mais qu'en est-il si la victime avait prévenu les autorités étatiques d'une menace planant sur elle et que celles-ci sont restées inertes ? L'Etat est-il, dès lors, responsable d'une violation de son droit à la vie ? Et si ce n'est plus une victime, mais des dizaines à travers tout le territoire, l'ampleur du crime est-elle révélatrice d'une défaillance de l'Etat dont il doit répondre ? Et si l'Etat, sachant que de telles exactions se déroulent sur son territoire, n'est pas capable d'y mettre fin, en dépit de ses efforts ?

Ces questions sont sans fin, et leur réponse est évidemment casuistique ; elle ne saurait être générale ni abstraite. Chaque situation a ses particularités, et le rôle du juriste est de les apprécier à l'aune de la généralité du droit afin d'en tirer une solution issue de sa confrontation aux faits. Le contrôle est au cœur de cette confrontation : mêlant les faits au droit, son existence est attachée à l'Etat comme une présomption *juridique* découlant de sa qualité étatique (il y a Etat car il y a contrôle, et donc il y a contrôle s'il y a Etat), tandis que sa traduction *dans les faits* est au cœur de ses devoirs internationaux portant sur son territoire. Il convient, dès lors, de prendre en compte la réalité qui se cache derrière le « contrôle » comme notion abstraite. Réalité démographique, d'abord, des milliers, millions, voire milliards, d'individus situés sur le territoire de l'Etat créent un maillage de comportements dont la densité et la complexité varient, entre la population vaticane et la population indienne. Réalité géographique, ensuite, l'étendue du territoire varie considérablement selon les Etats, de même que sa géomorphologie, et le contrôle exercé sur celui-ci peut varier selon qu'il porte sur le territoire luxembourgeois ou le territoire russe. Réalité matérielle, aussi, tous les Etats n'ont pas les mêmes moyens, et leur capacité à surveiller les agissements et à les contrôler le cas échéant varie, entre la police états-

³⁶ F. Couveinhes-Matsumoto, *L'effectivité...*, *op. cit.*, p. 256

unienne et la police albanaise. Réalité politique, enfin, la plénitude du contrôle varie selon les oppositions politiques, parfois irrédentistes, que peut rencontrer l'Etat, entre l'union du territoire français³⁷ et la fragmentation du territoire moldave.

C'est avec cette ambiguïté de la notion de contrôle en tête, son ambivalence entre la virtualité et l'effectivité, et sa ductilité suivant la situation, qu'il convient d'aborder l'obligation de mise en œuvre de contrôle.

§3. L'obligation de mise en œuvre du contrôle

Reconnu par le droit international comme entité assise sur un territoire qu'elle contrôle, l'Etat est souverain, c'est-à-dire qu'il n'est l'assujéti d'aucun sujet³⁸. La souveraineté territoriale de l'Etat est une liberté, consacrant l'incompétence de tous les autres sur son territoire ; c'est la traduction juridique de l'indépendance de fait. Cependant, la coexistence des Etats nécessite que leur incompétence quant aux comportements se déroulant sur un territoire qui n'est pas le leur ne se double pas d'une liberté absolue de l'Etat territorial. Au contraire, selon le célèbre *dictum* de Max Huber, son « droit a pour corollaire un devoir : l'obligation de protéger à l'intérieur du territoire, les droits des autres Etats, en particulier leur droit à l'intégrité et à l'inviolabilité en temps de paix et en temps de guerre, ainsi que les droits que chaque Etat peut réclamer pour ses nationaux en territoire étranger. »³⁹

La mise en œuvre par l'Etat de son contrôle apparaît alors comme étant le pendant positif de l'acception négative (absence d'autorité supérieure à celle de l'Etat) de la souveraineté. Plus encore, elle est le point de friction entre les acceptions interne et externe de la souveraineté, au cœur de l' « unité du système » : « [L]a souveraineté interne, qui signifie la domination à l'intérieur du territoire, présuppose la souveraineté internationale qui exclut le pouvoir de

³⁷ Sous réserve de ce que certains politistes appellent les « zones grises » (*i.e.* soustraites en tout ou partie à l'intervention de l'Etat), qui, s'agissant de la France, seraient « les cités à risque, ou les « villages gris » en France », v. G. Minassian, *Zones grises. Quand les Etats perdent le contrôle*, Paris, CNRS Éditions, coll. « Biblis », 2018, pp. 103-126

³⁸ J. Combacau, « Pas une puissance, une liberté : la souveraineté internationale de l'Etat », *Pouvoirs*, n°67, 1993, p. 50

³⁹ C.P.A., 1928, *Île de Palmas* (Etats-Unis c. Pays-Bas), trad. Rousseau, *R.G.D.I.P.* t. 42 (1935), p. 164

Cette idée n'est pas nouvelle. Dès 1812, la Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique énonce que « les pouvoirs que détient en vertu de son titre territorial l'entité qui en est la détentrice s'accompagnent d'obligations dues aux autres Etats » parce qu' « une Nation serait, en effet, considérée comme indigne de confiance » si elle utilisait « soudainement et sans avertissement son pouvoir territorial d'une manière contraire aux usages et obligations reconnues par le monde civilisé », *The Exchange v. McFaddon* (1812), 11 U.S. 116, cité et traduit par Th. Fleury Graff, *Etat et territoire en droit international – L'exemple de la construction du territoire des Etats-Unis (1789-1914)*, Paris, Pedone, 2013, p. 262

domination d'un Etat tiers, de même que la souveraineté internationale implique la souveraineté interne pour pouvoir être effective »⁴⁰. L'obligation de contrôle est inhérente à la souveraineté et apparaît avec elle⁴¹. Exigée en raison de la souveraineté externe (l'Etat doit agir car nul autre ne le peut), elle est rendue possible par l'existence de la souveraineté interne (l'Etat peut agir car il détient la puissance nécessaire).

Partant, « [à] l'intérieur de son espace, pris comme champ des activités des sujets internes et de sa compétence pour les canaliser, l'Etat doit user de ses pouvoirs impériaux pour prévenir, dans les limites qu'ont précisées la pratique et la jurisprudence, les agissements de personnes qui sont de nature à porter atteinte aux droits des autres Etats. »⁴²

Il apparaît ainsi que la mise en œuvre du contrôle vise à garantir l'innocuité du territoire étatique, principalement via la protection de l'individu, ainsi que celle des autres Etats. Cette protection exige un comportement actif de l'Etat, « [o]n ne peut présumer que le droit international, dont la structure n'est pas basée sur une organisation super-étatique, réduise un

⁴⁰ O. Beaud, *La puissance de l'Etat*, op. cit., p. 17

⁴¹ V. par exemple S.A., 1925, *Iloilo (Plusieurs sujets britanniques (Grande-Bretagne) c. Etats-Unis d'Amérique)*, R.S.A., vol. VI, pp. 158 s. où le tribunal arbitral estime que les Etats-Unis ne sont pas responsables pour le comportement d'insurgés philippins sur l'île d'Iloilo, car ils n'avaient pas encore acquis la souveraineté sur l'île au moment des faits : « *We are of opinion that there was no duty upon the United States under the terms of the Protocol, or of the then unratified treaty, or otherwise, to assume control at Iloilo. De jure there was no sovereignty over the islands until the treaty was ratified* ». *A contrario*, si souveraineté il y avait eu, le devoir de contrôle aurait été opposable aux Etats-Unis d'Amérique.

⁴² J. Combacau et S. Sur, *Droit international public*, Paris, L.G.D.J., 13^e éd., 2019, p. 466. Des obligations territoriales à raison du territoire-chose sont présentées p. 467 du manuel, pour des agissements « publics ou privés ». Toutefois, nous considérons que cette présentation ne convient pas car les agissements *privés* relèvent de l'obligation territoriale à raison du territoire-étendue et non du territoire-chose, de l'*imperium* et non du *dominium*. Du reste, le manuel oscille entre les deux conceptions du territoire, en considérant que l'Etat devra faire usage de ses pouvoirs « domaniaux ou impériaux » (p. 467).

En effet au regard du contrôle, et de l'obligation de l'Etat vis-à-vis d'agissements privés, seul le territoire-étendue est pertinent, car le critère de distinction pour les obligations de l'Etat territorial entre territoire-étendue et territoire-chose est l'auteur du comportement : territoire-étendue si l'auteur est extérieur à l'appareil étatique (est alors en cause le contrôle par l'Etat sur les comportements privés se déroulant sur son territoire, son *imperium*) ; territoire-chose si l'auteur est l'Etat (est alors en cause l'utilisation que l'Etat fait lui-même de son territoire). Pour prendre l'exemple d'une usine polluant l'atmosphère de l'Etat frontalier, si l'usine est étatique c'est le *dominium* qui est en cause, l'Etat ne doit pas utiliser son territoire-chose d'une manière à nuire à un autre Etat ; si l'usine est privée, c'est l'*imperium* qui est en cause, l'Etat doit contrôler le comportement de ses sujets sur son territoire afin qu'il ne nuise pas à un autre Etat. Certes l'activité a pour objet « une parcelle » du territoire et donc il est tentant de considérer qu'il y a utilisation du territoire comme chose, mais si l'utilisation est privée, du point de vue de l'obligation de l'Etat, ce n'est pas l'utilisation du territoire qui est en cause (puisque ce n'est pas lui qui « utilise » le territoire, mais une entité privée), mais la mise en œuvre de son *imperium* pour canaliser cette utilisation par une entité privée.

En ce sens, la nature de l'activité importe peu. Qu'il s'agisse de contrôler le comportement d'individus commettant une prise d'otages (v. par ex. l'affaire des *Otages à Téhéran* mentionnée *infra*), ou d'individus opérant dans une usine polluant l'atmosphère (v. par ex. l'affaire de la *Trail Smelter* mentionnée *infra*), c'est toujours l'*imperium* qui sera en cause car il s'agit toujours d'un comportement d'un sujet interne organiquement extérieur à l'Etat qui doit être contrôlé par lui, en raison du fait que ce comportement a lieu sur son territoire.

droit tel que la souveraineté territoriale – auquel se rattachent presque tous les rapports internationaux – à la catégorie d'un droit abstrait, dépourvu de manifestations concrètes. »⁴³

Le territoire contrôlé par l'Etat ne forme pas une sphère opaque occultant ses agissements vis-à-vis des yeux indiscrets de ses pairs. Au contraire, ceux-ci peuvent avoir un intérêt au contrôle dont il est question et, le cas échéant, exiger de l'Etat territorial un certain comportement.

Cet intérêt commun au contrôle par l'Etat sur son territoire renvoie, outre les intérêts individuels des autres Etats, à l'exigence de la garantie d'un « ordre public », entendu comme « un objet (...) qu'il appartient à la police (...) de maintenir ou de rétablir contre les troubles qui pourraient l'affecter ou l'affectent déjà ; c'est l'ordre compris comme le contraire du désordre auquel peuvent donner lieu des agissements matériels : désordre primitif résultant du comportement réel ou virtuel des sujets, et contre quoi précisément se définit un ordre policant leurs conduites, et limitant par conséquent leurs libertés. »⁴⁴ Notion bien connue du droit interne, l'ordre public est également présent en droit international, les « agissements matériels » des sujets sur le territoire d'un Etat pouvant le troubler. A cet égard, l'action du Conseil de sécurité des Nations Unies semble tout entière portée vers la garantie de l'ordre public. « [C]et ordre international là, centré sur la paix et la sécurité internationales, finit par y inclure la considération du bien-être des individus (ou, plus vraisemblablement, l'intolérance à un trop grand mal-être des individus). »⁴⁵ Mais en amont de l'intervention du Conseil – qui n'intervient qu'en présence d'une menace contre la paix et la sécurité internationales, ou en cas de rupture de celles-ci – chaque Etat doit maintenir l'ordre sur son territoire, en contrôlant les comportements individuels. Dans ce sens, « l'ordre public, c'est *law and order*, c'est un état dont la réalisation et le maintien appellent une action, et ses techniques de protection comportent nécessairement une détermination des conduites matérielles des sujets. Détermination par des règles d'abord (...), détermination par des décisions individuelles ensuite

⁴³ *Ibid.*, p. 165

⁴⁴ J. Combacau, « Conclusions générales », in M.-J. Redor (dir.), *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Actes du colloque de Caen des jeudi 11 et vendredi 12 mai 2000, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 419

⁴⁵ H. Ruiz Fabri, « L'ordre public et le droit international », in M.-J. Redor (dir.), *L'ordre public... op. cit.*, p. 99. L'auteur souligne que cette conception mène à observer et, le cas échéant, agir dans la sphère interne de l'Etat, « on en est venu à considérer que la paix internationale pouvait être troublée par des conflits internes. Certes, il y a généralement un effort dans l'opération de qualification pour trouver un point de rattachement international à la situation (ainsi, on invoquera le risque de déstabilisation de la région, par exemple en raison des vagues de réfugiés provoquées par le conflit. Il reste que l'on s'intéresse de plus en plus à ce qui se passe à l'intérieur des Etats. Au nom de l'ordre international (entendre « public »), on entre dans ce qui était traditionnellement considéré comme la « sphère privée » des Etats », p. 105.

(...), enfin détermination par des agissements matériels des autorités publiques destinés à assurer la réalisation des unes et des autres »⁴⁶.

Cet ordre public a vu son contenu évoluer. Si le droit international est en principe indifférent à la face interne de l'Etat, c'est-à-dire à ce qui se déroule sur son territoire, ne s'occupant que de sa face externe, de son « masque »⁴⁷ confronté à celui de ses pairs, ce principe est de plus en plus battu en brèche. Classiquement, il connaissait déjà des exceptions lorsque le déroulement des affaires intérieures affectait un autre Etat⁴⁸ : atteinte à ses nationaux, préparation d'activités lui étant hostiles, exploitation nuisant à son environnement... Mais la mutation axiologique du droit international post-Seconde guerre mondiale⁴⁹, avec en tête la promotion des droits de l'homme, a considérablement réduit cette indifférence originelle : « L'écran de l'Etat, séparant droit interne et droit international, affaires intérieures et relations internationales, se trouve transpercé. Le droit international pénètre au cœur même du sanctuaire de la souveraineté : les rapports de l'Etat avec ses nationaux et, plus généralement, entre l'appareil d'Etat et la population »⁵⁰. Le nombre des situations se déroulant sur le territoire de l'Etat et intéressant le droit international grandissant, les obligations de l'Etat lui imposant d'user de sa compétence territoriale⁵¹ à travers la mise en œuvre de son contrôle ont eu une importance croissante⁵².

⁴⁶ J. Combacau, « Conclusions générales », in M.-J. Redor (dir.), *L'ordre public...*, *op. cit.*, p. 422

⁴⁷ Selon l'expression du Pr Sur, s'agissant de la volonté de l'Etat, « le terme de volontarisme renvoie, non à une image, mais à une fiction, un masque, et le droit est science des masques. La tâche du juriste ne consiste pas à lever les masques, même s'il peut les identifier et les qualifier comme tels. Elle consiste à voir ce qu'ils représentent et comment ils représentent. » v. S. Sur, « Quelques observations sur les normes juridiques internationales », *R.G.D.I.P.* t. 89 (1985), p. 925

⁴⁸ Selon la vision classique, « le droit des gens n'accorde pas de droit aux individus ; mais il peut imposer, et en réalité il impose aux Etats des devoirs, qui regardent leur façon de se comporter vis-à-vis des individus (...) l'obligation de l'Etat n'existe pas envers les individus, elle existe à l'égard d'un autre Etat, auquel appartient le droit d'exiger que le premier traite les individus dont il s'agit de la manière voulue, et pas autrement. » D. Anzilotti, « La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangers », *R.G.D.I.P.* t. 13 (1906), p. 6

⁴⁹ V. P. Weil, « Le droit international en quête de son identité : cours général de droit international public », *R.C.A.D.I.* vol. 237 (1992), pp. 28-30 (le commencement du changement entre droit international classique et droit international contemporain y est daté en 1917 avec la révolution d'Octobre).

⁵⁰ M. Virally, « Panorama... », *op. cit.* p. 124

⁵¹ Plus exactement, d'user de ses pouvoirs, car « la compétence est le titre juridique qui fonde un individu à exercer un pouvoir, et donc indirectement une action. La compétence est donc le titre de pouvoir, tandis que le pouvoir est l'attribution ou la somme d'attributions autorisées par le droit de la compétence » O. Beaud, *La puissance de l'Etat*, Paris, PUF, Coll. Léviathan, 1994, p. 169. Sur la notion d' « exercice des compétences internationales de l'Etat », et la distinction entre la règle de compétence internationale et la règle internationale prescrivant un comportement donné à l'Etat, v. F. Poirat, « Rapport sur l'exercice des compétences internationales de l'Etat », in S.F.D.I., *Les compétences de l'Etat en droit international*, Colloque de Rennes, Paris, Pedone, 2006, pp. 203-238.

⁵² V. P.-M. Dupuy, « L'obligation en droit international », *Archives de philosophie du droit*, t. 44 (2000), p. 218 : « Le statut de l'obligation en droit international est plus que jamais à saisir dans ce porte-à-faux entre

En résumé, l'Etat est réputé exercer un contrôle sur son territoire – bien que ce que recouvre ce « contrôle » ne soit pas précisément identifié – et, partant, doit l'exercer lorsqu'une situation se déroulant sur son territoire est susceptible de porter atteinte à un intérêt protégé par le droit international. Partant de ce constat global, il convient de s'interroger sur ses implications pour l'Etat vis-à-vis des comportements individuels se déroulant sur son territoire. De là, une tension apparaît, entre les limites de l'Etat inhérentes à son origine humaine⁵³ et son obligation de garantir l'innocuité de son territoire. L'Etat ne peut contrôler chaque action individuelle, ce qui, soit dit en passant, n'est pas souhaitable pour l'individu, qui gagnerait en sécurité ce qu'il perdrait en liberté. Fardeau pour l'Etat, danger pour l'individu, le contrôle ne peut en principe revêtir une acception absolue. Toutefois, celui-ci ne peut rester une chimère, sous peine de léser systématiquement des intérêts internationalement protégés du fait de l'absence de régulation des comportements individuels.

Cela mène à poser la question suivante : de quelle manière cette tension entre l'exigence de contrôle et les limites de l'Etat se traduit-elle dans l'obligation internationale de l'Etat de contrôler son territoire ?

Afin d'esquisser des éléments de réponse, il sera étudié que cette tension irrigue l'obligation de contrôle à deux niveaux. Dans la phase de maintien du contrôle, d'abord, c'est-à-dire l'opération par laquelle l'Etat met en œuvre son contrôle afin de maîtriser le comportement de population (Chapitre 1). En cas de perte du contrôle, ensuite, lorsque le rapport de force entre l'Etat et sa population s'inverse en faveur de cette dernière (Chapitre 2).

souveraineté et communauté, formalisme et substantialisme, primat de la volonté individuelle de chaque État et affirmation plus ou moins cohérente de ce qu'on devrait appeler les droits de l'homme en l'Humanité ».

⁵³ Comme le rappelle Kelsen, c'est bien l'individu qui, en dernière analyse, assume et accomplit les obligations internationales. « L'affirmation que les Etats sont les sujets du droit international ne signifie pas que les individus ne sont pas les sujets des obligations, responsabilités et droits subjectifs établis par le droit international. Elle signifie seulement (...) que les individus sont indirectement et collectivement, en leur qualité d'organes ou de membres de l'Etat, les sujets des obligations, responsabilités et droits subjectifs présentés comme les obligations, responsabilités et droits subjectifs de la personne juridique de l'Etat. » H. Kelsen, « Théorie du droit international public », *R.C.A.D.I.* vol. 84 (1953), p. 85.

Chapitre 1. Le maintien du contrôle

Commençons, donc, par le maintien de son contrôle par l'Etat. Nous l'avons vu, l'Etat comme structure implantée sur une assiette territoriale est présumé exercer un contrôle sur cette dernière. Cette présomption fonde sa capacité de contracter des obligations internationales dont le contenu implique un certain comportement de sa part vis-à-vis de la population résidant sur son territoire. Ce sont donc des obligations de mettre en œuvre ce dont il dispose, à savoir le contrôle. Le maintien du contrôle s'entend ici comme la matérialisation occasionnelle de son contrôle par l'Etat, par hypothèse à travers l'action de ses forces de police, lorsqu'un comportement individuel est susceptible de porter atteinte à des intérêts protégés par le droit international. L'idée ici est que l'Etat, en maintenant son contrôle, garantit l'innocuité de son territoire en bridant les comportements individuels.

De la sorte, le « contrôle », notion abstraite, sera concrétisé en empêchant une usine de polluer, un terroriste de fomenter quelque attentat, des individus de détruire un investissement étranger, etc. La liste pourrait continuer sur plusieurs pages, car tout comme le droit international contemporain, le contrôle régit de nombreux aspects de la vie des individus, afin que le comportement de ceux-ci ne porte pas atteinte à des intérêts protégés par le droit international. Ce sont ces intérêts qui constituent l'objet du devoir de contrôle (I), pour la protection desquels l'Etat doit être vigilant (II), devoir dont la méconnaissance peut fonder, le cas échéant, l'engagement de la responsabilité internationale de l'Etat (III).

I. L'objet du contrôle de l'Etat

Le développement du droit international a vu apparaître une kyrielle d'obligations portant sur le territoire de l'Etat et nécessitant une mise en œuvre de son contrôle. Cette mise en œuvre implique une action de l'Etat, un comportement actif, positif, qui s'inscrit dans la catégorie des « obligations positives »⁵⁴. C'est dans chacune de ces obligations que réside le devoir de contrôle, comme comportement nécessaire à leur accomplissement. Ainsi, lorsque l'on parle d'« obligation de contrôle » de l'Etat, il s'agit de la somme de ses diverses obligations internationales pour l'accomplissement desquelles il doit mettre en œuvre son contrôle.

⁵⁴ V. sur ce sujet la présentation de R. Pisillo Mazzeschi, « Responsabilité de l'Etat... », *op. cit.*, pp. 224 s., « par obligations internationales positives on entend les obligations internationales qui imposent à l'Etat d'accomplir certaines actions ou certaines prestations ; à savoir, les obligations de faire ou les obligations d'intervention. »

Ces obligations ont, à l'image du droit international contemporain, deux principaux destinataires, à savoir l'individu et l'Etat, dont la protection de leurs droits est l'objet du devoir de contrôle. C'est cette protection qui fonde l'exigence de contrôle. En effet, les comportements se déroulant sur le territoire de l'Etat ne doivent être attentatoires ni aux droits de l'Etat tiers, ni à ceux de l'individu. Si l'atteinte au second peut se traduire par une atteinte au premier (par exemple, en cas de violation des droits de son national), il est possible de distinguer les obligations suivant que la protection de l'individu (A) ou celle de l'Etat tiers (B) est la plus saillante.

§1. La protection des droits de l'individu

Pour commencer par la protection de l'individu⁵⁵, « c'est bien parce que l'obligation de respecter le droit international concerne les *droits des individus* qu'elle contraint à une réflexion sur leur sanction à l'intérieur du cercle de souveraineté du détenteur d'un titre territorial »⁵⁶. A cet égard, le contrôle par l'Etat sur son territoire porte sur la protection de l'individu en tant qu'être humain (A), ou en tant qu'étranger (B).

A. La protection des droits de l'être humain

L'Etat doit d'abord faire respecter les droits de l'homme sur son territoire⁵⁷. Protégeant l'individu face à l'Etat, ceux-ci protègent également l'individu face à son prochain. L'Etat revêt alors ses habits de protecteur, rangeant ceux de persécuteur. C'est l'« effet horizontal » des droits de l'homme⁵⁸, inspiré de la théorie allemande de la *Drittwirkung*, qui fonde l'application des instruments de protection des droits de l'homme dans les relations interindividuelles. Il en découle que la protection des droits de l'homme non seulement requiert de l'Etat qu'il ne les méconnaisse pas lui-même, mais « it also requires the government to conduct itself so as to

⁵⁵ V. pour une réflexion synoptique sur le sujet D. Alland, « *Observations sur le devoir international de protection de l'individu* », in *Libertés, justice, tolérance – Mélanges Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, vol. I, pp. 13-30

⁵⁶ Th. Fleury Graff, *Etat et territoire en droit international – L'exemple de la construction du territoire des Etats-Unis (1789-1914)*, Paris, Pedone, 2013, p. 266 (italiques de l'auteur).

⁵⁷ Pour rappel, la « juridiction » de l'Etat, critère d'application *ratione loci* des instruments protecteurs des droits de l'homme, est « principalement territoriale », selon la C.E.D.H., dans son arrêt de 2002, *Banković et autres c. Belgique et autres*, §59. V., à propos du Pacte international sur les droits civils et politiques, C.I.J., 2004, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, C.I.J. Rec. 2004, p. 179, « la compétence des Etats est avant tout territoriale ».

⁵⁸ V. pour une présentation de la notion F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, PUF, 13^e éd., 2016, pp. 257 s.

effectively ensure the free and full exercise of human rights »⁵⁹. L'Etat doit donc « adopter des mesures raisonnables et adéquates pour protéger les droits de l'individu »⁶⁰. Tout comportement individuel est susceptible de faire l'objet du contrôle de l'Etat lorsqu'il porte atteinte aux droits d'autres individus. Ainsi à propos de violences domestiques, « l'Etat ayant l'obligation positive de *mettre en œuvre préventivement des mesures d'ordre pratique* pour protéger l'individu dont la vie est menacée, on pouvait attendre des autorités aux prises avec un suspect connu pour avoir commis des actes de violence qu'elles adoptent des dispositions particulières en vue de fournir à la mère de l'intéressée une protection adéquate en rapport avec la gravité de la situation »⁶¹. De même, s'agissant de mauvais traitements par le personnel éducatif dans des écoles, « les mesures requises doivent au moins permettre une *protection efficace*, notamment des enfants et autres personnes vulnérables, et inclure des *mesures raisonnables* pour empêcher des mauvais traitements »⁶², l'adoption de ces mesures étant une « obligation, inhérente à leur (les autorités étatiques) mission »⁶³. De même pour le droit de manifester⁶⁴, la liberté d'association⁶⁵, etc.

Le contrôle doit donc être mis en œuvre vis-à-vis des individus pour les protéger les uns par rapport aux autres, mais également vis-à-vis des autorités d'Etats tiers présentes sur le territoire : dans le cas des remises extraordinaires menées par la C.I.A. sur le territoire d'Etats membres du Conseil de l'Europe, la Cour européenne des droits de l'homme apprécie la mise en œuvre du contrôle exigée de la même manière que dans les relations interindividuelles : « Poland was required to *take measures* designed to ensure that individuals within its jurisdiction were not subjected to torture or inhuman or degrading treatment or punishment, including ill-treatment administered by *private individuals* »⁶⁶.

⁵⁹ C.I.D.H., 1988, *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, §167

⁶⁰ C.E.D.H., 1994, *López Ostra c. Espagne*, §51

⁶¹ C.E.D.H., 2009, *Opuz c. Turquie*, §148 (nous soulignons).

⁶² C.E.D.H., 2014, *O'Keefe c. Irlande*, §144 (nous soulignons).

⁶³ *Ibid.*, §146

⁶⁴ C.E.D.H., 1988, *Plattform "Ärzte für das Leben" c. Autriche*, §32 : les participants à une manifestation « doivent (...) pouvoir la tenir sans avoir à redouter des brutalités que leur infligeraient leurs adversaires », ce qui suppose un contrôle de la situation par l'Etat.

⁶⁵ C.E.D.H., 2005, *Ouranio Toxo et autres c. Grèce*, §37 : « Il incombe aux autorités publiques de garantir le bon fonctionnement d'une association ou d'un parti politique, même quand ceux-ci heurtent ou mécontentent des éléments hostiles aux idées ou revendications légales qu'ils veulent promouvoir. Leurs membres doivent pouvoir se réunir sans avoir à redouter les brutalités que leur infligeraient leurs adversaires. »

⁶⁶ C.E.D.H., 2014, *Al-Nashiri c. Pologne*, §§509 et 517 (nous soulignons)

Même lorsque l'exercice de son contrôle est empêché par la présence d'une autorité s'étant substituée à lui⁶⁷, l'Etat doit s'efforcer de mettre en œuvre le contrôle⁶⁸, de matérialiser le contrôle par la médiation de cette autorité, car les comportements individuels se situent toujours sur son territoire, sous sa « juridiction ». Il s'agit alors pour l'Etat du maintien des vestiges d'un contrôle perdu, devenu largement illusoire en ce qu'il suppose l'assentiment des individus qui devraient lui être assujettis. Il doit donc « user de tous les moyens légaux et diplomatiques dont [il] dispose pour continuer à garantir aux personnes qui vivent dans la région (échappant à son contrôle) la jouissance des droits et libertés énoncés dans la Convention »⁶⁹. Ainsi, dans l'affaire *Ilascu*, la Cour estime qu'« il était dans le pouvoir du gouvernement moldave de prendre des mesures pour assurer dans le chef des requérants le respect des droits garantis par la Convention »⁷⁰, notamment dans ses négociations avec les séparatistes⁷¹ voire avec la Fédération de Russie⁷².

Faute de pouvoir mettre en œuvre le contrôle, l'Etat peut pallier les effets néfastes de son absence, par exemple « après la réquisition par la [République moldave de Transnistrie (R.M.T.)] des anciens bâtiments des écoles concernées, le gouvernement moldave a payé le loyer et la rénovation de nouveaux locaux, de même que l'ensemble de l'équipement, les salaires du personnel et les frais de transport, ce qui a ainsi permis aux écoles de continuer à fonctionner et aux enfants de poursuivre leur apprentissage en langue moldave, même si les conditions étaient loin d'être idéales. »⁷³

⁶⁷ V. l'obligation de l'Etat de rétablir son contrôle, *infra* Chap. 2, III.

⁶⁸ Cette contradiction, selon laquelle l'Etat doit s'efforcer de mettre en œuvre un contrôle dont il ne dispose pas, de matérialiser un virtuel inexistant, n'a pas échappé à certains juges de la C.E.D.H. qui critiquent l'utilisation de la théorie des obligations positives en l'absence de contrôle. Ainsi, dans l'affaire *Ilascu*, le juge Bratza écrit au paragraphe 8 de son opinion partiellement dissidente le raisonnement suivant : « L'utilisation même de l'expression « obligations positives de l'Etat » et la référence qui est faite dans l'arrêt à la jurisprudence de la Cour au titre de l'article 1 concernant ces obligations me paraissent à la fois inutiles et trompeuses dans le contexte de la présente affaire. Cette jurisprudence – qui prend en considération le juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu ainsi que les choix à faire en termes de priorités et de ressources – a été conçue en considération d'un contexte factuel où l'Etat défendeur exerçait un contrôle complet et effectif sur l'ensemble de son territoire et où les individus se trouvant sur ce territoire relevaient indiscutablement de sa « juridiction » aux fins de la Convention. Le raisonnement de la Cour ne peut, à mon sens, être transposé tel quel à des cas de figure fondamentalement différents où des circonstances qu'il ne maîtrise pas empêchent un Etat d'exercer une quelconque autorité sur le territoire en cause et où la question centrale est de savoir si les individus qui s'y trouvent doivent être considérés comme relevant de sa « juridiction » aux fins de la Convention » (nous soulignons). Egalement relevé par G. Cohen-Jonathan, « A propos des arrêts *Assanidzé* (8 avril 2004), *Ilascu* (8 juillet 2004) et *Issa* (16 novembre 2004) – Quelques observations sur les notions de “juridiction” et d’“injonction” », *R.T.D.H.* 2005, p. 774.

⁶⁹ C.E.D.H., 2016, *Rantsev c. Moldova et Russie*, §100

⁷⁰ C.E.D.H., 2004, *Ilascu et autres c. Moldova et Russie*, §351

⁷¹ *Ibid.*, §348

⁷² *Ibid.*, §349

⁷³ *Ibid.*, §147

Ce palliatif peut également être mis en œuvre sur la partie du territoire restant sous le contrôle de l'Etat, à raison de laquelle il lui est possible de protéger sa population. Ce contrôle parcellaire fonde la possibilité d'asile interne, reconnue par le Haut-commissariat pour les réfugiés⁷⁴, dans laquelle le devoir de l'Etat de protéger sa population⁷⁵ peut être considéré comme accompli⁷⁶, bien que spatialement circonscrit à une portion seulement de son territoire. Dans cette hypothèse, « la crainte de persécution est limitée à une zone géographique précise, en dehors de laquelle cette crainte ne peut être matérialisée »⁷⁷, zone géographique où le contrôle de l'Etat n'est pas garanti. Ici, la présence d'un contrôle par l'Etat sur une partie de son territoire protège l'individu fuyant une autre partie de ce territoire où l'Etat a perdu le contrôle, et pallie cette perte de contrôle. Par exemple, la Cour nationale du droit d'asile note, face à la demande d'un ressortissant du Ghana, que ce dernier pouvait trouver une protection face au groupe politique duquel il craignait les persécutions, dans la ville de Kumasi, car « la situation est restée calme et sous contrôle dans cette ville »⁷⁸. Le devoir de protection de l'Etat était donc assuré. Reste que cette protection doit être effective, ce qui nécessite, le cas échéant, une mise en œuvre du contrôle⁷⁹.

B. La protection de l'étranger

Au-delà des droits de l'homme, la mise en œuvre du contrôle protège l'individu en tant qu'étranger, *i.e.* en sa qualité de ressortissant d'un Etat tiers. Ainsi, face aux atteintes menaçant un investissement étranger sur son territoire, « the obligation incumbent on [the host state] is an obligation of vigilance, in the sense that [the host state] shall *take all measures necessary* to ensure the full enjoyment of protection and security of its [*sic*] investments »⁸⁰. Cette

⁷⁴ H.C.R., *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*, HCR/1P/4/FRE/REV/1, §91.

⁷⁵ Doc. N. U., E/CN.4/1998/53/Add.2, Commission des droits de l'homme, 16 octobre 1998, « Principes directeurs relatifs au déplacement de personnes à l'intérieur de leur propre pays », Principe 3 al. 1 : « C'est aux autorités nationales qu'incombent en premier lieu le devoir et la responsabilité de fournir une protection et une aide aux personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays qui relèvent de leur juridiction ».

⁷⁶ Sous réserve notamment que l'individu puisse « en toute sécurité et en toute légalité, effectuer le voyage vers [la partie du pays sous contrôle étatique] et obtenir l'autorisation d'y pénétrer et que l'on peut raisonnablement s'attendre à ce qu'il s'y établisse. » Art. 8§1 Directive 2011/95/UE du 13 décembre 2011, transposé en France à l'art. L. 713-3 Ceseda.

⁷⁷ HCR/GIP/03/04, Principes directeurs sur la protection internationale : « La possibilité de fuite ou de réinstallation interne » et l'art. 1A(2) Convention de Genève de 1951 et/ou le Protocole de 1967, §13.

⁷⁸ C.N.D.A., 17 mai 2011, *M. S.*, n°09011226 C, *Rec.* 2011, p. 132. V. également C.N.D.A., 8 février 2011, *M. A.*, n° 09020508 C, *Rec.* 2011, p. 133.

⁷⁹ C.E., 19 juin 2020, *Mme J.*, n°435000 C, *Rec.* 2020, p. 110

⁸⁰ Cirdi, 1997, *American Manufacturing & Trading, Inc. c. République du Zaïre*, n° ARB/93/1, §6.05 ; repris par Cirdi, 2000, *Wena Hotels Limited c. République arabe d'Egypte*, n° ARB/98/4, §84

obligation, découlant du standard de protection pleine et entière⁸¹, ne fait pas de l'Etat un assureur de l'investissement⁸², mais est plutôt « generally understood as requiring that the State *take reasonable actions within its power* to avoid injury when it is, or should be, aware that there is a risk of injury »⁸³. Ce standard du raisonnable (« *reasonable actions* ») traduit la balance faite entre l'exigence de contrôle pour protéger l'investissement étranger et les limites de l'Etat. En dernière analyse, la sécurité pleine et entière est perçue comme « no more than the traditional obligation to protect aliens under international customary law »⁸⁴.

En effet, le droit international des investissements a pour ancêtre la protection des étrangers⁸⁵. Classiquement, l'Etat doit protéger les individus qui, bien que n'ayant pas sa nationalité, se situent sur son territoire, originairement par égard pour les autres Etats⁸⁶, l'individu étant perçu avant tout comme national de l'Etat tiers. Ici, une manière satisfaisante de matérialiser le contrôle pour protéger les étrangers peut être, par exemple, la fourniture d'une escorte⁸⁷. En cas d'incapacité de mise en œuvre du contrôle⁸⁸, la jurisprudence a pu considérer que « it is the duty of any Government to know the extent to which they can afford protection, and to warn subjects, as well as aliens, if they are unable to do so, leaving it to their judgment

⁸¹ V. G. Bastid-Burdeau, « La clause de protection et de sécurité pleine et entière », *R.G.D.I.P.* t. 119 (2015), pp. 87-101. V. également Y. Nouvel, « Les standards de traitement : le traitement juste et équitable, la sécurité pleine et entière », in Ch. Leben (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015, spéc. pp. 313-322 ; A. de Nanteuil, « *Due diligence* et investissements étrangers », in S.F.D.I., *Le standard de la due diligence et la responsabilité internationale*, Journée d'études franco-italienne du Mans, Paris, Pedone, 2018, pp. 93-106

⁸² C.I.J., 1989, *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)* (Etats-Unis c. Italie), *C.I.J. Rec.* 1989, p. 65, §108 : « Il n'est pas possible de voir dans l'octroi « de la protection et de la sécurité ... constantes » (...) la garantie qu'un bien ne sera jamais, en quelque circonstance que ce soit, l'objet d'une occupation ou de troubles de jouissance ». Repris par Cirdi, 27 juin 1990, *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) c. République du Sri Lanka*, n° ARB/87/3, §49. Même position dans Cirdi, 2014, *Tulip Real Estate Investment and Development Netherlands B.V. c. République de Turquie*, n° ARB/11/28, §430

⁸³ Cirdi, 2011, *El Paso Energy International Company c. République d'Argentine*, n° ARB/03/15, §523

⁸⁴ *Ibid.*, n° ARB/03/15, §522

⁸⁵ V. not. A. de Nanteuil, *Droit international de l'investissement*, Paris, Pedone, 2^e éd., 2017, p. 13

⁸⁶ Un exemple parmi une multitude d'autres : en 1891 une tension eut lieu entre les Etats-Unis d'Amérique et l'Italie en raison d'un lynchage de ressortissants Italiens à la Nouvelle-Orléans qui étaient alors incarcérés. S'ensuivirent des échanges diplomatiques, l'Italie accusant les Etats-Unis de ne pas avoir garanti la sécurité qu'ils devaient à ses ressortissants en vertu d'un traité liant les deux Etats. La tension prit fin avec le versement d'une indemnité par les Etats-Unis. V. John Bassett Moore, *A digest of international law...*, vol. VI, Washington, Government Printing Office, 1906, pp. 837-841. L'affaire est mentionnée par J. Dumas, « La responsabilité des Etats à raison des crimes et délits commis sur leur territoire au préjudice d'étrangers », *R.C.A.D.I.*, vol. 36 (1931), p. 204.

⁸⁷ SA, 1927, *George Adams Kennedy (Etats-Unis d'Amérique) c. Etats-Unis du Mexique*, *R.S.A.*, vol. IV, pp. 198-199 : « Notwithstanding the serious disturbances which occurred in that region — one of them being the insurrection of the Yaqui Indians — American lives and property in the mining district of Las Animas had been given adequate protection by the Mexican authorities ; there is evidence that escorts had been furnished for the transportation of the company's minerals » (nous soulignons).

⁸⁸ V. *infra*, Chap. 2, I.

either, to remain at their own risk, or to withdraw from those isolated places, to where the hand of government does not reach »⁸⁹, liant ainsi la possibilité de contrôle et la protection via sa mise en œuvre qui en découle, et consacrant une sorte de raisonnement « à vos risques et périls », vis-à-vis des étrangers⁹⁰. L'Etat doit connaître ses limites, et en informer les individus.

§2. La protection des droits de l'Etat tiers

Si la protection de l'Etat tiers porte notamment sur sa présence sur le territoire de l'Etat (A), elle vise avant tout à protéger l'Etat tiers en dehors du territoire de l'Etat d'agissements provenant dudit territoire (B).

A. La protection des droits de l'Etat tiers présent sur le territoire de l'Etat

Tout d'abord, l'Etat territorial doit protéger l'Etat tiers présent sur son territoire par le truchement de ses locaux diplomatiques et consulaires⁹¹, et en la personne de son personnel diplomatique et consulaire⁹². Ainsi, « l'Etat doit éviter qu'il soit porté atteinte sur son territoire aux agents de l'Etat étranger qui s'y trouvent en situation régulière, notamment les membres des services diplomatiques et à un moindre degré consulaires »⁹³, car « par le fait même qu'il a agréé des ambassadeurs ou des consuls, l'Etat contracte l'obligation de veiller à leur sécurité. »⁹⁴ Le fait qu' « il n'est pas d'exigence plus fondamentale que celle de l'inviolabilité des diplomates et des ambassades »⁹⁵, explique que « [l]e caractère public reconnu que revêt un

⁸⁹ S.A., 1931, *Leonor Buckingham (Grande-Bretagne) c. Etats-Unis du Mexique*, R.S.A., vol. V, p. 288

⁹⁰ S.A., 1920, *Home Frontier and Foreign Missionary society of the united Brethren in Christ (Etats-Unis d'Amérique) c. Grande-Bretagne*, R.S.A., vol. VI, p. 44, « it is obvious that the Missionary Society must have been aware of the *difficulties and perils to which it exposes itself* in its task of carrying Christianity to so remote and barbarous a people. The contempt for difficulty and peril is one of the noblest sides of their missionary zeal. Indeed, it explains why they are able to succeed in fields which mere commercial enterprise can not be expected to enter » (nous soulignons).

⁹¹ Convention de Vienne sur les relations diplomatiques de 1961, article 22§2 : « L'État accréditaire a l'obligation spéciale de *prendre toutes mesures appropriées* afin d'empêcher que les locaux de la mission ne soient envahis ou endommagés, la paix de la mission troublée ou sa dignité amoindrie. » (Nous soulignons.) *Mutatis mutandis*, v. pour les locaux consulaires l'article 31§3 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires de 1963.

⁹² Convention de Vienne sur les relations diplomatiques de 1961, art. 29 : « La personne de l'agent diplomatique est inviolable. Il ne peut être soumis à aucune forme d'arrestation ou de détention. L'État accréditaire le traite avec le respect qui lui est dû, et *prend toutes mesures appropriées* pour empêcher toute atteinte à sa personne, sa liberté et sa dignité. » (Nous soulignons.) *Mutatis mutandis*, v. pour les agents consulaires l'article 40 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires de 1963

⁹³ P. Reuter, in *Cours de droit international public (Doctorat) – La responsabilité internationale*, 1955-1956, p. 80

⁹⁴ J. Dumas, « La responsabilité des Etats à raison des crimes et délits commis sur leur territoire au préjudice d'étrangers », *R.C.A.D.I.*, vol. 36 (1931), p. 208.

⁹⁵ C.I.J., 1980, *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, *C.I.J. Rec.* 1980, p. 42

étranger, les circonstances dans lesquelles il se trouve sur le territoire de l'Etat entraînent, pour celui-ci, un *devoir de vigilance spéciale* à son égard »⁹⁶, le devoir de vigilance englobant ici celui de mise en œuvre du contrôle : l'Etat doit apporter un soin particulier à la mise en œuvre de son contrôle pour protéger les ambassades étrangères situées sur son territoire, au vu de l'importance que les Etats leur accordent. Par exemple, dans l'affaire des *Otages à Téhéran*, « l'Iran avait, en tant qu'Etat accréditaire, l'obligation la plus formelle de prendre des mesures appropriées pour protéger l'ambassade et les consulats des Etats-Unis, leur personnel, leurs archives, leurs moyens de communication et la liberté de mouvement des membres de leur personnel »⁹⁷.

Le cas échéant, l'Etat devra pallier sa défaillance dans la protection du personnel diplomatique. Face à la pratique désormais largement révolue de l'enlèvement de diplomates⁹⁸, l'Etat accréditaire a failli à protéger l'ambassadeur, et « c'est à lui à prendre les mesures appropriées pour obtenir leur libération et éviter leur assassinat par leurs ravisseurs »⁹⁹. Ainsi, lorsqu'en 1970 un commando révolutionnaire enleva l'ambassadeur d'Allemagne au Guatemala, le comte Karl von Spreiti, et l'exécuta de deux balles dans la tête suite au refus des autorités guatémaltèques de céder à leurs demandes, le ministre des Affaires étrangères de la République fédérale, M. Scheel, déclara que « [n]ous ne méconnaissons pas les difficultés dans lesquelles se trouve le gouvernement du Guatemala. Et cependant l'attitude qu'il a adoptée n'est pas seulement incompréhensible pour le gouvernement fédéral, mais celui-ci y voit également une violation du droit international en vigueur »¹⁰⁰. L'Etat ayant failli dans l'exercice de son contrôle, il doit tout faire pour pallier la situation et éviter une issue aussi néfaste que celle-ci¹⁰¹.

⁹⁶ S.D.N, Journ. Off. Ann. V, 1924, n°4, p. 524 (disponible en ligne sur Gallica : <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k97877699/f537.item>) (nous soulignons). Cette déclaration fit suite à l'affaire de l'assassinat du Major Tellini près de Janina en 1923. V. dans le même sens S.A., 1927, *Francisco Mallén (Etats-Unis du Mexique) c. Etats-Unis d'Amérique*, R.S.A., vol. IV, p. 175 : « The question has been raised whether consuls are entitled to a "special protection" for their persons (...) if "special protection" means that in executing the laws of the country, especially those concerning police and penal law, the Government should realize that foreign Governments are sensitive regarding the treatment accorded their representatives, and that therefore the Government of the consul's residence should exercise greater vigilance in respect to their security and safety, the answer as evidently shall be in the affirmative ».

⁹⁷ C.I.J., 1980, *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, C.I.J. Rec. 1980, p. 30

⁹⁸ V. P. Juillard, « Les enlèvements de diplomates », *A.F.D.I.* vol. 17 (1971), pp. 205-231, spéc. pp. 208-217 sur les conditions de mise en jeu de la responsabilité de l'Etat de résidence.

⁹⁹ Ch. Rousseau, « Chronique des faits internationaux », *R.G.D.I.P.* t. 75 (1971), p. 149

¹⁰⁰ Déclaration du 15 avril 1970 citée par Ch. Rousseau, « Chronique des faits internationaux », *R.G.D.I.P.* t. 75 (1971), p. 148

¹⁰¹ Par exemple, suite à l'enlèvement de l'ambassadeur du Royaume-Uni à Montevideo par un groupe révolutionnaire en 1971, le Gouvernement uruguayen organisa des battues, mobilisant plus de douze mille

B. La protection des droits de l'Etat tiers en dehors du territoire de l'Etat

La mise en œuvre du contrôle à l'égard d'Etats tiers vise avant tout à protéger leur sécurité *lato sensu*¹⁰². Sécurité de leurs ambassades, mais surtout de leur territoire et de la population y résidant. S'agissant de la garantie de la paix et de la sécurité internationale, l'obligation principale de l'Etat est celle de lutter contre les entités non-étatiques hostiles à d'autres Etats et pouvant se développer sur son territoire¹⁰³. Naguère dominée par le droit de la neutralité¹⁰⁴, la question l'est désormais par la lutte contre le terrorisme¹⁰⁵. Ainsi, il fut maintes fois répété¹⁰⁶ que, en substance, les Etats doivent « s'abstenir d'organiser, de fomenter, de faciliter, de financer, d'encourager ou de *tolérer* des activités terroristes et de *prendre les mesures pratiques voulues pour que leur territoire ne serve pas à des installations ou à des camps d'entraînement de terroristes*, ni à la préparation ou à l'organisation d'actes terroristes à l'encontre d'autres Etats ou de leurs ressortissants (...) »¹⁰⁷. « S'abstenir... de tolérer », curieuse formule qui, par deux comportements négatifs, impose à l'Etat une obligation positive : il doit lutter contre le terrorisme de manière active, et ne pas se complaire dans une inaction qui équivaldrait à une tolérance de sa part. A cet égard, les résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies ayant fait suite aux attentats du 11 septembre 2001¹⁰⁸ ont fait de la lutte contre le terrorisme un objectif d' « ordre public »¹⁰⁹. En effet, « l'acte de terrorisme du 11 septembre sortait du cadre des menaces *habituelles à un ordre social donné*, des menaces

policiers, même s'il refusa de négocier avec les ravisseurs. V. Ch. Rousseau, « Chronique des faits internationaux », *R.G.D.I.P.* t. 76 (1972), pp. 211-215

¹⁰² Inclut la sécurité de son environnement et de son cyber-espace.

¹⁰³ Résolution 2625 (XXV) (1970) de l'Assemblée générale des Nations Unies (Annexe), « Chaque Etat a le devoir de s'abstenir d'organiser ou d'encourager l'organisation de forces irrégulières ou de bandes armées (...) en vue d'incursions sur le territoire d'un autre Etat ». « Chaque Etat a le devoir de s'abstenir (...) de tolérer sur son territoire des activités organisées en vue de perpétrer [des actes de guerre civile ou des actes de terrorisme] ». Réaffirmé suite aux attentats du 11 septembre par le Conseil de sécurité des Nations Unies, S/RES/1373 (2001).

¹⁰⁴ V. l'affaire classique en la matière de l'*Alabama*, in A. de La Pradelle et N. Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, t. II, Paris, Les Éditions Internationales, 1957, pp. 713-983 (sentence pp. 889-894). V. également A. Ouedraogo, « La due diligence en droit international : de la règle de la neutralité au principe général », *Revue générale de droit*, 42 (2), 2012, pp. 641-683, qui traite de l'évolution de la diligence de la neutralité au droit de l'environnement.

¹⁰⁵ V. F. Dubuisson, « Vers un renforcement des obligations de diligence en matière de lutte contre le terrorisme ? », in *Le droit international face au terrorisme*, Paris, Pedone, 2002, pp. 141-158

¹⁰⁶ V. not. A/RES/34/145 du 17 décembre 1979, §§7 et 9 ; A/RES/38/130 (XXXVIII) du 19 décembre 1983, §§3-4 ; S/RES/1189 (1998), Préambule (§5) et §5. Après les attentats du 11 septembre, v. A/RES/56/88, §§3 et 5. Pour le Conseil de sécurité, S/RES/1373 (2001), spéc. alinéa 2 *litt.* d) ; avec une note comminatoire, S/RES/1368 (2001), le Conseil à l'alinéa 3 « *souligne* que ceux qui portent la responsabilité d'(...)héberger les auteurs, organisateurs et commanditaires de ces actes devront rendre des comptes ».

¹⁰⁷ A/RES/49/60 du 9 décembre 1994 (Annexe), Déclaration sur les mesures visant à éliminer le terrorisme international, §5 *litt.* a) (nous soulignons).

¹⁰⁸ V. spéc. S/RES/1373 (2001) ; sur ce sujet, v. l'ouvrage de S. Sur, *Le Conseil de sécurité dans l'après 11 septembre*, Paris, L.G.D.J., 2004

¹⁰⁹ V. *supra*, Introduction, §3.

acceptées par l'ordre social établi (...)», « le 11 septembre a révélé que la menace avait également sa source dans *la négligence* des Etats à prendre au sérieux la menace terroriste et à agir en conséquence »¹¹⁰. Partant, la résolution 1373 « contient implicitement l'idée que l'ensemble de la communauté internationale a finalement sa part de responsabilité, pour avoir failli dans la lutte contre le terrorisme. Elle vise donc à contraindre les Etats à en venir – ou revenir – à “ (...) *L'observance d'une conduite jugée conforme aux exigences de l'ordre public international*” »¹¹¹. Dès lors, l'exigence de contrôle n'est plus seulement fondée sur la protection de l'Etat tiers, mais sur celle de la « communauté internationale dans son ensemble », suivant l'expression consacrée.

La protection de l'Etat tiers évolue avec les risques qui le menacent, c'est-à-dire avec l'évolution de la conflictualité et des menaces contemporaines. Apparaissent de nouveaux risques sur son territoire que l'Etat doit contrôler. Avec le développement des technologies, la menace planant sur la sécurité des Etats est désormais également électronique : apparaissent les « cyber-menaces », et, pour lutter contre elles, la « cyber-sécurité »¹¹². Si en apparence cette question n'a que peu de lien avec le contrôle par l'Etat sur son territoire en raison de la dématérialisation des menaces¹¹³, face auxquelles les frontières sont impuissantes, ce n'est, précisément, qu'une apparence. En effet, il ne faut pas perdre de vue que « [t]he physical infrastructure that supports the Internet and cyber activities is generally *located in sovereign territory and subject to the jurisdiction of the territorial state.* »¹¹⁴ Le Groupe d'experts gouvernementaux de l'O.N.U. en la matière en arrive à la même conclusion, considérant que « States have jurisdiction over the ICT infrastructure located within their territory »¹¹⁵, et que,

¹¹⁰ S. Szurek, « La lutte internationale contre le terrorisme sous l'empire du Chapitre VII : un laboratoire normatif », *R.G.D.I.P.* t. 109 (2005), p. 19

¹¹¹ *Ibid.*, p. 20, citant J. Combacau, *Le pouvoir de sanction de l'O.N.U. Étude théorique de la coercition non militaire*, Paris, Pedone, 1974, pp. 73-74 (souligné par l'auteur).

¹¹² Sur les obligations de diligence de l'Etat dans le cadre de la cyber-sécurité, v. K. Bannelier, « Le standard de due diligence et la cyber-sécurité », in S.F.D.I., *Le standard de la due diligence et la responsabilité internationale*, *op. cit.*, pp. 67-91 et, pour une version plus longue et plus développée de la pensée de l'auteur, K. Bannelier, « Obligations de diligence dans le cyberspace : qui a peur de la cyber-diligence ? », *R.B.D.I.* 2017/2, pp. 612-665

¹¹³ H. Ruiz Fabri, « Immatériel, territorialité et Etat », *A.P.D.* t. 43 (1999), p. 189 : « La confrontation entre l'Etat et l'immatériel a pour elle une certaine évidence intuitive. La problématique est attractive car la contradiction est apparente entre l'immatériel, d'une part, qui est si propice à des représentations extrêmes, et la territorialité, d'autre part, qui renvoie si immédiatement à l'idée d'ancrage terrien, agrarien, rassurant. »

¹¹⁴ Harold Hongju Koh, « International Law in Cyberspace », in *Harvard International Law Journal Online*, vol. 54, 2012, disponible en ligne sur <https://harvardilj.org/wp-content/uploads/sites/15/2012/12/Koh-Speech-to-Publish1.pdf>, p. 6 (nous soulignons).

¹¹⁵ A/70/174, Report of the Group of Governmental Experts on developments in the field of information and telecommunications in the context of international security, 22 juillet 2015, §28 *litt. a*)

partant, « States (...) should seek to ensure that their territory is not used by non-State actors to commit such acts »¹¹⁶.

Enfin, l'Etat a le devoir de contrôler son territoire afin que les activités menées sur celui-ci ne portent pas atteinte à l'environnement sur le territoire d'autres Etats, ou, plus largement à l'environnement en général. Selon le célèbre principe 21 de la Déclaration de Stockholm de 1972, les Etats « ont le devoir de faire en sorte que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle ne causent pas de dommage à l'environnement dans d'autres Etats ou dans des régions ne relevant d'aucune juridiction nationale »¹¹⁷. Cette obligation est désormais admise comme faisant « partie du corps de règles du droit international de l'environnement »¹¹⁸, et est consacrée comme « principe de prévention, en tant que règle coutumière »¹¹⁹, qui implique notamment « d'exercer un certain degré de vigilance dans leur (des mesures nécessaires) mise en œuvre ainsi que dans le contrôle administratif des opérateurs publics et privés, par exemple en assurant la surveillance des activités entreprises par ces opérateurs, et ce, afin de préserver les droits de l'autre partie »¹²⁰. Ainsi, le principe de prévention en droit de l'environnement impose à l'Etat de contrôler son territoire de manière à ne pas nuire à l'environnement, de matérialiser ce contrôle afin de neutraliser les nuisances. De cette obligation générale de diligence¹²¹ découlent des obligations plus spécifiques, qui vont préciser les modalités que doit prendre la mise en œuvre du contrôle par l'Etat : « La méthode utilisée a des allures de “poupées russes”. De la *due diligence* envisagée comme principe ou règle générale (qui correspond à la plus grosse des matriochkas), est dégagée une obligation plus précise : l'obligation pour tout Etat de prévenir les dommages transfrontières à l'environnement que peuvent causer des activités menées sur ou depuis le territoire. De cette dernière, interprétée concomitamment avec le principe général, sont déduites d'autres obligations plus précises encore, comme celle de réaliser une étude d'impact environnemental

¹¹⁶ *Ibid.*, §28 litt. e)

¹¹⁷ Réitéré par la suite, notamment par la Déclaration de Rio de 1992 (Principe 2).

¹¹⁸ C.I.J., 1996, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, C.I.J. Rec. 1996, pp. 241-242, §29. Un an plus tard, la Cour affirme que « dans le domaine de la protection de l'environnement, la vigilance et la prévention s'imposent en raison du caractère souvent irréversible des dommages causés à l'environnement et des limites inhérentes au mécanisme même de réparation de ce type de dommage », C.I.J., 1997, *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, C.I.J. Rec. 1997, §140

¹¹⁹ C.I.J., 2010, *Usine de pâte à papier*, C.I.J. Rec. 2010, §101

¹²⁰ *Ibid.*, §197

¹²¹ Sur la diligence et le droit de l'environnement, v. Sandrine Maljean-Dubois, « Les obligations de diligence dans la pratique : la protection de l'environnement », in S.F.D.I., *Le standard de la due diligence et la responsabilité internationale*, op. cit., pp. 145-162

avant d'autoriser de telles activités. »¹²² D'une exigence générale de contrôle fondée sur la protection de l'environnement, sont inférées de multiples obligations qui sont autant de modalités de mise en œuvre de son contrôle par l'Etat.

Nous le voyons, suite à ce tour d'horizon condensant les principales situations faisant l'objet d'un devoir de contrôle de l'Etat, ce devoir est omniprésent dans sa vie interne. Pour coexister avec ses pairs, l'Etat doit s'efforcer de leur garantir l'innocuité des comportements situés sur son territoire, en matérialisant son contrôle lorsqu'un risque de dommage se fait sentir. L'objet du contrôle étant défini, il convient de se pencher sur sa mise en œuvre. Celle-ci suppose toutefois en amont que l'Etat ait connaissance des comportements individuels : c'est la question de sa vigilance.

II. La vigilance de l'Etat

« [L]'obligation de prévention et le devoir d'agir qui en est le corollaire *prennent naissance*, pour un Etat, *au moment où celui-ci a connaissance, ou devrait normalement avoir connaissance*, de l'existence d'un risque sérieux »¹²³ de comportement contraire à une obligation internationale. Au-delà de cette affirmation de la Cour internationale de Justice portant sur le cas particulier de la prévention du crime de génocide, il est admis que l'Etat ne doit agir pour contrôler un comportement que s'il a ou devrait avoir connaissance de ce dernier. En d'autres termes, et contrairement à certaines vues doctrinales comme la théorie du risque étatif¹²⁴ qui n'ont pas prospéré, en principe seules les situations connues de l'Etat déclenchent son devoir de les contrôler, en ce que cette connaissance est nécessaire pour que son inaction constitue une omission de nature à engager sa responsabilité¹²⁵. C'est là la prise en compte d'une limite de l'Etat, le fait qu'il ne peut être omniscient, pour proportionner son obligation

¹²² Y. Kerbrat, « Le standard de due diligence, catalyseur d'obligations conventionnelles et coutumières pour les Etats », in SFDI, *Le standard de la due diligence et la responsabilité internationale*, op. cit., p. 36.

¹²³ C.I.J., 2007, *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), C.I.J. Rec. 2007, §431 (nous soulignons).

¹²⁴ Développée par Fauchille à propos des dommages aux individus issus de guerres civiles et insurrections. Cette théorie, en instituant une responsabilité pour risque de l'Etat, conduit à engager sa responsabilité pour tout dommage survenu sur son territoire, y compris ceux dont il n'avait pas ou ne pouvait avoir connaissance. V. *Annuaire de l'Institut de droit international*, t. 18 (1900), Session de Neuchâtel, pp. 234 s. (disponible en ligne : https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/05/4025-18_OCR.pdf) Elle mène également à engager la responsabilité de l'Etat pour des situations dépassant ses moyens et, partant, à écarter la force majeure étudiée *infra*, Chapitre 2, I., §2.

¹²⁵ V. D. Lévy, « La responsabilité pour omission et la responsabilité pour risque en droit international public », *R.G.D.I.P.* t. 65 (1961), pp. 744-764. Sur la responsabilité de l'Etat, v. *infra* Chapitre 1, III.

avec ses capacités. A cet égard, sa connaissance de la situation est (chrono)logiquement antérieure au contrôle entendu comme maîtrise des comportements individuels.

Par exemple, un Etat n'a pas le devoir de contrôler les entrées et sorties dans une ambassade située sur son territoire d'individus dont « rien ne permet de supposer qu'ils ont des intentions suspectes »¹²⁶ : le cas échéant, les agissements dommageables de ces individus seront, dans un premier temps, hors du contrôle de l'Etat, car hors de sa connaissance, celui-ci n'étant pas capable de déceler leurs intentions criminelles.

La vigilance de l'Etat comporte deux volets. L'un, statique, est celui de la sphère de connaissance qu'elle constitue (§1). L'autre, dynamique, est celui de la surveillance : l'Etat doit accroître cette sphère en surveillant son territoire (§2).

§1. La connaissance de l'Etat

Etant donné qu'établir la connaissance d'un être fictif relève de la gageure (A), il convient de recourir à des présomptions pour ce faire (B).

A. La difficulté de l'établissement de la connaissance de l'Etat

La connaissance, comme « action ou acte de se faire une représentation, de s'informer ou d'être informé de l'existence de quelque chose »¹²⁷, relève de facultés étrangères à l'Etat qui n'est qu'une création de l'esprit humain, qu'un nom apposé à une idée pour lui donner vie¹²⁸. La connaissance est nécessairement organique, non nécessairement exercée par l'humain, mais du moins par l'être vivant. Cela ne signifie pas toutefois que la connaissance de l'Etat ne puisse être établie. Deux considérations permettent, tant bien que mal, de contourner l'impasse. La première est que l'Etat n'est pas un être inanimé, mais est, au contraire, mu par des hommes qui, eux, ont la faculté de connaître. La seconde est le recours à la supposition : il est très compliqué de démontrer *a posteriori* qu'un Etat a, de manière certaine et avérée, eu

¹²⁶ En 1958, suite à une attaque de la légation de Hongrie à Berne par des réfugiés hongrois, le Conseil fédéral suisse déclara que malgré leur devoir de protection, les autorités suisses « ne sauraient cependant, sans une demande expresse, s'opposer à l'entrée de visiteurs dont rien ne permet de supposer qu'ils ont des intentions suspectes, dans les bâtiments qui abritent ces missions. » V. la « Chronique des faits internationaux », *R.G.D.I.P.* t. 63 (1959), p. 116.

¹²⁷ Définition du Trésor de la langue française, disponible en ligne : <https://www.cnrtl.fr/definition/connaissance>

¹²⁸ G. Burdeau, *L'Etat*, Paris, Seuil, 1970, p. 10 : « L'Etat est, au sens plein du terme, une idée. N'ayant d'autre réalité que conceptuelle il n'existe que parce qu'il est pensé. »

connaissance d'évènements, ce qui explique en partie le faible succès et les difficultés¹²⁹ que pose la notion de complicité en droit international¹³⁰, et que la Cour internationale de Justice, dans l'affaire du *Détroit de Corfou* qui sera étudiée dans quelques lignes, ait préféré se placer sur le terrain du fait illicite propre à l'Etat malgré la complicité plaidée par le Royaume-Uni¹³¹. En revanche, il est plus aisé de supposer que l'Etat a connu l'évènement, en estimant qu'il en avait le devoir : l'Etat « savait *ou aurait dû savoir* »¹³², sans qu'il soit nécessaire de trancher dans l'alternative. Peu importe s'il savait, car il aurait, de toute façon, dû savoir, ce qui est suffisant pour faire entrer le comportement dans son champ cognitif.

Reste à définir ce qui entre dans ce champ : qu'a-t-il su, ou qu'aurait-il dû savoir ? A cet égard, le contrôle ne signifie pas l'omniscience¹³³. Tel est l'un des enseignements à tirer de l'affaire canonique du *Détroit de Corfou*. Il était question dans cette affaire de la présence de mines dans les eaux territoriales albanaises, qui avaient causé des dommages à des navires britanniques naviguant dans ces eaux. Le Royaume-Uni, souhaitant engager la responsabilité de l'Albanie du fait des explosions, alléguait que les mines étant présentes dans les eaux

¹²⁹ Une illustration des difficultés de qualifier la complicité est donnée par l'arrêt de 2007 sur l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)* de la Cour internationale de Justice, où la Cour constate que « il n'a (...) pas été établi de manière indiscutable (...) que les autorités de la RFY auraient fourni – et continué à fournir – leur aide et leur assistance aux chefs de la VRS qui ont décidé et exécuté le génocide, à un moment où elles auraient été *clairement conscientes qu'un génocide était sur le point, ou en train, d'être commis, c'est-à-dire que des massacres étaient non seulement sur le point, ou en train, d'être perpétrés, mais qu'ils l'étaient avec l'intention spécifique, de la part de leurs auteurs, caractérisant le génocide, c'est-à-dire l'intention de détruire en tout ou en partie un groupe humain comme tel* » (§422, nous soulignons), et en conclut que « la responsabilité internationale du défendeur n'est pas engagée à raison d'actes de complicité de génocide » (§424).

¹³⁰ V. l'article d'O. Corten, « La "complicité" dans le droit de la responsabilité internationale : un concept inutile ? », *A.F.D.I.* vol. 57 (2011), pp. 57-84.

¹³¹ V. O. Corten et P. Klein, « The limits of complicity as a ground for responsibility. Lessons learned from the Corfu Channel case », in Bannelier (K.), Christakis (T.), et Heathcote (S.) (Dir.), *The ICJ and the Evolution of International Law – The enduring impact of the Corfu Channel case*, Londres et New York, Routledge, 2012, pp. 315-334

¹³² Cette formulation et d'autres s'en approchant parsèment les arrêts étudiés *infra* et sont systématiquement utilisées dans la jurisprudence portant sur la connaissance de l'Etat, y compris parfois lorsque la connaissance est avérée et certaine, du fait de la présence d'un agent de l'Etat sur les lieux des évènements par exemple (v. C.E.D.H., 2016, *Nasr et Ghali c. Italie*, où la Cour établit que le requérant a été enlevé en Italie par la C.I.A. « en présence d'un carabinier italien » (§232), que dès lors l'Etat qui renvoie « savait ou aurait dû savoir, à l'époque des faits que la personne renvoyée du territoire faisait l'objet d'une « remise extraordinaire »).

¹³³ *Contra*, le juge Alvarez dans son opinion dissidente sous l'arrêt du *Détroit de Corfou*, part du principe de l'omniscience (plus ou moins fictive) de l'Etat, auquel il incombe de démontrer le contraire afin d'échapper à sa responsabilité : « Tout État est considéré comme ayant connu ou ayant *dû* avoir connaissance des actes dommageables commis dans les régions de son territoire où il a des autorités locales ; ce n'est pas une présomption, ce n'est pas une hypothèse : c'est la conséquence de sa souveraineté. Si ledit État prétend qu'il n'a pas eu connaissance de ces actes, notamment par suite de circonstances que sa vigilance ne pouvait déceler, par exemple l'action de sous-marins, etc., il doit le prouver : autrement sa responsabilité est engagée. » (Souligné dans le texte), *C.I.J. Rec.* 1949, p. 44

albanaises, il n'était pas concevable que l'Albanie n'en ait pas eu connaissance¹³⁴. A cela, la Cour internationale de Justice répondit comme suit : « On ne saurait conclure du *seul contrôle* exercé par un État sur son territoire terrestre ou sur ses eaux territoriales que cet Etat a *nécessairement connu ou dû connaître* tout fait illicite international qui y a été perpétré non plus qu'il a nécessairement connu ou dû connaître ses auteurs. »¹³⁵ A l'inverse, on ne saurait conclure à son ignorance. Dès lors, il importe d'établir si l'Albanie avait eu ou aurait dû avoir connaissance du mouillage des mines.

Pour ce faire, la Cour envoya des experts qui menèrent « diverses expériences propres à apprécier les possibilités d'observation du mouillage par les postes albanais », qui aboutirent à une appréciation très précise et concrète de la situation. « Naviguant tous feux éteints et par une nuit sans lune, c'est-à-dire dans les conditions les plus favorables pour éviter d'être découvert, [le navire] fut parfaitement vu et entendu du monastère Saint-Georges. Le bruit du moteur fut entendu d'une distance de 1.800 mètres ; le bateau lui-même fut aperçu à 670 mètres et resta visible jusqu'à environ 1.900 mètres. »¹³⁶ Elle en conclut que le mouillage n'avait pu échapper à l'Albanie.

La précision des éléments relevés par la Cour pour établir la connaissance de l'Albanie montre la difficulté de l'exercice : une fois admis que le contrôle n'équivaut pas à l'omniscience (ce qui aurait pour effet d'effacer tout problème quant à l'établissement de la connaissance de l'Etat), reste l'épineuse question de savoir ce qui y est inclus car connu de l'Etat. L'enquête menée par la Cour peut sembler satisfaisante, car au plus près des circonstances dans lesquelles la situation dont elle avait à connaître a pu se dérouler. Elle ne fut pas pour autant exempte de critiques. Ainsi, le juge Krylov a estimé que l'enquête n'était pas représentative, car « l'expérience de visibilité, faite par les experts, du monastère Saint-Georges a eu lieu par une

¹³⁴ Ce faisant, le Royaume-Uni plaidait en invoquant la règle du droit anglais « *res ipsa loquitur* ». D. Lévy explique que « [c]ette règle du droit anglais est relative à la charge de la preuve. Dans un certain nombre de cas, on estime que les faits parlent d'eux-mêmes, c'est-à-dire que les circonstances sont telles que normalement le préjudice ne peut avoir été subi par la victime que par une faute de négligence de la part du responsable. Celui-ci devra indemniser, à moins qu'il ne puisse donner des indications qui montrent qu'une autre explication des faits dommageable est possible. Le demandeur doit, alors, faire la preuve de ses allégations. L'un des cas où la règle *res ipsa loquitur* s'applique est celui où le responsable avait le contrôle exclusif de la chose qui a causé le préjudice, comme par exemple une automobile », « La responsabilité pour omission et la responsabilité pour risque en droit international public », *R.G.D.I.P.* t. 65 (1961), p. 759. Selon cette conception, rejetée par la Cour, l'Etat serait présumé avoir nécessairement eu connaissance du fait dommageable réalisé sur son territoire, étant donné que la réalisation de ce fait est réputée avoir été permise par une négligence de l'Etat.

¹³⁵ C.I.J., 1949, *Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)*, C.I.J. Recueil 1949, p. 18 (nous soulignons)

¹³⁶ *Ibid.*, p. 21

nuit extrêmement calme (brise légère nord-est) et claire, à la lumière des étoiles. »¹³⁷ Le niveau de détails pris en compte est remarquable, et peut rapidement mener à de (trop) nombreuses incertitudes. *Quid* si la lumière de l'étoile polaire avait été obstruée par un sombre nuage ? Et si le vacarme du ressac avait remplacé, cette nuit-là, le calme de la bonace ?

B. Le recours à des présomptions

Ces longues interrogations doivent être écartées par le recours à des présomptions, abaissant le seuil probatoire, par lesquelles « le juge infère de la réunion d'indices des conclusions relatives au déroulement des faits ou à l'existence d'éléments matériels ou psychologiques »¹³⁸. Ainsi l'étendue du contrôle dans son volet cognitif épouse-t-elle les contours formés par ces présomptions, qui dessinent le champ de vision de l'Etat indépendamment de sa connaissance avérée des faits. Par exemple, s'agissant de l'assassinat d'un médecin kurde, la Cour européenne des droits de l'homme estima que « les faits de la cause *donnent (...) sérieusement à penser* que les auteurs de l'assassinat étaient *connus* des autorités », car le médecin avait été conduit par ses ravisseurs « sur plus de 130 kilomètres *en franchissant plusieurs points de contrôle officiels* »¹³⁹. Sans établir que l'Etat connaissait la situation, il est présumé qu'il l'a connue, car si cette dernière est passée devant ses « yeux », il y a de fortes chances qu'il l'ait vue. Ces présomptions intègrent les facteurs propres à la situation, de manière à établir dans quelle mesure il est raisonnable d'établir que l'Etat pouvait avoir connaissance de la situation.

1. Les facteurs propres à l'espace

Ces facteurs sont d'abord les qualités du territoire. Nous l'avons vu, dans l'affaire de *Corfou*, est prise en compte l'altitude de la côte par rapport au niveau de la mer. Suivant cette approche, l'absence de contrôle sur des trafics d'armes transfrontaliers est due à l'ignorance de l'Etat lorsqu'ils sont situés dans « des régions montagneuses et accidentées ou dans des zones reculées recouvertes d'une végétation très dense »¹⁴⁰, ou dans un Etat « of the immense extent of the Mexican Republic, with scarce population, of a mountainous character and with great difficulty of communications »¹⁴¹. « *Scarce population* », la démographie joue également un

¹³⁷ C.I.J., 1949, *Détroit de Corfou* (Royaume-Uni c. Albanie), C.I.J. Recueil 1949, Opinion dissidente de M. Krylov, p. 70

¹³⁸ J. J. A. Salmon, « Le fait dans l'application du droit international », R.C.A.D.I., vol. 175, 1982, p. 312

¹³⁹ C.E.D.H., 2000, *Mahmut Kaya c. Turquie*, §87 (nous soulignons).

¹⁴⁰ C.I.J., 1986, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), C.I.J. Recueil 1986, §147

¹⁴¹ SA, 1931, *Leonor Buckingham (Grande-Bretagne) c. Etats-Unis du Mexique*, R.S.A., vol. V, p. 288

rôle ; peut être pris en compte le fait que « the district in question [is] sparsely populated »¹⁴², voire que l'accident est survenu « on an unfrequented coast »¹⁴³. Le devoir de contrôle est donc limité à ce dont l'Etat peut raisonnablement avoir eu connaissance selon l'espace visé, avec d'inévitables angles morts. L'Etat ne peut avoir connaissance de tous les agissements ayant lieu sur son territoire, de sorte qu'on ne peut présumer qu'un enlèvement « committed on an isolated ranch, was of such public notoriety as to come spontaneously to the knowledge of the authorities »¹⁴⁴.

2. Les facteurs propres au comportement individuel

La connaissance de l'Etat varie également suivant la nature de l'activité se déroulant sur son territoire : lui échapperont des activités secrètes, ou à tout le moins discrètes, qui, pour ainsi dire, passent sous les radars¹⁴⁵. Par exemple, une attaque de Confédérés provenant du Canada sur Saint Albans, dans le Vermont, lors de la Guerre civile américaine, ne pouvait tomber sous la connaissance du Royaume-Uni car « this was *so quietly formed*, as it could easily be, that even at this day the evidence does not disclose the place, the time, nor the manner. The Government of the United States was at the time diligent, by means of its detectives, to know what mischievous expedition might be organized by rebels in Canada, but it failed to discover this one until after it had done its work. »¹⁴⁶ De même, dans l'affaire de l'*Alabama*, la Grande-Bretagne défendait que la construction d'un navire à des fins hostiles envers les Etats-Unis sur son territoire ne pouvait entrer dans le giron de sa connaissance, car il s'agit d'un acte « dont la criminalité dépend d'une *intention cachée* »¹⁴⁷, et qu'il ne peut incomber à l'Etat d'exercer un « constant et minutieux espionnage »¹⁴⁸ sur sa population. Ainsi, la connaissance de l'Etat se heurte à la discrétion des individus, qui la limite.

¹⁴² SA, 1928, *J.J. Boyd (Etats-Unis d'Amérique) c. Etats-Unis du Mexique, R.S.A.*, vol. IV, pp. 380

¹⁴³ SA, 1885, *Wipperman*, Commission de réclamations Etats-Unis-Venezuela in John Bassett Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party...*, Washington 1898-1906, vol. III, pp. 3040-3041 disponible en ligne sur : <https://archive.org/details/historyanddiges05moorgoog/page/n9/mode/2up>

¹⁴⁴ S.A., 1931, *George Creswell Delamain (Grande-Bretagne) c. Etats-Unis du Mexique, R.S.A.* vol. V, pp. 231

¹⁴⁵ Sans que cela en constitue nécessairement l'unique explication, il est à noter que l'article 6 de la Convention V de La Haye de 1907 concernant les droits et les devoirs des Puissances et des personnes neutres en cas de guerre sur terre, stipule comme suit : « La responsabilité d'une Puissance neutre n'est pas engagée par le fait que des individus passent *isolément* la frontière pour se mettre au service de l'un des belligérants. » (Nous soulignons).

¹⁴⁶ S.A., 1872, *Raid de Saint Albans (Etats-Unis c. Grande-Bretagne)*, Moore, *History and Digest of the international arbitrations to which the United-States has been a party*, vol. IV, p. 4054 (Nous soulignons).

¹⁴⁷ S.A., 1872, *Alabama (Etats-Unis c. Royaume-Uni)*, in A. de La Pradelle et N. Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, t. II, Paris, Les Éditions Internationales, 1957, p. 815 (Nous soulignons).

¹⁴⁸ *Ibidem*.

A l'inverse, il est des activités qui, nécessairement, sont connues de l'Etat. C'est le cas, bien évidemment, de celles menées par lui, mais aussi de celles dont il est témoin à travers ses agents¹⁴⁹, ou qui ont besoin de son concours pour être réalisées. Un cas topique de cela est celui des affaires des remises extraordinaires (« *extraordinary renditions* ») devant la Cour européenne des droits de l'homme, à savoir de l'utilisation par la *Central Intelligence Agency* états-unienne (ci-après « C.I.A. ») du territoire d'Etats membres du Conseil de l'Europe afin de mener à bien des activités anti-terroristes, aussi connues sous le nom d'affaires des « prisons secrètes » (et pourtant connues de tous) de la C.I.A. Ainsi la Cour relève-t-elle la « présence d'un carabinier italien »¹⁵⁰ pour établir la connaissance de l'Italie, et qu'en toute hypothèse il était établi « qu'une opération telle que celle menée par les agents de la CIA à Milan, selon un schéma « avalisé » par le service [de renseignement] américain, *ne pouvait avoir lieu sans que le service correspondant de l'État [territorial] en soit au moins informé (...)* et que l'existence d'une autorisation d'enlever [l'individu], donnée par de très hauts responsables de la CIA à Milan (...), laissait présumer que *les autorités italiennes avaient connaissance de l'opération* »¹⁵¹. De même, s'agissant de la Pologne, la Cour estima que « [i]t is *inconceivable* that the rendition aircraft could have crossed Polish airspace, landed in and departed from a Polish airport, or that the CIA occupied the premises in Stare Kiejkuty and transported detainees there, *without the Polish State being informed of and involved in the preparation and execution of the HVD Programme on its territory. It is also inconceivable that activities of that character and scale, possibly vital for the country's military and political interests, could have been undertaken on Polish territory without Poland's knowledge* »¹⁵². « *Inconceivable* », nous dit la Cour. Pourquoi cela ? Car le contrôle est sous-jacent dans son raisonnement : ce genre d'activité est tellement important qu'il ne peut échapper à la connaissance de l'Etat ; il entre dans le noyau irréductible de sa connaissance, inhérent au contrôle par l'Etat sur son territoire, noyau sans lequel on ne peut parler de contrôle. D'où le fait que l'ignorance de l'Etat soit « *inconceivable* », car dire que l'Etat polonais n'avait pas connaissance de ces agissements reviendrait à dire qu'il

¹⁴⁹ Par ex., C.E.D.H., 2000, *Kiliç c. Turquie*, à propos du meurtre par des individus d'un journaliste kurde, la Cour note que « [l]es autorités n'ignoraient pas ce risque. Kemal Kiliç avait saisi le préfet de Şanlıurfa d'une demande de protection. A Diyarbakır, la police était en consultation avec le bureau d'Özgür Gündem au sujet de mesures de protection. » (§67) (Nous soulignons).

¹⁵⁰ C.E.D.H., 2016, *Nasr et Ghali c. Italie*, §232. Dans le même sens, voir C.E.D.H. 2012, *El-Masri c. L'ex-République yougoslave de Macédoine*, §206, qui relève que « les actes litigieux ont été accomplis en présence de fonctionnaires de l'Etat défendeur et sous la juridiction de celui-ci ».

¹⁵¹ C.E.D.H., 2016, *Nasr et Ghali c. Italie*, §233 (nous soulignons)

¹⁵² C.E.D.H., 2012, *Al-Nashiri c. Pologne*, §441 (nous soulignons).

n'avait pas le contrôle sur son territoire. L'existence du contrôle étant admise dans ce cas, la connaissance doit l'être également.

§2. La surveillance de l'Etat

La surveillance de l'Etat vise le contrôle de la population au sens de la vérification de son comportement qui, le cas échéant, déclenchera une mise en œuvre du contrôle entendu comme la maîtrise de ce comportement. La surveillance est donc un moyen d'élargir le champ des situations tombant sous le contrôle étatique. Dans cette optique, l'Etat a l'obligation de surveiller son territoire (A), ce qui n'est toutefois pas sans limites (B).

A. L'obligation de surveillance

S'il ne peut donc incomber à l'Etat d'avoir une connaissance absolue des agissements se déroulant sur son territoire, il n'en reste pas moins que celui-ci ne peut rester passif quant à sa connaissance de ces agissements¹⁵³. « [T]out Etat est tenu d'exercer une surveillance diligente sur son territoire »¹⁵⁴, cette surveillance variant notamment « selon les conditions géographiques et autres du pays : un Etat surveille certaines régions plus que d'autres, suivant ses intérêts »¹⁵⁵. Ainsi, l'Etat ne peut échapper à sa responsabilité en « se bornant à répondre qu'il ignore les circonstances de cet acte ou ses auteurs »¹⁵⁶, et encore moins volontairement rester dans l'ignorance¹⁵⁷. Toutefois, ce devoir de surveillance doit être interprété « de manière à ne pas imposer aux autorités un fardeau insupportable ou excessif », en particulier sans perdre

¹⁵³ Dès 1925, Max Huber définit l'obligation comme suit : « La vigilance qu'au point de vue du droit international l'État est tenu de garantir, peut être caractérisée, en appliquant par analogie un terme du droit romain, comme une *diligentia quam in suis*. Cette règle, conforme au principe primordial de l'indépendance des États dans leurs affaires intérieures, offre en fait aux États, pour leurs ressortissants, le degré de sécurité auquel ils peuvent raisonnablement s'attendre. Du moment que la vigilance exercée tombe manifestement au-dessous de ce niveau par rapport aux ressortissants d'un État étranger déterminé, ce dernier est en droit de se considérer comme lésé dans des intérêts qui doivent jouir de la protection du droit international. » S.A., 1925, *Biens britanniques au Maroc espagnol*, R.S.A. vol. II, p. 644

¹⁵⁴ C.I.J., 1949, *Détroit de Corfou* (Royaume-Uni c. Albanie), C.I.J. Recueil 1949, Opinion individuelle du juge Alvarez, p. 44.

¹⁵⁵ *Ibidem*.

¹⁵⁶ C.I.J., 1949, *Détroit de Corfou* (Royaume-Uni c. Albanie), C.I.J. Recueil 1949, p. 18

¹⁵⁷ C.E.D.H., 28 janvier 2014, *O'Keeffe c. Irlande*, §168 : l'Etat irlandais a méconnu son obligation, dès lors « qu'il était informé de l'existence d'abus sexuels commis par des adultes sur des enfants compte tenu notamment du nombre important de poursuites diligentées pour de tels faits », et qu'il « a néanmoins continué à confier la gestion de l'enseignement primaire dispensé à une vaste majorité de jeunes enfants irlandais à des institutions non publiques (...) sans mettre en place un dispositif de contrôle public propre à éviter le risque de perpétration de tels abus. » (Nous soulignons).

de vue « l'imprévisibilité du comportement humain »¹⁵⁸. Le défi est d'autant plus grand vis-à-vis de l'espace numérique et de la cyber-sécurité, où « la rapidité et la furtivité des activités qui s'y développent mais aussi leur caractère essentiellement privé, rendent difficile cette connaissance, *a fortiori* lorsque ces activités ne font que transiter par les infrastructures numériques d'un État. »¹⁵⁹

Sujet de la connaissance, l'Etat se doit donc d'étendre ses objets. Face à la Grande-Bretagne dans l'affaire précitée de l'*Alabama*, les Etats-Unis d'Amérique estimaient que sa neutralité devait la pousser à adopter les « mesures les plus énergiques pour découvrir toute intention ou préparation d'actes contraires à sa neutralité »¹⁶⁰, ce qui fut confirmé par la sentence qui établit que les circonstances « étaient de nature à éveiller toute la sollicitude du gouvernement de S. M. B. sur l'observation des droits et des devoirs compris dans la déclaration de neutralité faite par S. M. »¹⁶¹. Cette obligation est plus exigeante à mesure du risque couru par l'Etat tiers¹⁶² : « La vigilance doit s'accroître à raison même des troubles subis par les Etats étrangers. »¹⁶³ La tension entre l'exigence de contrôle et les limites de l'Etat apparaît clairement ici : l'exigence croît à mesure de l'ampleur du risque qu'elle entend contrôler, de sorte que l'Etat doit repousser dans la mesure du possible les limites auxquelles se heurte l'accomplissement de son devoir.

En ce sens, la surveillance a une grande place en droit de l'environnement, où elle s'inscrit dans l'obligation de prévention, qui oblige l'Etat à développer l'étendue de sa connaissance, pour, le cas échéant, pouvoir matérialiser son contrôle afin de faire cesser la pollution. Ainsi, la surveillance peut se traduire par des actions très concrètes comme la mise en place d'un système automatique d'alerte à l'incendie dans une usine de produits chimiques¹⁶⁴, ou d'enregistreurs automatiques des exhalaisons d'une fonderie¹⁶⁵. Plus généralement, la Cour internationale de Justice a pu interpréter une obligation de diligence

¹⁵⁸ C.E.D.H., 1998, *Osman c. Royaume-Uni*, §116

¹⁵⁹ K. Bannelier, « Obligations de diligence dans le cyberspace : qui a peur de la cyber-diligence ? », *R.B.D.I.* 2017/2, p. 640

¹⁶⁰ SA, 1872, *Alabama* (Etats-Unis c. Royaume-Uni), *op. cit.*, p. 789

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 890

¹⁶² *Ibidem.*, la vigilance doit être employée « en raison directe des risques auxquels l'un ou l'autre des belligérants pourrait être exposé à la suite du défaut d'observation de leur part des devoirs de la neutralité ».

¹⁶³ L. Delbez, « La responsabilité internationale pour crimes commis sur le territoire d'un Etat et dirigés contre la sûreté d'un Etat étranger », *R.G.D.I.P.* t. 37 (1930), p. 472

¹⁶⁴ A.-C. Kiss, « 'Tchernobâle' ou la pollution accidentelle du Rhin par des produits chimiques », *A.F.D.I.*, vol. 33 (1987), p. 722, qui mentionne le « devoir des dirigeants de Sandoz (l'usine) d'assurer la sécurité de leur établissement *sous la surveillance* des autorités territorialement compétentes » (nous soulignons).

¹⁶⁵ Ce fut l'une des mesures de contrôle ordonnées par le Tribunal arbitral dans l'affaire de la *Fonderie de Trail*, v. SA, 1941, *Trail Smelter* (Etats-Unis c. Canada), *R.S.A.*, vol. III, pp. 1938 s., pp. 1974 s. pour les détails très précis du régime des capteurs.

visant à préserver le milieu aquatique comme comprenant l'obligation « d'exercer un certain degré de vigilance dans [la mise en œuvre des normes protectrices] ainsi que dans le contrôle administratif des opérateurs publics et privés, par exemple en assurant la *surveillance* des activités entreprises par ces opérateurs (...) »¹⁶⁶.

Quant aux résultats de la surveillance, *i.e.* l'accroissement des situations connues de l'Etat, ils dépendent des moyens de l'Etat. Dès 1907, la solution de l'*Alabama* fut complétée par la Convention XIII de La Haye (1907) sur les droits et devoirs des Puissances neutres en cas de guerre maritime, qui dispose qu'une « Puissance neutre est tenue d'exercer la *surveillance, que comportent les moyens dont elle dispose*, pour empêcher dans ses ports ou rades et dans ses eaux toute violation des dispositions qui précèdent. »¹⁶⁷ Dans l'affaire de *Corfou*, le juge Azevedo estime que l'Albanie a « négligé de placer des postes de guet aux endroits reconnus comme les plus indiqués, lors de l'organisation de la défense des côtes (...) et par suite elle doit en supporter les conséquences »¹⁶⁸, là où à l'inverse le juge Ečer dit qu'il « ne peu[t] pas trouver dans l'organisation et le fonctionnement de la garde côtière de l'Albanie – *vu l'insuffisance des ressources de ce petit pays* – un manque de diligence tel qu'il pût mettre en question la responsabilité de l'Albanie »¹⁶⁹. Cela reprend l'analyse de Max Huber, selon lequel « l'État n'est tenu qu'à exercer le degré de surveillance qui correspond aux moyens dont il dispose. Exiger que ces moyens soient à la hauteur des circonstances, serait imposer à l'État des charges auxquelles il ne pourrait souvent pas faire face. »¹⁷⁰

Dans le même sens, dans l'affaire des *Activités au Nicaragua*, le ministre des Affaires étrangères nicaraguayen invoqua, face à la mise en cause de son Etat pour le trafic d'armes traversant son territoire pour atteindre El Salvador, le fait que « [i]l ne nous est pas facile, à nous *petit pays sous-développé disposant de très faibles ressources et dépourvu de matériel de détection moderne et perfectionné*, de fermer hermétiquement nos frontières à tout trafic clandestin et illégal »¹⁷¹. La Cour abonde dans son sens, en estimant que si la conclusion selon laquelle « ce trafic peut se poursuivre à l'insu et contre la volonté d'un gouvernement qui

¹⁶⁶ Cour internationale de Justice, 2010, *Usine de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, C.I.J. Rec. 2010, p. 79, §197.

¹⁶⁷ Article 25 de la Convention (XIII) concernant les droits et les devoirs des Puissances neutres en cas de guerre maritime, La Haye, 18 octobre 1907.

¹⁶⁸ C.I.J., 1949, *Détroit de Corfou* (Royaume-Uni c. Albanie), C.I.J. Recueil 1949, Opinion individuelle de M. Azevedo, p. 93

¹⁶⁹ C.I.J., 1949, *Détroit de Corfou* (Royaume-Uni c. Albanie), C.I.J. Recueil 1949, Opinion individuelle de M. Ečer, p. 72 (nous soulignons).

¹⁷⁰ S.A., 1925, *Biens britanniques au Maroc espagnol*, R.S.A. vol. II, p. 644

¹⁷¹ C.I.J., 1986, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), C.I.J. Recueil 1986, §147

souhaiterait plutôt l'interrompre » est « un tant soit peu valable à l'égard d'El Salvador et des Etats-Unis, elle doit l'être au moins autant à l'égard du Nicaragua »¹⁷². En résumé, « on ne peut demander à un Etat normalement constitué d'user d'une vigilance qui dépasserait ses moyens. Les mêmes actes illicites entraîneront la responsabilité d'un grand Etat, qui n'engageront pas celle de la République de Saint-Marin ou de la principauté de Monaco. »¹⁷³

B. Les limites de la surveillance

Cela étant, la surveillance est « une arme à double tranchant »¹⁷⁴. Vis-à-vis des Etats, présents sur un territoire par le truchement de leurs locaux diplomatiques, « [e]lle peut être regardée comme inamicale, et non sans raison, par les membres de la mission qui en est l'objet, lorsqu'elle n'est ni sollicitée par eux, ni justifiée par des circonstances politiques menaçantes. Dans une petite capitale, où l'ordre règne traditionnellement, la nécessité de la surveillance doit paraître avec évidence, sinon les membres de la mission qui fait l'objet d'une telle mesure inclineront à penser que la police veut, non pas les protéger, mais épier leurs mouvements, et savoir quels sont leurs visiteurs. »¹⁷⁵

Vis-à-vis des individus également, la surveillance n'est pas sans risque, bien qu'elle soit nécessaire à leur protection en permettant de contrôler des agissements qui pourraient leur être préjudiciables. Elle peut porter atteinte aux libertés publiques si l'Etat, par un développement excessif de sa surveillance, vient à muer en un Argus moderne, Panoptès aux cent yeux auquel rien n'échappe. A cet égard, les nouvelles technologies constituent un outil de surveillance permettant de réaliser le *Panopticon* benthamien¹⁷⁶ sans ses contraintes matérielles : nul besoin

¹⁷² *Ibid.* §154

¹⁷³ L. Delbez, « La responsabilité internationale pour crimes commis sur le territoire d'un Etat et dirigés contre la sûreté d'un Etat étranger », *op. cit.* p. 472

¹⁷⁴ G. Perrin, « L'agression contre la légation de Roumanie à Berne et le fondement de la responsabilité internationale dans les délits d'omission », *R.G.D.I.P.*, t. 60 (1957), p. 433, note 72.

¹⁷⁵ *Ibidem.*

¹⁷⁶ Il s'agit d'une technique de surveillance imaginée par Jeremy Bentham (v. *The Works of Jeremy Bentham*, éd. Bowring, t. IV, cité par Michel Foucault in *Surveiller et Punir*, *op. cit.*, dans ses développements sur le panoptisme, pp. 228-264), consistant en un lieu composé de deux structures : une tour centrale entourée d'un bâtiment circulaire composé de cellules individuelles. Dans ces cellules sont placés des individus (des prisonniers, par hypothèse), séparées par des cloisons latérales de sorte qu'aucun ne puisse voir l'autre, mais que tous puissent être vus de la tour centrale. Dans la tour centrale, les surveillants (l'Etat, par hypothèse), sont dissimulés aux yeux des individus par des fenêtres empêchant de les distinguer, de sorte que l'individu ne sait jamais s'il est observé ou non : c'est la potentialité de la surveillance (et donc, en cas de comportement malvenu, de la sanction étatique) qui est comminatoire. Le *Panopticon* est donc, en résumé, une structure permettant à l'Etat de surveiller tous les individus simultanément et sans limite, sans que ces derniers ne sachent s'ils sont effectivement surveillés. Le parallèle avec les nouvelles technologies est frappant, la quasi-totalité de la population ayant des informations personnelles digitales à la merci d'une structure ayant la capacité technologique de les collecter dans le cadre d'un processus de surveillance, sans que les individus ne puissent savoir si, en fait, ces informations sont collectées. La limite étant, dans un Etat de droit, celle imposée par la loi

d'un lieu où enfermer les individus dans des cellules individuelles pour observer leurs faits et gestes depuis une tour centrale, ces faits et gestes étant accessibles où que l'individu se situe par le truchement des données qu'il émet, ou par de nouveaux modes de surveillance comme la reconnaissance faciale¹⁷⁷, technique déjà largement utilisée par l'Etat chinois qui récolte des données biométriques à des fins de surveillance de sa population¹⁷⁸. Cette tension entre surveillance et protection est illustrée par la position de la Cour européenne des droits de l'homme, qui avance que si elle « trouve légitime que des mesures de prévention, et notamment la surveillance spéciale, soient appliquées à l'encontre d'individus soupçonnés d'appartenir à la mafia même avant leur condamnation, car elles visent à empêcher l'accomplissement d'actes criminels »¹⁷⁹, en l'absence d'éléments suffisants pour caractériser la dangerosité du requérant, « la Cour conclut que les restrictions à [sa liberté de circulation] ne pouvaient pas être considérées comme "nécessaires dans une société démocratique" »¹⁸⁰.

Ayant connaissance de certaines situations, l'Etat doit donc les contrôler lorsqu'elles risquent de porter atteinte à l'un des intérêts protégés, dont la somme constitue l'objet du contrôle. Toutefois, il peut arriver que l'Etat faillisse dans le maintien de son contrôle, et qu'un comportement individuel constitue matériellement une situation de nature à violer l'obligation de l'Etat. Se pose alors la question de la responsabilité de ce dernier.

aux autorités étatiques sur l'étendue de la surveillance qu'elles peuvent mettre en œuvre, ce qui rejoint la tension entre protection de la population et respect de ses libertés.

Si Michel Foucault analyse cette question dans le cadre de ce qu'il nomme la « discipline », Gilles Deleuze, étudiant les textes foucauldien, parlera plus directement pour notre sujet de « sociétés de contrôle », v. O. Aïm, *Les théories de la surveillance. Du panoptique aux Surveillance studies*, Malakoff, Armand Colin, 2020, pp. 75-80

¹⁷⁷ V. Touati (A.) et al., « La reconnaissance faciale, entre sécurité et droits fondamentaux », *Revue pratique de la prospective et de l'innovation*, n°2, octobre 2019, pp. 46-49

¹⁷⁸ V. l'article de Julie Zaugg, « En Chine, la vie sous l'œil inquisiteur des caméras », publié le 7 mars 2019 sur le site internet du journal *Les Echos*, disponible en ligne : <https://www.lesechos.fr/tech-medias/hightech/en-chine-la-vie-sous-loeil-des-cameras-997774>

¹⁷⁹ C.E.D.H., 2000, *Labita c. Italie*, §195. A l'inverse, dans l'affaire *Raimondo c. Italie* (1994), la C.E.D.H. conclut que « Compte tenu de la menace représentée par la mafia pour la "société démocratique", cette même mesure était en outre nécessaire "au maintien de l'ordre public", ainsi qu'"à la prévention des infractions pénales", et notamment proportionnée au but poursuivi » (§39).

¹⁸⁰ *Ibid.*, §197. La Cour conclut à la violation de l'art. 2 du Protocole n°4 à la Convention européenne des droits de l'homme : « L'exercice de [la liberté de circulation] ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au maintien de l'ordre public, à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

III. La responsabilité de l'Etat

La responsabilité de l'Etat est engagée en droit international lorsqu'un fait internationalement illicite est constitué par une violation du droit international lui étant imputable¹⁸¹. Le devoir de contrôle étant une obligation positive et en principe de moyens, qui impose à l'Etat de mettre en œuvre ce dont il dispose, l'illicéité de son comportement (§2) doit être appréciée à l'aune des moyens dont il dispose (§1), qui dessinent ses limites matérielles.

§1. Les moyens de l'Etat

Les Etats étant inégaux *en fait*, leurs moyens varient selon leur situation particulière (A). Toutefois, certains moyens sont consubstantiels à l'Etat en ce que celui-ci ne peut en principe exister sans un minimum de moyens, constants malgré la diversité des situations (B).

A. Variation des moyens

La question des moyens renvoie aux disparités matérielles entre les Etats, à leur inégalité de fait qui module la mise en œuvre de leur contrôle en limitant ses exigences à ce dont ils sont capables. Facteur de variabilité du contrôle, les moyens le sont également de la diligence requise de l'Etat¹⁸² qui, lorsqu'elle est greffée à une obligation portant sur le territoire de l'Etat, absorbe la question du contrôle par l'Etat sur son territoire¹⁸³.

Ainsi du constat de la Cour internationale de Justice selon lequel la capacité « à influencer effectivement l'action des personnes susceptibles de commettre, ou qui sont en train de commettre, un génocide (...) varie grandement d'un Etat à l'autre »¹⁸⁴. « Cette capacité est elle-même fonction, entre autres, de l'éloignement géographique de l'Etat considéré par rapport au

¹⁸¹ Art. 2 du Projet d'articles de la Commission du droit international sur la responsabilité internationale de l'Etat pour fait internationalement illicite, Doc. N.U. A/RES/56/83

¹⁸² V. J. Salmon, « Les notions à contenu variable en droit international public », in Ch. Perelman et R. Vander Elst (Dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984, pp. 251-268, spéc. pp. 254 s.

¹⁸³ Pour l'obligation de diligence et la mise en œuvre du contrôle, v. *infra* Chapitre 1, III. §2, B.

¹⁸⁴ C.I.J., 2007, *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), C.I.J. Recueil 2007, §430

lieu des événements¹⁸⁵, et de l'intensité des liens politiques et de tous ordres entre les autorités dudit Etat et les acteurs directs de ces événements¹⁸⁶ »¹⁸⁷.

A l'instar de la connaissance de l'Etat, plusieurs critères affectent les moyens de mise en œuvre (ou la mise en œuvre des moyens) de son contrôle par l'Etat. Ces critères peuvent pédagogiquement être distingués les uns des autres, mais il ne faut pas perdre de vue que dans la réalité des faits, ils sont inextricablement liés en ce qu'ils constituent, chacun à un degré divers, la singularité d'une situation. De plus, il est relativement rare que le juge énonce les critères pris en compte pour établir les moyens dont dispose un Etat, et davantage fréquent qu'il reste évasif et conclue au manque de moyens de l'Etat ou au contraire à leur suffisance.

S'agissant du critère géographique, ou plutôt géomorphologique, il n'y a qu'à penser à la célèbre affaire du *Groenland oriental*, où la Cour permanente de Justice internationale, s'agissant du contrôle du Danemark sur l'île du Groenland¹⁸⁸, nota que « le climat et les caractéristiques du Groenland sont ceux d'un pays arctique. Le glacier intérieur est *difficile à traverser*, et certaines parties de la côte, notamment de la côte orientale, sont, durant des mois, d'un *accès difficile* à raison de l'influence des courants polaires et des tempêtes sur les icebergs et les glaces flottantes ainsi que des fréquentes périodes de mauvais temps »¹⁸⁹. Difficile, donc, de contrôler le territoire, étant donné « la nature arctique et inaccessible des régions non colonisées du pays »¹⁹⁰. Ici, ce ne sont pas les moyens de l'Etat eux-mêmes qui sont affectés par la géomorphologie du territoire, mais plutôt leur mise en œuvre qui est entravée.

Les moyens varient également suivant la société occupant l'espace territorial sur lequel le contrôle doit s'exercer. Ainsi, avec une formulation aussi surannée que déplaisante, une ancienne sentence arbitrale avance que « [i]t is impossible to judge the system of police and protection of life and property in force in the *savage regions of Africa* by the standard of *countries or cities which enjoy the social order*, the respect for authority, and the settled

¹⁸⁵ Donc présumée plus élevée si le comportement a lieu sur le territoire de l'Etat.

¹⁸⁶ Donc présumée plus élevée si un lien d'allégeance matérialisé par le contrôle du Gouvernement sur la population existe entre cette dernière et l'Etat.

¹⁸⁷ C.I.J., 2007, *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), C.I.J. Recueil 2007, §430.

¹⁸⁸ En l'espèce, la Cour avait pour tâche de déterminer s'il y avait ou non souveraineté danoise sur l'île, le contrôle étant apprécié comme facteur d'acquisition d'un territoire. Néanmoins, le raisonnement est applicable à l'exercice du contrôle une fois la souveraineté admise.

¹⁸⁹ C.P.J.I., 1933, *Statut du Groenland oriental* (Danemark c. Norvège), C.P.J.I. Série A./B., n°53, p. 51 (nous soulignons)

¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 27

administration of a high civilization »¹⁹¹, le territoire visé étant « a *semi-barbarous and only partially colonized protectorate* »¹⁹². Dès lors, les limites matérielles à la mise en oeuvre du contrôle diffèrent selon la situation, entre « a newly and sparsely settled region of country where the *police force is weak and scattered*, where armed forces cannot be maintained and where custom throws on the individual, in a large degree, not merely the preservation of order but the vindication of supposed rights » et « a center of population under a *well-organized police*, and in which armed forces could be promptly summoned in support of the law »¹⁹³. Les limites matérielles du contrôle apparaissent donc comme étant directement en lien avec la société sur laquelle il s'exerce, qui influe l'aptitude de l'Etat à l'exercer.

Les Etats colonisés ayant acquis leur indépendance, les disparités qui autrefois existaient entre la colonie et la métropole recourent en partie celles opposant aujourd'hui les Etats développés aux Etats en développement connaissant des difficultés dans l'établissement de leur contrôle. Les moyens varient alors non plus à raison du territoire, mais à raison de l'Etat y étant implanté, de sorte que « [a]n investor investing in *an area with endemic civil strife and poor governance* cannot have the same expectation of physical security as one investing in London, New York, or Tokyo »¹⁹⁴. Là où le contrôle d'un Etat bien policé peut, potentiellement, couvrir de nombreuses situations auxquelles il est apte à faire face, celui d'un Etat plus démuné sera réduit à mesure de son dénuement. Toutefois, il peut s'avérer difficile de distinguer la faiblesse des moyens du mépris pour l'obligation de protection¹⁹⁵. A cet égard, devant la vague d'attaques et de pillages d'ambassades situées sur le territoire d'Etats en voie de développement, qui « paraissent être désormais l'expression favorite du mécontentement marqué à l'égard des Etats tiers par les pays nouvellement arrivés à l'indépendance »¹⁹⁶, Rousseau note que « leur multiplicité et la gravité croissante qu'ils revêtent depuis quelques années dans *certaines parties du monde – toujours les mêmes* – amène inévitablement à se demander si plusieurs communautés ayant récemment accédé à l'indépendance possèdent le moindre sens de leurs obligations et de leurs responsabilités internationales. »¹⁹⁷ Il n'y a guère

¹⁹¹ SA, 1920, Home Frontier and Foreign Missionary society of the united Brethren in Christ (Etats-Unis d'Amérique) c. Grande-Bretagne, *R.S.A.*, vol. VI, p. 44 (nous soulignons).

¹⁹² *Ibid.*, p. 43 (nous soulignons).

¹⁹³ S.A., 1903, *Negrete* (Etats-Unis d'Amérique c. Espagne) in John Bassett Moore, *A digest of international law...*, vol. VI, Washington, Government Printing Office, 1906, p. 962 (nous soulignons).

¹⁹⁴ Cirdi, 2009, *Pantechniki c. Albanie*, n° ARB/07/21, §81, l'arbitre se référant à Newcombe et Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties*, 2009 (nous soulignons).

¹⁹⁵ Cette difficulté évoque la doctrine de l'*unwilling or unable* (l'Etat manque-t-il de volonté, ou de moyens ?) qui sera vue *infra* (Chapitre 2, II.).

¹⁹⁶ Ch. Rousseau, « Chronique des faits internationaux », *R.G.D.I.P.* t. 68 (1964), p. 205

¹⁹⁷ Ch. Rousseau, « Chronique des faits internationaux », *R.G.D.I.P.* t. 70 (1966), p. 1013

besoin de préciser ce qu'entendait Rousseau par ces « certaines parties du monde », dont le comportement ne doit pas être apprécié selon le même standard de moyens utilisé pour les Etats développés : l'égalité de droit des Etats implique la prise en compte de leurs inégalités de fait.

Cela étant, les moyens d'un Etat développé peuvent servir d'échelon de comparaison lorsqu'ils ne suffisent pas à contrôler une situation : cette dernière se situera, suivant un raisonnement *a fortiori*, au-delà des limites matérielles d'un Etat en développement. Par exemple, « that the whole military force of [the United States of America] out of garrison has not been sufficient to prevent the occasional robbery or murder of innocent persons, whether aliens or citizens »¹⁹⁸ implique que les moyens du Venezuela sont insuffisants pour contrôler la même situation. De même, « [i]l est en effet clair que si le flux d'armes aboutit effectivement au Salvador sans que ni le Honduras, ni El Salvador, ni les Etats-Unis ne parviennent à l'empêcher, il paraîtrait déraisonnable d'exiger du Gouvernement du Nicaragua une diligence supérieure à celles, conjuguées, des trois autres Etats »¹⁹⁹, car « s'il est vrai que *l'ampleur exceptionnelle des moyens mis en œuvre* par les Etats-Unis n'a nullement empêché ce trafic d'alimenter la guérilla salvadorienne, cela implique encore plus nettement *l'impuissance dans laquelle se trouverait le Nicaragua*, qui dispose de *moyens bien plus faibles* pour maîtriser ce trafic si celui-ci emprunte son territoire et que les autorités essaient de l'arrêter »²⁰⁰.

Enfin, il est à noter qu'en amont de l'appréciation du comportement étatique litigieux, ces disparités sont prises en compte quant à la capacité d'assumer une obligation internationale dès la formulation de celle-ci. Il faut tenir compte « de l'applicabilité de normes qui sont valables pour les pays les plus avancés mais qui peuvent ne pas être adaptées aux pays en voie de développement, et être pour ces pays d'un coût social injustifié. »²⁰¹ Là où un des « pays les plus avancés » aura les moyens de mettre en œuvre son contrôle sans trop de difficulté, les « pays en voie de développement », eux, n'ont pas ces moyens, et les y obliger serait leur imposer un fardeau trop important. De même pour ce qui est de la cyber-sécurité, domaine où les disparités de moyens technologiques sont criantes, « States bear primary responsibility for national security and the safety of their citizens, including in the ICT environment, but *some States may lack sufficient capacity to protect their ICT networks*. A lack of capacity can make

¹⁹⁸ SA, 1885, *Wipperman*, *op. cit.*, pp. 3040-3041

¹⁹⁹ C.I.J., 1986, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), *C.I.J. Recueil* 1986, §157 (nous soulignons).

²⁰⁰ *Ibidem*.

²⁰¹ Déclaration de Stockholm de 1972, Principe 23.

the citizens and critical infrastructure of a State vulnerable or make it an unwitting haven for malicious actors »²⁰².

B. Constance des moyens

Malgré leurs variations, les moyens d'exercer le contrôle ne sauraient tomber en dessous d'un certain seuil. Comme pour la connaissance, les moyens de l'Etat connaissent un noyau irréductible, *i.e.* des moyens inhérents à la notion d'Etat sans lesquels elle serait absolument creuse. Le contrôle, pour virtuel qu'il soit, ne doit pas être fictif : la possibilité de mise en œuvre doit exister.

Il en découle que l'Etat doit posséder un appareil matériel lui permettant d'assumer ses obligations. « C'est là une obligation fondamentale dont l'exigence correspond à l'aspect le plus général de la définition même de l'Etat. Cette obligation est antérieure à la survenance des faits²⁰³ qui vont être l'occasion de la mise en œuvre de la responsabilité »²⁰⁴. Cette obligation « constitue[s] a minimum standard below which the survival of a State would be incompatible with its co-existence within the international community »²⁰⁵. C'est pourquoi certaines obligations de diligence sont indépendantes du niveau de développement de l'Etat, comme le seuil *minimal* de protection de l'investissement²⁰⁶, car la possibilité de leur poursuite est considérée comme inhérente à la qualité d'Etat.

En raison de la constance d'un certain niveau de moyens à sa disposition, l'Etat quel qu'il soit est réputé en mesure de faire face à des menaces de faible intensité. Ainsi, le gouvernement yougoslave protesta contre l'attaque et la mise à sac de sa mission commerciale à Bad-Godesberg en 1962 par des émigrés yougoslaves, en faisant savoir au gouvernement allemand qu'il l'estimait « *en mesure* d'empêcher l'activité anti-yougoslave *d'une poignée* de criminels oustachis »²⁰⁷. La faiblesse de la menace souligne qu'il est évident qu'un Etat digne de ce nom ne saurait plier devant elle.

²⁰² Doc. N.U., A/70/174, Report of the Group of Governmental Experts on developments in the field of information and telecommunications in the context of international security, 22 juillet 2015, §19

²⁰³ Elle appartient donc au contrôle à son état de virtualité, dont la mise en œuvre ultérieure est catalysée par les faits.

²⁰⁴ P. Reuter, *Cours de droit international public (Doctorat) – La responsabilité internationale*, 1955-1956, p. 82

²⁰⁵ P.-M. Dupuy, « Due diligence in the international law of liability », in *Legal aspects of transfrontier pollution*, Organisation pour la coopération économique et le développement, 1977, p. 376

²⁰⁶ Cirdi, 1997, *American Manufacturing & Trading, Inc. c. République du Zaïre*, n° ARB/93/1, §6.05 : l'obligation découlant du standard de protection pleine et entière est une « objective obligation which must not be inferior to the minimum standard of vigilance and of care required by international law. »

²⁰⁷ Cité par Ch. Rousseau, « Chronique des faits internationaux », *R.G.D.I.P.* t. 67 (1963), p. 362 (nous soulignons).

En-deçà de ce minimum, lorsque les moyens à la disposition de l'Etat sont si faibles qu'il ne semble pas en mesure d'exercer un quelconque contrôle sur sa population, la qualité d'« Etat » est remise en cause, non pas au point de mener à sa disparition, mais de sorte à évoquer une « dégradation de la souveraineté interne »²⁰⁸. Cette dégradation trouve une expression paroxystique dans la notion d'Etat « défaillant », déjà évoquée *supra*²⁰⁹. Cette notion, davantage politique que juridique²¹⁰, provient de la doctrine anglophone du « failed State »²¹¹, qui entend qualifier le phénomène d'implosion frappant certains Etats, de sorte que ce qui constitue l'essence même de la structure étatique – et notamment le contrôle de la population – s'évanouit au profit d'une violence endémique et d'une anomie totale. Tout Etat qu'il est, l'Etat défaillant est jugé comme « utterly incapable of sustaining itself as a member of the international community »²¹².

Cette notion de l'Etat défaillant mène à reconsidérer l'existence d'un noyau irréductible de moyens propre à l'Etat, qui lui serait consubstantiel. Si l'Etat peut exister sans moyens, alors ceux-ci ne peuvent en être un élément constitutif. Toutefois, cette conclusion est à relativiser, et un noyau irréductible subsiste, car le phénomène qu'entend contenir la notion d'Etat défaillant, pour réel qu'il soit, ne constitue pas la « normalité » de ce qu'il faut entendre par Etat, de même que la perte de contrôle, pour fréquente qu'elle soit, ne constitue pas la « normalité » de la vie d'un Etat. Dès lors, il subsiste des moyens constants, car propres à l'Etat, sans lequel l'Etat ne disparaît pas, mais est considéré comme étant dans une situation anormale et impropre à sa qualité d'Etat, à laquelle il convient de remédier²¹³.

²⁰⁸ J. Charpentier, « Le phénomène étatique à travers les grandes mutations politiques contemporaines », in S.F.D.I., *L'Etat souverain à l'aube du XXIe siècle*, Colloque de Nancy, Paris, Pedone, 1994, pp. 25 s.

²⁰⁹ V. Introduction.

²¹⁰ V. *mutatis mutandis* les réflexions du Pr. Mouton s'agissant de la notion d' « Etat fragile », J.-D. Mouton, « "Etat fragile", une notion du droit international ? », *Civitas Europa*, n°28 2012/1, pp. 5-18, spéc. pp. 8-11.

²¹¹ Pour une critique de ce terme, v. R. Wilde, « The skewed responsibility narrative of the "failed states" concept », *ILSA Journal of international and comparative law*, vol. 9 (2003), pp. 425-429. L'auteur souligne que le terme de « failure » suggère une « exclusive responsibility on the part of the state and its people for the breakdown in governance » (p. 425), de sorte à exclure toute remise en cause d'une responsabilité collective – ou du moins partagée – dans l'implosion de l'Etat.

²¹² G. Helman et S. Ratner, « Saving failed States », *Foreign Policy*, n°89 (1992-1993), p. 3. Article pionnier dans l'émergence de la notion de « failed State » dans le discours académique et politique, qui propose comme solution pour « sauver » ces Etats « en détresse » un rôle central des Nations Unies « to undertake nation-saving responsibilities » (p. 9); le pilier de leur proposition étant ce qu'ils appellent un « United Nations Conservatorship », héritier de l'ancien système des tutelles, par lequel les Nations Unies accompagneraient l'Etat défaillant vers un rétablissement de son contrôle via une reconstruction de sa structure (pp. 12 s.).

²¹³ V. G. Cahin, « Reconstruction et construction... », *op. cit.*, *passim*.

Ayant en tête les moyens dont dispose l'Etat, il faut désormais y confronter le comportement que celui-ci a adopté face à une situation nécessitant son intervention de contrôle.

§2. Le comportement de l'Etat

Aux limites matérielles de l'Etat se heurte son obligation de contrôler son territoire. De la confrontation de ces deux éléments naît l'examen du comportement de l'Etat : comment l'Etat s'est-il comporté au vu des moyens dont il disposait pour accomplir son obligation ?

Le comportement de l'Etat, c'est-à-dire les agissements lui étant imputables (A), doit être diligent, de manière à se conformer à ce que le droit international exige de lui (B).

A. Le comportement *de l'Etat* – l'imputation

1. Un comportement distinct du comportement individuel

Nous l'avons dit, un fait internationalement illicite, susceptible d'engager la responsabilité de l'Etat, est constitué par la violation d'une obligation internationale de l'Etat lui étant attribuable²¹⁴. Une précision s'impose quant à l'attribution, ou plutôt l'imputation²¹⁵, du comportement à l'Etat, et au fait générateur de sa responsabilité. A première vue, dans le cas du contrôle, le fait dommageable, celui qui porte atteinte aux droits internationalement protégés de l'Etat tiers ou de l'individu, est le fait d'individus qui, bien que situés sur le territoire de l'Etat, en sont organiquement distincts. Ce fait originaire, matériel, doit être distingué de celui de l'Etat, qu'il révèle. Ce n'est pas le comportement individuel qui permet d'engager la responsabilité de l'Etat, mais bien son comportement propre²¹⁶. L'Etat ne se voit imputer que

²¹⁴ Projet d'articles de la C.D.I. relatifs à la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite, article 2

²¹⁵ Sur la distinction entre attribution et imputation, généralement utilisées de manière interchangeable dans la pratique, v. H. Ascensio, « La responsabilité selon la Cour internationale de Justice dans l'affaire du génocide bosniaque », *R.G.D.I.P.* t. 111 (2007), p. 288

²¹⁶ Classiquement, « [l]es actes accomplis par des individus ne sauraient jamais constituer une violation du droit des gens, parce que ce droit ne concerne que les Etats : il n'est dès lors pas possible qu'un Etat soit responsable du fait des individus, lequel est indifférent au point de vue du droit international. Mais chaque Etat est internationalement tenu d'assurer aux autres Etats une certaine conduite de la part des individus des commandements ou des prohibitions dont l'accomplissement est garanti par des sanctions. Si donc l'Etat néglige de rendre les règles nécessaires ou s'il ne les fait pas dûment valoir, il accomplit *lui-même* un fait contraire au droit international : il est alors responsable *de son fait*, et non du fait des individus assujettis à son pouvoir. » D. Anzilotti, « La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangers », *R.G.D.I.P.* t. 13 (1906), p. 298.

son propre fait – par hypothèse son omission ou l’insuffisance de son action – qui est révélé par le fait du particulier²¹⁷, de sorte qu’il y a une « transmutation du délit ou du crime privé en un manquement à un devoir de l’Etat »²¹⁸. Le fait du particulier agit comme un « catalyseur »²¹⁹ de l’illicéité du comportement de l’Etat²²⁰. En bref, c’est bien le contrôle de l’Etat qui est en cause, et non le comportement en faisant l’objet²²¹. Par exemple, lorsque le Conseil de sécurité décide que « [c]haque partie est dans l’obligation de faire usage de tous moyens à sa disposition pour empêcher que la trêve ne soit violée par l’actions d’individus ou de groupes (...) se trouvant dans des territoires sous son contrôle »²²², ce n’est pas la violation de la trêve par les individus qui sera imputable à l’Etat, mais son non-usage des moyens à sa disposition pour les en empêcher.

Il faut ajouter que le comportement individuel originaire doit révéler une défaillance de l’Etat pour qu’un comportement illicite lui soit imputable : la localisation spatiale du comportement individuel sur le territoire de l’Etat ne suffit pas à imputer à ce dernier une violation du droit international. Ainsi, comme l’écrit fort bien le Pr Condorelli, « ladite localisation représente tout au moins un important indicateur, puisqu’elle oriente nettement la recherche visant à identifier l’Etat susceptible d’engager sa responsabilité internationale en liaison avec le comportement individuel : il s’agit bien sûr d’une indication préliminaire,

V. aussi Louis Delbez qui, contrairement à Anzilotti, se place sur le terrain de la faute, mais n’arrive pas à un résultat différent s’agissant de l’imputation : « *L’acte individuel n’est jamais en lui-même la cause immédiate et directe de la responsabilité internationale, il en est l’occasion. La responsabilité internationale naît de l’attitude qu’adopte l’Etat à l’égard de cet acte. Cette attitude peut révéler une faute d’action ou d’omission, et alors il y a un manquement personnel de l’Etat à ses obligations internationales.* » (Souligné dans le texte), « La responsabilité internationale pour crimes commis sur le territoire d’un Etat et dirigés contre la sûreté d’un Etat étranger », *op. cit.*, p. 470

²¹⁷ V. L. Condorelli, « L’imputation à l’Etat d’un fait internationalement illicite : solutions classiques et nouvelles tendances », *R.C.A.D.I.* vol. 189, 1984, p. 100. V. aussi Sarah Cassella, « Les travaux de la Commission du droit international sur la responsabilité internationale et le standard de due diligence », in S.F.D.I., *Le standard de la due diligence...*, *op. cit.*, p. 18. Spécifiquement sur la question du terrorisme, v. L. Condorelli, « The imputability to States of acts of international terrorism », *I.Y.H.R.*, vol. 19, 1989, pp. 233-246

²¹⁸ D. Alland, « Observations sur le devoir international de protection de l’individu », in *Libertés, justice, tolérance – Mélanges Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, vol. I, p. 19

²¹⁹ Quatrième rapport sur la responsabilité des Etats, par M. Roberto Ago, Rapporteur spécial – Le fait internationalement illicite de l’Etat, source de responsabilité internationale, *A.C.D.I.*, 1972, vol. II, p. 134

²²⁰ Certains auteurs y voient un « correctif à l’absence d’imputabilité de principe » du fait du particulier à l’Etat. V. not. H. Raspail, « Due diligence et droits de l’homme », in S.F.D.I., *Le standard de la due diligence...*, *op. cit.*, pp. 111

²²¹ Pour une vue synoptique de la question, v. O. de Frouville, « Attribution of conduct to the State : private individuals », in Crawford (J.), Pellet (A.) et Olleson (S.) (dir.), *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, 2010, pp. 257-280, spéc. Pp. 275-279

²²² Doc. N.U., S/983, *litt. b*), Résolution sur la question de Palestine soumise conjointement par les représentants du Canada, des Etats-Unis d’Amérique, de la France et du Royaume-Uni et adoptée à la 354^e séance du Conseil de sécurité, le 19 août 1948.

insuffisante à elle seule pour établir l'imputation, mais capable de suggérer la direction à prendre pour recueillir des éléments ultérieurs et, éventuellement, plus complets. »²²³

Cela explique les difficultés à engager la responsabilité d'un Etat pour les actes terroristes commis sur son territoire, le soutien, s'il existe, étant camouflé, et la simple présence des terroristes sur le territoire ne suffisant pas à imputer à l'Etat un comportement illicite²²⁴. Ces difficultés expliquent que le schéma puisse être explicitement écarté, s'il appert d'un texte que les Etats sont responsables « des actions des forces (...) irrégulières opérant (...) dans des territoires sous [leur] contrôle »²²⁵. Les forces irrégulières sont par définition extérieures à la structure étatique, et rendre l'Etat responsable pour leurs actions revient à établir un lien entre les deux, qui n'a d'autre but que de rendre plus aisé l'engagement du second pour le comportement des premières. Dès lors, le comportement de l'un se fonde dans le comportement de l'autre.

2. Un comportement fondu dans le comportement individuel

Il peut arriver que le comportement de l'Etat se confonde avec les comportements individuels, lorsque ceux-ci se doublent d'un endossement par l'Etat²²⁶ alors qu'ils devraient être assujettis à son contrôle, comme ce fut le cas dans l'affaire des *Otages à Téhéran*²²⁷. De même, face à des manifestations allant jusqu'à un million de manifestants à l'encontre de l'ambassade d'U.R.S.S. à Pékin, le Gouvernement soviétique protesta, alléguant que « [n]on

²²³ L. Condorelli, « L'imputation à l'Etat d'un fait internationalement illicite : solutions classiques et nouvelles tendances », *R.C.A.D.I.* vol. 189, 1984, p. 108. Pour une illustration jurisprudentielle, v. *Cirdi*, 27 juin 1990, *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) c. République du Sri Lanka*, n° ARB/87/3, §85, où le contrôle par l'Etat sur son territoire permet d'engager sa responsabilité dans l'incertitude quant aux auteurs de déprédations, « [F]aced with the impossibility of obtaining conclusive evidence about what effectively caused the destruction of the farm premises during the period in which the entire area was out of bounds *under the exclusive control of the governmental security force*, the Tribunal considers the State's responsibility established » (nous soulignons).

²²⁴ V. sur ces difficultés, S.E. Smith, « International law: blaming big brother: holding States accountable for the devastation of terrorism », *Oklahoma Law Review*, vol. 56 (2003), pp. 765 s.

²²⁵ Doc. N.U. S/983, *litt.* a).

²²⁶ C.D.I. Projet d'articles sur la responsabilité des Etats pour fait internationalement illicite, A/RES/56/83, Art. 11 : « Un comportement qui n'est pas attribuable à l'Etat selon les articles précédents est néanmoins considéré comme un fait de cet Etat d'après le droit international si, et dans la mesure où, *cet Etat reconnaît et adopte ledit comportement comme étant sien.* » (Nous soulignons).

²²⁷ C.I.J., 1980, *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, C.I.J. Rec. 1980, p. 35 : « Cette politique (d'endossement) a eu pour effet de *transformer radicalement la nature juridique de la situation* créée par l'occupation de l'ambassade et la détention de membres de son personnel diplomatique et consulaire en otages. L'ayatollah Khomeini et d'autres organes de l'Etat iranien ayant approuvé ces faits et décidé de les perpétuer, l'occupation continue de l'ambassade et la détention persistante des otages *ont pris le caractère d'actes dudit Etat.* Les militants, auteurs de l'invasion et geôliers des otages, sont alors *devenus des agents de l'Etat iranien* dont les actes engagent sa responsabilité internationale. » (Nous soulignons).

seulement le gouvernement chinois *n'a pris aucune mesure* pour mettre fin aux excès, mais, qui plus est, les autorités chinoises *prennent fait et cause pour ces excès*, en essayant même de les faire passer pour des « actes de masses révolutionnaires ». Les faits montrent que les autorités officielles ont organisé ces provocations. »²²⁸ S'il est toujours possible de considérer que seul l'endossement ou l'approbation de l'Etat lui est imputable, il reste difficile de ne pas lui attribuer et lui reprocher les comportements individuels qu'il soutient ouvertement.

C'est d'autant plus le cas lorsque les agents de l'Etat, au lieu de s'efforcer de contrôler la population et tandis qu'ils en avaient la possibilité, se joignent à elle au mépris des obligations internationales de l'Etat. Alors, le comportement de l'Etat et les comportements individuels sont côte à côte dans la commission du fait dommageable. A l'occasion d'une affaire portant sur l'attaque de ressortissants états-uniens au Mexique, le Département d'Etat états-unien souligna que les troupes mexicaines « at a moment when *they had the mob under control*, and when *the complete quelling of the riot seemed an immediate possibility*, in utter disregard of the obligations of their office as preservers of the peace and with wanton and deliberate violation of law, opened fire on the three Americans (...) It seems almost needless to remark that such conduct on the part of soldiers or police (...) renders the Government in whose service they are employed, justly liable to the Government of the men, whose lives were thus wantonly and needlessly sacrificed »²²⁹.

Enfin, c'est également le cas lorsque les comportements individuels aboutissent au renversement du Gouvernement et que leurs auteurs se substituent à celui-ci²³⁰, tandis qu'en cas de défaite des individus, leur comportement ne peut être imputé à l'Etat car il en reste organiquement extérieur²³¹.

B. Le comportement de l'Etat – la négligence

Le comportement étant imputé à l'Etat, sa responsabilité pourra alors être engagée pour *manque de diligence*, ou, ce qui revient au même, pour *négligence*, c'est-à-dire pour ne pas avoir mis en œuvre le contrôle comme il l'aurait dû. Etant donné que l'accomplissement de

²²⁸ Cité par Ch. Rousseau, « Chronique des faits internationaux », *R.G.D.I.P.* t. 71 (1967), p. 753

²²⁹ S.A., 1926, *Youmans (Etats-Unis d'Amérique) c. Etats-Unis du Mexique*, R.S.A. vol. IV, p. 114 (nous soulignons).

²³⁰ C.D.I. Projet d'articles sur la responsabilité des Etats pour fait internationalement illicite, A/RES/56/83, Art. 10§1 : « Le comportement d'un mouvement insurrectionnel qui devient le nouveau gouvernement de l'État est considéré comme un fait de cet État d'après le droit international. » Sur cette question, v. G. Cahin, « Attribution of conduct to the State: Insurrectional movements », in Crawford (J.), Pellet (A.) et Olleson (S.) (dir.), *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, 2010, pp. 247-256

²³¹ Par exemple, S.A., 1928, *G. L. Solis (Etats-Unis d'Amérique) v. Etats-Unis du Mexique*, R.S.A. vol. IV, p. 361

l'obligation de contrôle était dans ses limites, l'Etat pourra être tenu responsable pour omission²³². La notion de diligence²³³ est déjà apparue en filigrane des devoirs internationaux des Etats, mais il convient désormais de la préciser quelque peu afin de comprendre de quelle façon la responsabilité de l'Etat peut être mise en cause pour manquement à ces devoirs.

La diligence due²³⁴, pour ce qui nous intéresse, peut être définie comme « un standard (d'évaluation) de comportement des Etats (...) qui les oblige à faire preuve de soin (...), et donc aussi, à l'inverse, à ne pas nuire (...), en *adoptant des mesures raisonnables* aptes à protéger les intérêts ou droits d'autres Etats, d'autres OI ou de ressortissants nationaux ou étrangers contre les (risques de) préjudices (habituellement, importants) causés par des tiers (...) *situés sur le territoire* (...) des Etats (...) débiteurs, et pour autant que ces derniers aient prévu ces (risques de) préjudices ou aient dû les prévoir et *qu'ils aient eu la capacité* d'intervenir, et dont la violation constitue donc une négligence indue ou illicite »²³⁵.

Il appert de cette définition que la diligence est fondée sur un triptyque : présence du risque sur le territoire – connaissance de l'Etat – moyens de mise en œuvre du contrôle. La diligence voit donc s'imbriquer les différents éléments étudiés *supra* dans cette étude : l'Etat doit être diligent en raison de l'existence d'une obligation internationale le lui prescrivant (qui trouve sa raison d'être dans l'existence de risques sur le territoire de l'Etat), vis-à-vis de situations dont il a connaissance et qu'il peut contrôler en mettant en œuvre ses moyens. Au centre de ces trois cercles concentriques : le contrôle de l'Etat, traversé par la tension entre son exigence et les limites de l'obligation liées à celles de l'Etat. Une parfaite illustration de ce

²³² Sur la distinction entre actions et omissions dans le droit de la responsabilité internationale de l'Etat, v. F. Latty, « Actions and omissions », in Crawford (J.), Pellet (A.) et Olleson (S.) (dir.), *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, 2010, pp. 355-363

²³³ V. sur la diligence, parmi une doctrine abondante, P.-M. Dupuy, « Due diligence in the international law of liability », in *Legal aspects of transfrontier pollution*, Organisation pour la coopération économique et le développement, 1977, pp. 369-379 ; R. Pisillo Mazzeschi, « The Due Diligence Rule and the Nature of the International Responsibility of States », *German Yearbook of International Law*, vol. 35, 1992, pp. 9-51 ; S.F.D.I., *Le standard de la due diligence et la responsabilité internationale*, *op. cit.* ; N. McDonald, « The role of due diligence in international law », *International & Comparative Law Quarterly*, 2019, vol. 68(4), pp. 1041-1054 ; S. Besson, « La due diligence en droit international », *R.C.A.D.I.* vol. 409 (2020). Pour une perspective historique, v. J. A. Hessbruegge, « The Historical Development of the Doctrines of Attribution and Due Diligence in International Law », *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 36, 2004, pp. 265-306

²³⁴ « *Due diligence* » dans sa forme anglophone, qui est la plus courante. Il est néanmoins possible d'utiliser la forme française de la notion sans perdre dans l'opération de traduction des éléments qui justifieraient l'utilisation de l'anglais, et nous utiliserons donc le français. Le *UK Dictionary* du site Lexico de l'université d'Oxford définit la *diligence* comme suit : « Careful and persistent work or effort », là où le Trésor de la langue française définit la diligence comme suit : « Soins appliqués (mis dans l'exécution d'une tâche). » Dans les deux cas, le terme évoque l'attention portée à l'accomplissement d'une action, et une exigence qualitative et quantitative d'efforts fournis.

²³⁵ S. Besson, « La due diligence en droit international », *op. cit.* p. 171 (nous soulignons).

triptyque se trouve dans le raisonnement de la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Otages à Téhéran* : la responsabilité internationale des autorités iraniennes est engagée car elles « étaient *pleinement conscientes*²³⁶, du fait des appels à l'aide de l'ambassade des Etats-Unis, que des mesures urgentes de leur part s'imposaient », « *disposaient des moyens*²³⁷ de s'acquitter de leurs obligations²³⁸ », et « ont totalement *manqué* de se conformer auxdites obligations²³⁹ »²⁴⁰.

S'agissant du premier élément, c'est le lien entre le sujet et le risque²⁴¹ qui fonde la diligence, lien constitué par la présence du second sur le territoire du premier. Le comportement de l'Etat vise donc en premier lieu un comportement se déroulant sur son territoire. Ainsi, « le fait que chaque Etat exerce sa souveraineté sur un espace territorial explique et détermine premièrement le contenu du faisceau d'obligations internationales relatives à la gestion de cet espace de la part du souverain territorial, la responsabilité représentant alors, à son tour, la conséquence du manquement auxdites obligations »²⁴². A cet égard, la théorie de l'exterritorialité des ambassades étrangères, « fiction du droit des gens selon laquelle (...) les locaux diplomatiques (...) seraient censés se trouver hors du territoire où ils se trouvent matériellement »²⁴³, a pu être (vainement) utilisée pour tenter de rompre ce lien, selon la logique suivante : l'ambassade étant réputée située sur un territoire étranger, le risque planant sur elle n'a pas de lien avec l'Etat sur le territoire duquel elle est matériellement implantée, car elle en est juridiquement extraite. Cet argument fut utilisé par le Premier ministre français, Pierre Messmer, à l'occasion d'une attaque et d'une capture d'otages à l'ambassade d'Arabie saoudite à Paris : « Les prises d'otages ont eu lieu dans l'enceinte d'une ambassade étrangère qui, comme toutes les ambassades, jouit du droit d'extériorité (*sic*). A partir du moment où les otages français ont été rendus, *la situation se passait sur un territoire à statut étranger et entre étrangers*, ce qui donnait à cette situation un caractère tout à fait distinct des situations qu'on a connues dans d'autres circonstances »²⁴⁴. Néanmoins, comme le remarqua Rousseau à propos

²³⁶ La connaissance de l'Etat

²³⁷ Les moyens de l'Etat

²³⁸ Le devoir de contrôle

²³⁹ Le manquement au devoir de contrôle

²⁴⁰ C.I.J., 1980, *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, C.I.J. Rec. 1980, p. 33 (nous soulignons).

²⁴¹ V. P. De Sena, « La « *due diligence* » et le lien entre le sujet et le risque qu'il faut prévenir : quelques observations », in S.F.D.I., *Le standard de la due diligence et la responsabilité internationale*, op. cit., pp. 243-254

²⁴² L. Condorelli, « L'imputation à l'Etat... », op. cit., p. 105

²⁴³ J. Basdevant, *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Paris, Sirey, 1959, pp. 280-281

²⁴⁴ Déclaration du 6 septembre 1973, citée par Ch. Rousseau, « Chronique des faits internationaux », *R.G.D.I.P.* t. 78 (1974), p. 744 (nous soulignons).

de cette affaire, « ce n'est pas en s'abritant derrière la fiction commode de l'exterritorialité de l'ambassade – simple survivance résiduelle d'une mythologie juridique sans rapport avec la réalité – que l'Etat accréditaire pouvait esquiver ses responsabilités »²⁴⁵.

Une fois le lien entre le territoire et le risque établi, il convient de se pencher sur la sphère délimitant le champ opératoire de l'action étatique au sein dudit territoire, qui est formée par la connaissance et les moyens de l'Etat, qui dessinent à eux deux ses limites. Celui-ci doit être diligent vis-à-vis de ce qu'il est réputé pouvoir contrôler, *i.e.* les situations dont il a ou devrait avoir connaissance et dont le contrôle ne dépasse pas les moyens à sa disposition.

Nous retrouvons ici le contrôle sous forme de virtualité, c'est-à-dire de ce qui *peut* être mis en œuvre mais ne l'est pas encore ; un contrôle latent. Cette virtualité du contrôle, qui fonde la diligence (l'Etat doit agir *car* il le peut), en constitue aussi la limite (l'Etat doit agir *dans la mesure où* il le peut). Ici, la variabilité du contenu de la diligence remplit une « fonction de concrétisation », permettant « sous le manteau d'une norme générale, d'apporter des solutions concrètes distinctes selon les circonstances que l'on aura retenues comme pertinentes »²⁴⁶. Ainsi, la diligence permet d'établir un équilibre entre les intérêts protégés par l'obligation de contrôle et les limites de l'Etat assumant cette obligation. Par exemple, c'est en notant que « les autorités irlandaises *ont eu largement le temps de prendre conscience du danger* résultant de la présence d'une foule croissante, car elles avaient été alertées dès le 1er février sur la possibilité de manifestations dangereuses par le chargé d'affaires britannique à Dublin » que, face à l'attaque et à l'incendie de l'ambassade de Grande-Bretagne à Dublin, le ministre d'Etat au Foreign Office « a protesté auprès [du chargé d'affaires irlandais] contre l'*incapacité*²⁴⁷ des autorités irlandaises de faire face à leurs responsabilités »²⁴⁸. A l'inverse, l'Etat ne sera pas responsable du meurtre d'un individu sur son territoire lorsque « [r]ien n'indique (...) que les autorités (...) auraient dû savoir [que l'individu] risquait d'être l'objet d'attaques criminelles de la part de tiers et qu'elles soient restées en défaut d'adopter les mesures nécessaires pour le protéger. »²⁴⁹

Partant, la responsabilité de l'Etat ne pourra être engagée que pour autant qu'il avait la possibilité d'agir, selon le principe « *ought implies can* »²⁵⁰ ou, en bon français, « qui peut et

²⁴⁵ Ch. Rousseau, « Chronique des faits internationaux », *R.G.D.I.P.* t. 78 (1974), p. 745

²⁴⁶ J. J. A. Salmon, « Les notions à contenu variable en droit international public », in Ch. Perelman et R. Vander Elst (Dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 265

²⁴⁷ Cette « incapacité » semble en réalité viser un manque de volonté, au vu des reproches énoncés par le Royaume-Uni et les circonstances de l'affaire.

²⁴⁸ Cité par Ch. Rousseau, « Chronique des faits internationaux », *R.G.D.I.P.* t. 77 (1973), p. 267

²⁴⁹ C.E.D.H., 2001, *Denizci et autres c. Chypre*, §376

²⁵⁰ S. Besson, « La due diligence en droit international », *op. cit.*, pp. 251 s.

n'empêche, pêche »²⁵¹. C'est pourquoi les obligations de mise en œuvre du contrôle sont principalement des obligations de moyens²⁵², qui « imposent de faire des efforts raisonnables en vue d'aboutir à un certain résultat »²⁵³, le raisonnable étant apprécié selon la situation de l'Etat²⁵⁴. Par exemple, l'Etat doit contrôler les activités sur son territoire pour éviter une atteinte à l'environnement en mettant « en œuvre *tous les moyens à sa disposition* »²⁵⁵. De même, face à la profanation à deux reprises par des manifestants vietnamiens d'un monument aux morts français à Saïgon, « [l]e gouvernement français ne peut que constater que les autorités de Saïgon n'ont rien fait pour empêcher cette profanation. Il est dans ces conditions fondé à s'interroger sur la détermination du gouvernement vietnamien à faire face à ses engagements internationaux et sur son *aptitude à utiliser les moyens dont il paraît disposer* pour assurer la protection des biens et des personnes »²⁵⁶. Dès lors, son comportement doit s'apprécier au regard de tous ses moyens, mais seulement de ses moyens, c'est-à-dire au regard de sa situation concrète. Ici, l'égalité *de jure* des Etats implique la prise en compte de leur inégalité *de facto* : l'obligation juridique doit être la même pour tous, mais son accomplissement varie selon la situation de son débiteur. En d'autres termes, si tous les Etats doivent fournir la même quantité d'efforts (la diligence exigée est la même), ces efforts n'aboutissent pas au même résultat, car celui-ci fluctue selon les moyens que l'Etat peut mettre en œuvre.

Il découle de ce mécanisme que la responsabilité de l'Etat sera, de toute évidence, engagée du fait de son inertie, cette dernière étant la négation de la diligence. Ainsi lorsque « Egypt was aware of EHC's intentions to seize the hotels and *took no actions* to prevent EHC

²⁵¹ A. Loisel, *Institutes coutumières, avec les notes d'Eusèbe de Laurière*, vol. 2, Paris, Durand, 1846, p. 165, disponible en ligne sur : <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k624134/f168.item.langFR>

²⁵² Dans son acception civiliste, désormais seule retenue en droit internationale, et non celle de R. Ago. V. sur les enjeux de la question, J. Combacau, « Obligations de résultat et obligations de comportement, quelques questions et pas de réponse », in *Le droit international : unité et diversité : Mélanges offerts à Paul Reuter*, Paris, Pedone, 1981, pp. 181-204. Pour une critique de l'acceptation de Ago, P.-M. Dupuy, « Reviewing the difficulties of codification: on Ago's classification of obligations of means and obligations of result in relation to State responsibility », *E.J.I.L.* (1999), Vol. 10 No. 2, pp. 371-385. Sur l'acceptation civiliste en droit international, v. en premier lieu P. Reuter, « Principes de droit international public », *R.C.A.D.I.* vol. 103 (1961), pp. 472 s. Enfin, pour une contribution récente reprenant la question, v. C. P. Economides, « Content of the obligation : obligations of means and obligations of result », in Crawford (J.), Pellet (A.) et Olleson (S.) (dir.), *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, 2010, pp. 371-381.

²⁵³ C. Santulli, *Introduction au droit international*, Paris, Pedone, 2013, p. 195

²⁵⁴ Le Pr. Santulli note ici une réception par le droit internationale de la théorie civiliste dite du « médecin de campagne », « à qui l'on ne saurait réclamer la mise en œuvre des moyens dont dispose le « médecin de ville », C. Santulli, *Introduction au droit international*, Paris, Pedone, 2013, p. 197

²⁵⁵ Cour internationale de Justice, 2010, *Usine de pâte à papier*, *C.I.J. Rec.* 2010, p. 56, §101

²⁵⁶ Cité par Ch. Rousseau, « Chronique des faits internationaux », *R.G.D.I.P.*, t. 68 (1964), p. 945. Rousseau ajoute, à la page suivante : « Mais il ne sera pas interdit aux juristes de se demander ce que signifie en l'espèce l'indépendance d'un pseudo-Etat qui s'avère à ce point incapable de faire face à ses obligations internationales les plus élémentaires. »

from doing so »²⁵⁷. De la même manière, la responsabilité est engagée considérant que « [t]here were (...) *sufficient police* to have mastered the whole situation very quickly, if they had adopted the right attitude. They *failed to restore order* because they did not assert their authority against the civilians »²⁵⁸. Faute de pouvoir contrôler la situation en temps voulu, la diligence requiert de l'Etat qu'il tente de neutraliser ses effets néfastes, comme « faire connaître, dans l'intérêt de la navigation en général, l'existence d'un champ de mines dans les eaux territoriales albanaises et (...) avertir les navires de guerre britanniques, au moment où ils s'approchaient, du danger imminent auquel les exposait ce champ de mines »²⁵⁹. Dans l'affaire de *Corfou*, que l'on aura reconnue ici, la Cour conclut que « rien ne fut tenté par les autorités albanaises pour prévenir le désastre. Ces graves omissions engagent la responsabilité internationale de l'Albanie. » De même lorsqu'il apparaît que l'Etat s'abstient sciemment de contrôler sa population. Ainsi, lorsqu'en février 1961 l'ambassade de Belgique au Caire fut mise à sac et incendiée, le ministre belge des Affaires étrangères protesta, en soulignant que : « Le mardi 14, le sous-secrétaire d'Etat aux Affaires étrangères, Ismail Hafez, a donné à notre ambassadeur sa parole d'honneur que la protection de l'ambassade serait pleinement assurée, notamment lors de la manifestation prévue pour le lendemain. Le mercredi 15, *les forces qui contrôlaient les accès et assuraient la protection de l'ambassade furent retirées* (...) »²⁶⁰. Dans toutes ces situations, c'est finalement la bonne foi qui irrigue l'exigence de diligence et, parallèlement, la mauvaise foi de l'Etat qui lui est reprochée, révélée au vu des faits de chaque espèce.

Enfin, ces développements soulèvent la question déjà évoquée de l'Etat dit « défaillant ». En effet, si l'implosion de l'Etat n'a pas pour effet de faire disparaître ses obligations internationales, qui lui restent opposables, l'effet de celles-ci sera pratiquement stérilisé lorsqu'il s'agira d'obligations de moyen qui, nous l'avons vu, caractérisent la plupart des obligations de contrôle du territoire. Le raisonnement est le suivant : si le comportement exigé de l'Etat est à mesure de ses moyens, l'Etat ne disposant d'aucun moyen ne pourra se voir reprocher de n'adopter aucune action²⁶¹. Dès lors, difficile d'engager sa responsabilité

²⁵⁷ Cirdi, 2000, *Wena Hotels Limited c. République arabe d'Egypte*, n° ARB/98/4, §84 (nous soulignons)

²⁵⁸ SA, 1933, *Baldwin and others (Etats-Unis d'Amérique) v. Panama, R.S.A.*, vol. VI, p. 329 (nous soulignons)

²⁵⁹ C.I.J., 1949, *Détroit de Corfou* (Royaume-Uni c. Albanie), *C.I.J. Rec.* 1949, p. 22

²⁶⁰ Cité par Ch. Rousseau dans sa chronique de l'affaire, « Chronique des faits internationaux », *R.G.D.I.P.* t. 65 (1961), pp. 579-581 (nous soulignons).

²⁶¹ De la sorte, « [d]espite the international legal obligation imposed upon states to provide protection against human rights abuses carried out by official and unofficial agents in the country of origin, enforcement of state obligations is not always feasible. For example, in an internal conflict or a failed state situation where the state is compromised or dysfunctional, as a practical matter it becomes difficult if not impossible for the international community to hold accountable the state in which the violation occurred. », J. Moore, « From nation State to

internationale²⁶². Certes l'obligation subsiste, mais celle-ci obligeant l'Etat à mettre en œuvre les moyens dont il dispose, et celui-ci ne disposant de rien, elle restera lettre-morte ou, dans le meilleur des cas, suspendue dans l'attente de l'acquisition de moyens par l'Etat.

Sans pour autant aller jusqu'à qualifier l'Etat de « défaillant » au sens de l'implosion de la structure étatique, il est des situations où l'Etat, malgré ses efforts, ne parvient pas à contrôler les agissements des particuliers sur son territoire, ceux-ci se situant au-delà de ses limites. Alors, l'Etat n'est plus responsable de la défaillance : il la subit. La situation de maintien du contrôle bascule alors dans sa perte, dont il convient d'étudier les conséquences.

failed State: international protection from human rights abuses by non-State agents », *Columbia Human Rights Law Review*, vol. 31 (1999), p. 96

²⁶² V. G. Cahin, « Reconstruction et construction... », *op. cit.*, pp. 113-115, qui voit dans la perte de contrôle généralisée une possible situation de force majeure.

Chapitre 2. Les conséquences de la perte du contrôle

L'hypothèse où l'Etat subit la défaillance de son contrôle du fait d'une perte de ce dernier est celle qui le voit démuni face à la situation dommageable ; la force du corps social qu'il a pour fonction de réguler devient trop importante et submerge son action régulatrice.

Ici, c'est le contrôle à l'état même de virtualité qui se trouve compromis : le comportement de la population tend, de manière plus ou moins volontaire, à nier à l'Etat la *possibilité* même de mettre en œuvre le contrôle. Cette perte du contrôle peut être à raison du territoire lui-même, lorsqu'une partie de celui-ci est soustraite au contrôle de l'Etat, formant ainsi une enclave dans la plénitude du contrôle territorial, ou à raison de la population, qui sème un désordre généralisé, trop important pour que l'Etat puisse le juguler, par des comportements belliqueux dirigés contre l'Etat (révolution, révolte) ou contre la population elle-même (guerre civile). L'Etat devient ignorant et impuissant.

Cette situation n'est pas souhaitable, car elle a pour effet de stériliser les obligations internationales de l'Etat, auxquelles l'entité s'étant substituée à son contrôle n'est en principe pas soumise, car n'ayant pas la personnalité juridique internationale. L'Etat n'ayant plus accès à une parcelle de son territoire, les comportements s'y déroulant échappent *ipso facto* à la mise en œuvre d'un contrôle devenu inexistant. Cette parcelle du territoire peut en être une infime partie, comme la prise de contrôle d'une ambassade par des individus malintentionnés.

Dès lors, l'Etat se retrouve dans la délicate position d'avoir l'obligation de maintenir et mettre en œuvre un contrôle dont il ne dispose plus. Se pose alors la question des conséquences de la perte du contrôle pour l'appréciation du comportement de l'Etat. Si son devoir de contrôle subsiste, la possibilité d'engager la responsabilité de l'Etat est altérée du fait qu'il subisse la défaillance dans l'obligation de contrôle (I), situation pouvant provoquer une réaction tant de la part de l'Etat tiers que de celle de l'individu (II), et face à laquelle l'Etat territorial ne doit pas rester passif (III).

I. L'altération de la responsabilité de l'Etat

Difficile d'engager la responsabilité de l'Etat pour une situation lui échappant totalement, et qui apparaît en cela comme lui étant étrangère. La situation sortant de son champ opératoire, sa responsabilité s'en trouve altérée. Selon la célèbre formule de Max Huber, « responsabilité

et souveraineté territoriale se conditionnent réciproquement »²⁶³. En l'absence de possibilité de mise en œuvre du contrôle, l'Etat est perçu comme amputé de sa « souveraineté territoriale » sur une partie de son territoire, ce qui exclut ou limite son devoir international. A vrai dire, ce n'est pas tant la souveraineté qui est atteinte (celle-ci étant une liberté, l'Etat reste libre sur cette partie du territoire) que ce qu'elle implique ; ce qui est affecté du point de vue du droit international est la « puissance suprême » et non la « suprématie de la puissance »²⁶⁴. Dès lors, il est plus correct de considérer avec la Cour internationale de Justice que « [c]'est l'autorité effective sur un territoire²⁶⁵, et non la souveraineté ou la légitimité du titre, qui constitue le fondement de la responsabilité de l'Etat en raison d'actes concernant d'autres Etats. »²⁶⁶ En l'absence d'autorité effective, l'Etat est considéré comme irresponsable de la situation dommageable (B), ou, à tout le moins, voit l'obligation internationale lui étant opposable limitée (A).

§1. La limitation de l'obligation internationale

Liminairement, il est à noter que les circonstances de la remise en cause du contrôle peuvent servir de justification – sinon juridique, du moins politique – aux déprédations causées par les individus en étant à l'origine. Ainsi, bien qu'acceptant sa responsabilité pour l'attaque et la mise à sac de l'ambassade des Etats-Unis à Phnom-Penh en 1964, le Prince Sihanouk, chef de l'Etat du Cambodge, souligna que « [s]i ces manifestations sont le droit du peuple, nous désapprouvons néanmoins les excès auxquels se sont livrés certains manifestants. *Mais les Cambodgiens, d'ordinaire très doux, peuvent devenir très méchants envers ceux qui les bernent ou les humilient. Il faut, sinon les excuser, du moins les comprendre.* »²⁶⁷

La limitation de l'obligation internationale est surtout présente en matière de protection des droits de l'homme. Le territoire de l'Etat y est perçu comme sa juridiction, *i.e.* l'espace dans

²⁶³ S.A., 1925, *Biens britanniques au Maroc espagnol*, R.S.A. vol. II, p. 636

²⁶⁴ J. Combacau, « Pas une puissance, une liberté : la souveraineté internationale de l'Etat », *Pouvoirs*, n°67, 1993, p. 50

²⁶⁵ « *Physical control of territory* » dans la version anglaise.

²⁶⁶ C.I.J., 1971, *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, C.I.J. Recueil 1971, §118

²⁶⁷ Cité par Ch. Rousseau, « Chronique des faits internationaux », *R.G.D.I.P.* t. 68 (1964), p. 484

lequel il doit reconnaître à toutes personnes les droits de l'homme²⁶⁸, ce qui implique leur protection. En cas de perte de contrôle, l'obligation ne peut être que limitée, et non neutralisée, car cela signifierait l'abandon de l'individu au sort de l'entité non-étatique.

Si l'absence de contrôle peut limiter l'obligation de contrôle de l'Etat (A), ce n'est toutefois pas le cas lorsqu'aucune entité ne se substitue à son contrôle (B).

A. La limitation de l'obligation de l'Etat

La plénitude du contrôle est présumée, et sa remise en cause intervient comme une anomalie. Ainsi, la juridiction²⁶⁹ d'un Etat au sens du droit européen des droits de l'homme, est présumée s'exercer « normalement sur l'ensemble de son territoire »²⁷⁰. Mais « [c]ette présomption peut se trouver limitée dans des circonstances exceptionnelles, notamment lorsqu'un Etat est dans l'incapacité d'exercer son autorité sur une partie de son territoire »²⁷¹. Cette incapacité résulte de la présence d'une zone grise dans l'étendue du contrôle, qui stérilise sa mise en œuvre et justifie de la sorte un allègement du devoir de l'Etat. Une illustration d'une telle situation est le cas de la Transnistrie, partie du territoire moldave échappant au contrôle du Gouvernement central, qui bute contre l'établissement d'une « République moldave de Transnistrie », entité irrédentiste soutenue par la Russie : « Le gouvernement moldave, seul gouvernement légitime de la République de Moldova au regard du droit international, *n'exerce pas d'autorité sur une partie de son territoire* à savoir celui se trouvant sous le contrôle effectif de la "RMT" »²⁷². Enregistrant cette perte de contrôle, la Cour européenne des droits de l'homme, dans une série d'affaires²⁷³, a limité les obligations internationales de la Moldova à ses obligations positives, considérant que « l'Etat ne cesse pas pour autant d'exercer sa juridiction au sens de l'article 1 de la Convention », mais qu'une « telle situation factuelle a néanmoins pour effet de *réduire la portée de cette juridiction*, en ce sens que l'engagement

²⁶⁸ V. par ex. l'article 1 de la Convention européenne des droits de l'homme : « Les Hautes Parties Contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis [dans] la présente Convention. »

²⁶⁹ Juridiction qui est « principalement territoriale », v. C.E.D.H., 2002, *Banković et autres c. Belgique et autres*, §59., v. aussi G. Cohen-Jonathan, « La territorialisation de la juridiction de la Cour européenne des droits de l'homme », *R.T.D.H.* 2002, pp. 1069-1082. V. pour une vue synoptique de la « juridiction » en droit européen des droits de l'homme, J.-P. Costa, « Qui relève de la juridiction de quel(s) Etat(s) au sens de l'article 1er de la Convention EDH ? », in *Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au doyen Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, vol. 1, pp. 483-500

²⁷⁰ C.E.D.H., 2004, *Ilașcu et autres c. Moldova et Russie*, §312 ; C.E.D.H., 2004, *Assanidzé c. Géorgie*, §139

²⁷¹ C.E.D.H., 2004, *Ilașcu et autres c. Moldova et Russie*, §312

²⁷² *Ibid.*, §330 (nous soulignons)

²⁷³ V. not. C.E.D.H., 2004, *Ilașcu et autres c. Moldova et Russie*, §§313 et 331 s. ; C.E.D.H., 2012, *Catan et autres c. Moldova et Russie*, §§109-110 ; C.E.D.H., 2016, *Rantsev c. République de Moldova et Russie* §§99 s.

souscrit par l'Etat contractant en vertu de l'article 1 doit être examiné par la Cour uniquement à la lumière des obligations positives de l'Etat à l'égard des personnes qui se trouvent sur son territoire »²⁷⁴. En vérité, il semble que ce ne soit pas tant la « portée de la juridiction » qui soit réduite, celle-ci recouvrant toujours l'ensemble du territoire moldave (sans quoi la question de la responsabilité de la Moldova ne se poserait pas), mais les obligations qui en découlent, limitées aux obligations positives.

Il en résulte que l'absence de contrôle est un « moyen de défense politiquement sensible – car cela revient pour un Etat à admettre dans une procédure contentieuse la perte de l'exercice de son pouvoir souverain sur une partie de son territoire – mais qui est techniquement valable »²⁷⁵. Passant sous les fourches caudines de l'aveu de faiblesse, l'Etat bénéficie d'un allègement du comportement exigé par le droit international. Ne pouvant garantir les droits de l'homme dans un territoire où, bien qu'étant le sien, il n'a plus accès, l'Etat n'est obligé que de s'efforcer à garantir ces droits.

De même dans le domaine du droit de l'asile, le devoir de protection de ses ressortissants de l'Etat d'origine est allégé lorsqu'une entité se substitue à lui dans l'exercice du contrôle sur une partie du territoire. Ainsi, le droit de l'Union européenne considère que peuvent agir comme acteurs de protection « des partis ou organisations (...) qui contrôlent l'Etat ou une partie importante du territoire de celui-ci »²⁷⁶. Dès lors que l'on considère que l'entité non-étatique peut accomplir le devoir de protection en raison du contrôle qu'elle exerce sur une parcelle du territoire, l'on décharge corrélativement l'Etat de son devoir de protection à l'égard de la population résidant sur ladite parcelle. Malgré les précisions apportées par la jurisprudence²⁷⁷ ainsi que par le Haut-commissariat pour les réfugiés²⁷⁸, cette position n'est pas sans susciter des critiques, notamment en raison de l'absence d'un critère de licéité de l'occupation

²⁷⁴ C.E.D.H., 2004, *Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie*, §333

²⁷⁵ L. Hennebel et H. Tigroudja, *Traité de droit international des droits de l'homme*, 2e éd., Paris, Pedone, 2018, p. 680

²⁷⁶ Art. 7§1 *litt. b*) de la Directive 2011/95/UE du 13 décembre 2011.

²⁷⁷ C.N.D.A., 3 mai 2016, *Mme. M.*, n°12005702, *Rec.* p. 105, précise que l'entité doit « poss[éder] des structures institutionnelles stables leur permettant d'exercer un contrôle civil et armé, exclusif et continu sur un territoire délimité à l'intérieur duquel l'Etat n'exerce plus ni les obligations, ni les prérogatives de sa souveraineté » et être capables d'offrir une protection « accessible, effective et non temporaire » (p. 106).

²⁷⁸ V. not. HCR/GIP/03/04, Principes directeurs sur la protection internationale : « La possibilité de fuite ou de réinstallation interne » et l'art. 1A(2) CG de 1951 et/ou le Protocole de 1967, §17 : « Il est inopportun de considérer que le demandeur sera protégé par un clan ou une milice locale dans une zone où ceux-ci ne représentent pas l'autorité reconnue et/ou dans laquelle le contrôle qu'ils exercent peut n'être que temporaire. La protection doit présenter un caractère effectif et durable : elle doit être assurée par une autorité stable et organisée exerçant le contrôle plein et entier sur le territoire et la population concernés. »

territoriale par l'entité²⁷⁹, et du fait que « tous les types de protection ne valent pas protection étatique »²⁸⁰.

B. L'absence de limitation de l'obligation de l'Etat

A l'inverse, lorsque « aucun mouvement sécessionniste n'anime » une partie du territoire, et « qu'aucun autre Etat n'y exerce en pratique un contrôle global »²⁸¹, et étant entendu que l'espace « fait incontestablement partie intégrante du territoire [de l'Etat] assujetti à la compétence et au contrôle de cet Etat »²⁸², la plénitude du contrôle est considérée comme étant garantie, ce qui permet à l'Etat d'assumer ses obligations internationales et de se voir reprocher son manquement à ces dernières²⁸³. La plénitude du contrôle est donc une présomption tenace, qui explique que les juges de Strasbourg fondent en principe leur examen sur la mise en œuvre par l'Etat de celui-ci : « Même si l'on peut concevoir qu'un Etat connaisse des difficultés à faire respecter les droits garantis par la Convention sur l'ensemble de son territoire, il demeure que tout Etat partie à la Convention est responsable des événements qui se produisent à n'importe quel endroit de son territoire national. »²⁸⁴ Nul allègement de l'obligation, donc, lorsque le contrôle se heurte à des limites de l'Etat qui ne sont pas considérées comme dirimantes, mais simplement contraignantes, par le juge.

Nul allègement également lorsqu'aucune autorité, étatique ou non-étatique, ne s'est substituée à l'Etat ayant perdu le contrôle. C'est le cas des *no man's land*²⁸⁵, qui, dans le cadre du conflit au Haut-Karabagh, a fait l'objet d'une affaire portée devant la Cour européenne des

²⁷⁹ V. Th. Fleury Graff et A. Marie, *Droit de l'asile*, Paris, PUF, 2019, pp. 234 s. P. 236 : « N'y a-t-il pas quelque danger, pour dire le moins, à voir dans des entités nées de violations souvent graves du droit international, et particulièrement du droit international humanitaire et des droits de l'homme, des acteurs de protection ? »

²⁸⁰ HCR/GIP/03/04, Principes directeurs sur la protection internationale : « La possibilité de fuite ou de réinstallation interne » et l'art. 1A(2) CG de 1951 et/ou le Protocole de 1967, §16

²⁸¹ C.E.D.H., 2004, *Assanidzé c. Géorgie*, §140

²⁸² *Ibid.*, §139.

²⁸³ Ce fut notamment la conclusion de la Cour européenne des droits de l'homme quant au contrôle de la Géorgie sur la République autonome d'Adjarie. Une partie de la doctrine estime toutefois qu'il est douteux que l'Adjarie était « incontestablement » « assujettie à la compétence et au contrôle de la Géorgie » comme le dit la Cour, mais qu'au contraire « l'effectivité de la juridiction de Tbilissi en Adjarie relevait (...) davantage du vœu pieux que de la réalité », v. S. Karagiannis, « Le territoire... », *op. cit.*, pp. 81 s.

²⁸⁴ C.E.D.H., 2004, *Assanidzé c. Géorgie*, §146. Le juge Bratza, au paragraphe 11 de son opinion partiellement dissidente sous l'arrêt *Ilascu* distingue les deux affaires : « Contrairement à ce que la Cour a dit de la situation récemment examinée par elle dans l'arrêt *Assanidzé* (...), les autorités moldaves n'ont en l'espèce pas seulement des « difficultés à faire respecter les droits garantis par la Convention sur l'ensemble de [leur] territoire » (...) nul ne conteste que depuis le début du conflit, en 1991, jusqu'à l'heure actuelle, la Moldova est dans l'impossibilité d'exercer toute autorité et tout contrôle sur le territoire de la Transnistrie en raison de l'occupation de ce dernier par un régime séparatiste illégal » (nous soulignons).

²⁸⁵ V. F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, PUF, 13^e éd., 2016, p. 326

droits de l'homme²⁸⁶. Il y était question d'un requérant arménien alléguant la violation de son droit de retourner au village de Golestan et d'accéder à ses biens, à son domicile et aux tombes de ses proches, s'y trouvant. Le problème en l'espèce était que le village de Golestan était certes situé sur le territoire azéri, mais échappait au contrôle de l'Azerbaïdjan car il se situait sur la ligne de contact entre les forces azéries et les forces arméniennes. En effet, comment estimer qu'un Etat a la possibilité de mettre en œuvre son contrôle sur un village au milieu d'un champ de bataille ? Comment l'Etat peut-il exercer son contrôle, alors que l'on constate que la « zone [est] truffée de mines, qui sont déclenchées de temps à autre par les animaux sauvages. Les tireurs embusqués sont actifs. Il y a fréquemment des cas de tirs provenant de l'un ou l'autre côté qui font des victimes. En bref, quiconque tente d'atteindre le village ou d'utiliser les champs qui l'entourent risque d'être tué ou gravement blessé par les mines ou par les tirs des armées en présence »²⁸⁷ ? L'Azerbaïdjan plaïda une limitation de son devoir à ses obligations positives, motif pris que la présomption de la plénitude du contrôle pouvait être renversée à l'égard de zones « rendues inaccessibles par les circonstances »²⁸⁸, et invoquant une extension de la jurisprudence *Ilascu*. La Cour rejeta cette prétention, en considérant que contrairement à la situation transnistrienne, « il n'est pas établi que Golestan soit occupé par les forces armées d'un autre État ni que le village soit sous le contrôle d'un régime séparatiste. Dans ces conditions, et compte tenu de la nécessité d'éviter l'apparition d'un vide dans la protection des droits garantis par la Convention, la Cour considère que l'État défendeur n'a pas démontré l'existence de circonstances exceptionnelles de nature à limiter sa responsabilité au regard de la Convention. »²⁸⁹ En réalité, les circonstances exceptionnelles étaient avérées quant à l'inexistence du contrôle azéri sur Golestan, il y a bien ici une zone grise. Mais cette zone grise ne devant pas, aux yeux de la Cour, muter en un « vide dans la protection des droits »²⁹⁰, son existence ne justifiait pas, ici, la limitation du devoir de l'Etat²⁹¹. Ici, l'intérêt sous-jacent de

²⁸⁶ C.E.D.H., 2015, *Sargsyan c. Azerbaïdjan*, v. R.G.D.I.P. 2016, pp. 153-156, obs. P.-F. Laval.

²⁸⁷ *Ibid.*, §10

²⁸⁸ *Ibid.*, §123

²⁸⁹ *Ibid.*, §148 (nous soulignons)

²⁹⁰ Le constat d'un « vide juridique » ou d'une « zone de non-droit » avait au contraire été admis comme une éventualité par le juge Kovler, dans son opinion dissidente sous l'arrêt *Ilascu et autres c. Moldova et Russie*, p. 152 ; hypothèse déjà soulevée devant l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe par M. Magnusson, député suédois, qui prônait plutôt en pareille situation une application des droits de l'homme sur l'ensemble du territoire des Etats membres, v. « 'Zones de non-droit' sur le territoire des Etats membres du Conseil de l'Europe », proposition de recommandation du 8 mars 2001, Doc. 8993 Conseil de l'Europe.

²⁹¹ A cet égard, le Pr. Laval note que : « La solution est surtout révélatrice de la fonction que le juge européen entend confier à la « juridiction » étatique. Celle-ci semble devoir s'envisager non comme un simple critère d'imputation d'un fait à un Etat, mais d'abord comme un critère de répartition des responsabilités étatiques au sein de l'espace juridique européen. » *R.G.D.I.P.* 2016, p. 156

l'exigence du contrôle, à savoir la protection des droits de l'homme, prime la prise en considération des limites de l'Etat, de sorte à écarter ces dernières au profit de l'obligation de contrôle, qui tient, dès lors, davantage de l'obligation de résultat.

§2. L'irresponsabilité de l'Etat

Outre l'allègement des devoirs internationaux incombant à l'Etat, l'absence de contrôle peut neutraliser ces devoirs, lorsqu'ils portent sur son territoire. Les obligations de mise en œuvre du contrôle étant fondées sur la *possibilité* qu'a l'Etat de mettre en œuvre son contrôle conformément à la prescription de la norme, elles ne sont plus opérantes dès lors que cette possibilité fondatrice s'évanouit du fait de la perte du contrôle. Dans ce cas, la disparition du contrôle joue comme un cas de force majeure²⁹².

La force majeure agit comme une « circonstance excluant l'illicéité d'un fait imputable à un sujet de droit lorsque ce dernier se trouve dans l'impossibilité de respecter une obligation internationale en raison d'un événement imprévisible et irrésistible *échappant à son contrôle* »²⁹³. En d'autres termes, la force majeure fait « qu'il est matériellement impossible, étant donné les circonstances, d'exécuter l'obligation »²⁹⁴. Appliquées à la situation qui nous retient ici, ces définitions montrent bien que la disparition de la possibilité de contrôle rend « matériellement impossible » et place l'Etat « dans l'impossibilité » de mettre en œuvre ce dont il ne dispose plus.

En effet, il est généralement admis que « l'Etat n'est pas responsable pour le fait d'une émeute, révolte, guerre civile ou guerre internationale, ni pour le fait que ces événements provoquent des dommages sur son territoire » car « [c]es événements doivent être considérés comme des cas de force majeure »²⁹⁵. C'est là l'expression d'un principe général de droit bien établi selon lequel « à l'impossible, nul n'est tenu », qui signifie que « [p]ossibility is, indeed, the last limit

²⁹² Pour une étude très complète de la notion de force majeure en droit international, voir l'étude de 1978 du Secrétariat des Nations Unies, « "Force majeure" and "Fortuitous event" as circumstances precluding wrongfulness: Survey of State practice, international judicial decisions and doctrine - study prepared by the Secretariat », *Yearbook of the International Law Commission*, 1978, vol. II(1), pp. 60 s. Egalement disponible dans la Doc. N.U., A/CN.4/315

²⁹³ « Force majeure » in J. Salmon (Dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 514 (nous soulignons).

²⁹⁴ C.D.I., *Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite*, A/RES/56/83, article 23§1.

²⁹⁵ S.A., 1925, *Biens britanniques au Maroc espagnol*, R.S.A., vol. II, p. 642

of all the human obligations: the most stringent and inviolable ones can not be extended to more »²⁹⁶. C'est, en d'autres termes, le versant négatif du principe « *ought implies can* »²⁹⁷ : si l'Etat « *can not* », il « *ought not* ». Ici, ce sont les limites de l'Etat qui prennent le dessus dans l'appréciation de son comportement.

On retrouve cette irresponsabilité de l'Etat dans les prétentions des chancelleries, dès la Guerre civile aux Etats-Unis (1861-1865). Face aux demandes de réparations pour des déprédations commises à l'encontre de propriétés péruviennes, Mr. Seward, Secrétaire d'Etat états-unien, rétorque que son Gouvernement n'est pas responsable, car le dommage « *has been committed by disloyal citizens over whom, through the operations of civil war, it has temporarily lost its control* »²⁹⁸. Cette position fut confirmée par la jurisprudence arbitrale, selon laquelle « *[i]n an insurrection of the magnitude of that of the American Civil War, it is hardly to be expected that the Federal Government could often, if ever, be properly charged with negligence in preventing destruction or seizure of property or personal injuries by insurgents.* »²⁹⁹

De même, une opinion rendue en réponse à des réclamations pour dommages commis lors de la Commune de Paris de 1871 établit que « *the French Government cannot properly be held responsible to Her Majesty's Government for the injuries done to the property of British subjects in parts of France which are not under the political control of that Government* »³⁰⁰. Ainsi, une enclave dans le territoire évince la responsabilité de l'Etat pour les agissements qui y ont lieu, car ceux-ci sortent de son champ opératoire : « *It was outside the power of the Government forces to operate in the region, which was practically in the hands of others, who were superior in number, and, therefore, they cannot be blamed for not having punished the criminals* »³⁰¹.

Plus récemment, la Suisse refusa de mettre en jeu la responsabilité de la Jordanie pour la prise d'un de ses aéronefs par le Front populaire de la Libération de la Palestine, estimant que « la responsabilité étatique est ainsi diminuée, jusqu'à la complète exonération, *lorsque son contrôle*

²⁹⁶ S.A., 1898, *Salvador Prats c. Etats-Unis d'Amérique*, R.S.A., vol. XXIX, p. 196

²⁹⁷ V. *supra*, Chap. 1, III., §2, B.

²⁹⁸ Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party*, Washington, U.S. Government Printing Office, 1898, vol. II, pp. 1621-1622, cité par l'étude du Secrétariat précitée, §183 (nous soulignons)

²⁹⁹ S.A., 1931, *Naomi Russell, in her own right and as administratrix and guardian (Etats-Unis d'Amérique) c. Etats-Unis du Mexique*, R.S.A., vol. IV, p. 824

³⁰⁰ A. D. McNair, *International Law Opinions*, Cambridge, University Press, 1956, vol. II, p. 262-263, cité par l'étude du Secrétariat précitée, §185 (nous soulignons)

³⁰¹ S.A., *Leonor Buckingham (Grande-Bretagne) c. Etats-Unis du Mexique*, R.S.A., vol. V, p. 288 (nous soulignons)

sur son territoire est affaibli ou entravé en raison d'insubordination, d'empêchements, de révolutions ou de guerre civile »³⁰².

En résumé, il est établi que « [g]overnments are responsible, as a general principle, for the acts of those they control. But *the very existence of a flagrant revolution presupposes that a certain set of men have gone temporarily or permanently beyond the power of the authorities* (...) it can not reasonably be said that it should be responsible for a condition of affairs created without its volition »³⁰³. Hors des limites dans lesquelles l'Etat peut agir, la situation ne peut fonder sa responsabilité.

S'il est difficile d'engager la responsabilité de l'Etat pour des actes échappant à son contrôle, face auxquels il est impuissant, l'absence de contrôle n'en suscite pas moins des réactions, tant de la part de l'Etat tiers que de celle de l'individu situé sur le territoire de l'Etat subissant la défaillance.

II. Les réactions face à la perte du contrôle

Face à l'impossibilité d'engager la responsabilité de l'Etat, la réaction de certains Etats consiste à se borner à enregistrer l'absence d'effectivité du contrôle³⁰⁴ et lui faire produire des conséquences. Dans cette optique, le contrôle n'est plus perçu comme une obligation de moyens, dont l'appréciation varie selon la situation de son débiteur, mais comme une obligation de résultat, la simple constatation de l'absence de contrôle suffisant à lui faire produire des effets juridiques – reconnaissance d'un individu comme réfugié ayant subi des persécutions ou justification d'un recours à la force contre l'Etat subissant la perte de contrôle – nonobstant le comportement adopté par cet Etat. Une explication de cette mutation de l'obligation de contrôle réside dans l'importance de l'intérêt protégé : pour revenir à notre problématique du départ, à

³⁰² *Annuaire suisse de droit international*, vol. 28 (1972), pp. 249-250 (nous soulignons)

³⁰³ S.A., 1903, *Sambiaggio* (Italie c. Venezuela), R.S.A., vol. X, p. 513. Dans le même sens, v. not. S.A., 1903, *Guastini*, R.S.A., vol. X, pp. 561 et 578 ; S.A., *J.N. Henriquez* (Pays-Bas c. Venezuela), R.S.A. vol. X, p. 714 ; S.A., *Salas* (Pays-Bas c. Venezuela), R.S.A., vol. X, p. 720 (où « *the injuries were received from the hands of revolutionary soldiers, who for the time being and within that city were beyond the control of the Government* » et où le Gouvernement « *was defeated and was driven out of the city* ») ; S.A., 1873, *John H. Hanna c. Etats-Unis d'Amérique*, R.S.A. vol. XXIX, p. 144 (destruction de coton en Louisiane par des Confédérés).

³⁰⁴ Certes, l'absence d'effectivité ici résulte d'une absence de possibilité de rendre le contrôle effectif. Mais c'est davantage l'effectivité que la virtualité du contrôle qui est en cause, car le droit international (tel qu'interprété par certains Etats) se borne à constater que dans les faits, le contrôle ne produit aucun effet réel. Les conséquences que le droit international attache, ou que certains Etats prétendent attacher, à la situation est fondée sur le critère de l'absence d'effet réel du contrôle, indépendamment du fait de savoir s'il y a possibilité, ou non, de matérialiser le contrôle.

savoir la tension entre l'exigence de contrôle et les limites de l'Etat à la satisfaire, l'exigence ici devient si forte, en raison de l'importance des intérêts protégés par le contrôle, que les limites de l'Etat sont méconnues. Selon ce point de vue, dont l'application est discutable comme nous allons le voir, l'importance de l'intérêt justifie que l'on écarte la prise en compte des limites de l'Etat, de ses moyens, de sorte à concevoir l'obligation de contrôle comme étant une obligation de résultat.

Cette idée n'est pas nouvelle : dès la fin du XIXe siècle, une sentence indiquait que « le défaut de force laisse intacte l'obligation »³⁰⁵, et Anzilotti considérait que l'illicéité du comportement de l'Etat pouvait résulter de ce que celui-ci « *ne se trouve pas en mesure* ou qu'il n'ait pas la volonté de procéder contre les individus coupables »³⁰⁶. Toutefois, elle a connu un regain de vigueur dans le cadre de la lutte antiterroriste, au sein de la rhétorique interventionniste de certains Etats³⁰⁷, brandissant la doctrine dite de l' « *unwilling or unable* »³⁰⁸ pour justifier leurs recours à la force (A). Parallèlement, lorsque l'Etat est impuissant à contrôler sa population, les agissements de cette dernière peuvent contraindre l'individu à fuir son pays s'il se trouve en danger, pour aller quérir la protection d'un autre Etat. Se pose alors le problème de la protection du réfugié par le droit de l'asile en de telles situations, où l'impuissance permet (ou constitue ?) des « persécutions » (B). C'est sur ces deux questions qu'il convient de s'attarder ici, bien qu'elles ne soient pas les seules où l'effectivité puisse jouer comme unique critère de manquement³⁰⁹.

³⁰⁵ S.A., 1875, *Montijo* (Etats-Unis d'Amérique c. Colombie), in A. de La Pradelle et N. Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, t. III, Paris, Les éditions internationales, 1954, p. 678. Plus précisément, le passage pertinent est rédigé comme suit : « Le Gouvernement général de l'Union, par ses fonctionnaires à Panama, faillit à son devoir d'étendre aux citoyens des Etats-Unis la protection qu'il était tenu de leur assurer en vertu du droit des gens aussi bien que des traités spéciaux. De l'opinion du soussigné (l'Arbitre), c'était un devoir très net du président de Panama, agissant en qualité d'agent constitutionnel du Gouvernement de l'Union, de reprendre le Montijo aux révolutionnaires et de le rendre à ses propriétaires. *Il est vrai qu'il n'avait pas les moyens de le faire, n'ayant à sa disposition de forces navales ou militaires colombiennes suffisantes pour une telle tâche ; mais le défaut de force laisse intacte l'obligation.* Le premier devoir de tout gouvernement est de se faire respecter dans son pays et à l'étranger. S'il promet protection à ceux qu'il consent à admettre sur son territoire, il doit pourvoir aux moyens de la rendre effective. S'il faillit à ce devoir, même sans qu'il y ait faute de sa part, il doit faire la seule réparation qui est en son pouvoir, c'est-à-dire compenser les victimes. » (nous soulignons)

³⁰⁶ D. Anzilotti, « La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangers », *R.G.D.I.P.* t. 13 (1906), p. 299 (nous soulignons).

³⁰⁷ V. sur cette rhétorique, D. Alland, « Etats-Unis : la machine impériale (En lisant Noam Chomsky et quelques autres) », *Droits* 2018/1, n°67, pp. 117-168, spéc. pp. 141 s.

³⁰⁸ V. not. sur cette doctrine A. Deeks « 'Unwilling or Unable': toward a normative framework for extraterritorial self-defense », *Virginia Journal of International Law*, 2012, vol. 52, n°3, pp. 483-550 en faveur de l'*unwilling or unable* comme élément justificatif. *Contra*, O. Corten, « The 'Unwilling or Unable' Test: Has it been, and could it be, accepted? », *L.J.I.L.*, 2016, pp. 1-23

³⁰⁹ Tandis que la Cour internationale de Justice semblait considérer que les obligations de l'Etat accréditaire dans le cadre des relations diplomatiques, notamment de protection des locaux et du personnel diplomatique, étaient des obligations de moyens (voir *supra* s'agissant de l'affaire des *Otages à Téhéran*) elle a opéré un subtil

§1. L'attaque armée de l'Etat tiers – la perte du contrôle comme menace

Si le droit du recours à la force est marqué par un détachement entre « les mots et les conduites »³¹⁰, au moins les Etats méconnaissant le droit ont-ils la délicatesse d'accompagner leur comportement de justifications juridiques plus ou moins bien fondées, de sorte que « si les Etats se conduisent souvent fort mal, ils s'expriment tous fort bien. »³¹¹ En effet, bien que le droit international contemporain centralise le recours à la force dans les mains du Conseil de sécurité des Nations Unies, de sorte que les Etats doivent s'abstenir d'un tel recours³¹² sauf consentement de l'Etat visé, autorisation du Conseil³¹³ ou situation de légitime défense³¹⁴, les relations internationales sont sillonnées d'opérations militaires accompagnées d'un discours officiel « justifiant » le recours à la force.

changement de position, en engageant la responsabilité de la République démocratique du Congo pour atteinte à des biens diplomatiques de l'Ouganda, considérant que « cette disparition de biens appartenant à l'Ouganda constitue une violation des règles du droit international sur les relations diplomatiques, peu importe que cet acte résulte d'actions de la RDC elle-même ou de son impuissance à empêcher que des milices armées le commettent. ». En d'autres termes, peu importe le comportement de la R.D.C., ses efforts n'importent pas dans l'engagement de sa responsabilité : seule la perte de contrôle, et la subtilisation de biens diplomatiques, suffisent à engager la responsabilité de l'Etat. C.I.J., 2005, Cij, 2005, *Activités armées sur le territoire du Congo* (République démocratique du Congo c. Ouganda), §342. Dès lors, l'obligation de contrôle sur le territoire s'analyserait non plus comme une obligation de moyens, mais comme une obligation de résultat, le seul dommage au bien étant suffisant pour engager la responsabilité de l'Etat indépendamment de son comportement.

³¹⁰ G. de Lacharrière, « La réglementation du recours à la force : les mots et les conduites », in *Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Méthodes d'analyse du droit international. Mélanges offerts à Charles Chaumont*, Paris, Pedone, 1984, pp. 347-362

³¹¹ G. de Lacharrière, « La réglementation du recours à la force : les mots et les conduites », in *Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Méthodes d'analyse du droit international. Mélanges offerts à Charles Chaumont*, Paris, Pedone, 1984, p. 355

³¹² Art. 2§4 Charte des Nations Unies : « Les Membres de l'Organisation s'abstiennent, dans leurs relations internationales, de recourir à la menace ou à l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout Etat, soit de toute autre manière incompatible avec les buts des Nations Unies. »

³¹³ Art. 42 Charte des Nations Unies : « Si le Conseil de sécurité estime que les mesures prévues à l'article 41 seraient inadéquates ou qu'elles se sont révélées telles, il peut entreprendre, au moyen de forces aériennes, navales ou terrestres, toute action qu'il juge nécessaire au maintien ou au rétablissement de la paix et de la sécurité internationales. Cette action peut comprendre des démonstrations, des mesures de blocus et d'autres opérations exécutées par des forces aériennes, navales ou terrestres de Membres des Nations Unies. »

³¹⁴ Art. 51 Charte des Nations Unies : « Aucune disposition de la présente Charte ne porte atteinte au droit naturel de légitime défense, individuelle ou collective, dans le cas où un Membre des Nations Unies est l'objet d'une agression armée, jusqu'à ce que le Conseil de sécurité ait pris les mesures nécessaires pour maintenir la paix et la sécurité internationales (...) ».

La doctrine de l'*unwilling or unable*, qui pourrait être traduite par l'Etat *récalcitrant* ou *impuissant*, fait partie de ces justifications³¹⁵. Elle est généralement invoquée en appui d'un recours à la force fondé sur la légitime défense, contre une attaque armée mais aussi – c'est une possibilité d'application de la doctrine – face à des cyber-attaques³¹⁶. Cette doctrine consiste, en substance, à répondre par la force à une agression³¹⁷ perpétrée à l'encontre d'un Etat par une entité non-étatique située sur le territoire d'un autre Etat, ce dernier ne voulant ou ne pouvant pas prévenir l'agression en contrôlant l'entité. C'est l'idée de l'intervention comme protection

³¹⁵ Sont laissées de côté les autres situations de perte de contrôle pouvant motiver des velléités interventionnistes, notamment la question déjà très commentée de la « responsabilité de protéger », « nouvelle parure » (L. Condorelli) du droit international qui, selon le schéma établi par les Nations Unies (Doc. N.U. A/RES/60/1, §139 : le Conseil de sécurité doit agir lorsque « les autorités nationales *n'assurent manifestement pas la protection de leurs populations* contre le génocide, les crimes de guerre, le nettoyage ethnique et les crimes contre l'humanité »), n'est rien d'autre qu'une nouvelle formule désignant une situation d'autorisation du recours à la force par le Conseil de sécurité des Nations Unies sur le fondement du Chapitre VII de la Charte, dans laquelle le Conseil, pour qualifier la menace ou rupture de la paix, se fonde sur la perte de contrôle de l'Etat. Le recours à la force devant être motivé par une situation de menace ou de rupture de la paix et de la sécurité internationales, il est évident qu'une perte de contrôle puisse potentiellement être invoquée pour démontrer l'existence d'une telle situation, dans la mesure où cette perte signifie l'absence de l'Etat comme autorité jugulant les comportements individuels, dont la violence n'est plus bridée. Toutefois, la théorie de l'*unwilling or unable*, dans son volet *unable*, semble la plus pertinente dans une étude sur le contrôle par l'Etat *sur son territoire*, en ce qu'elle se fonde précisément sur une base territoriale, sur le fait qu'une partie du territoire étatique échappe à l'emprise de l'Etat.

³¹⁶ A. Deeks, « The geography of cyber conflict: through a glass darkly », *International Law Studies*, vol. 89, 2013, pp. 1-20. Toutefois, l'auteur admet que l'évaluation de la volonté ou de la possibilité de l'Etat « hôte » de contrôler la source du danger frappant l'Etat « victime », déjà mal assurée dans un cas classique, est d'autant plus compliquée en cas de cyber-sécurité : « As complicated as an “unwilling or unable” inquiry may be in the non-cyber context, it becomes even more complicated in the cyber context » (p. 5). Notamment parce qu'une entité non-étatique peut plus facilement utiliser les infrastructures cyber d'un Etat à son insu que son territoire, et parce que l'imputation d'une cyber-attaque, de manière générale, relève de la gageure. Dès lors, comment savoir quel Etat a failli à contrôler quelle entité ? Par exemple, les cyberattaques ayant frappé l'Arabie saoudite en août 2012 furent revendiquées par un groupe de hackers, « *The Cutting Sword of Justice* », qui invoqua comme motif de l'attaque l'attitude de l'Arabie saoudite au Bahreïn et en Syrie, sans qu'un Etat, voire simplement un territoire, puisse être identifié derrière, même si « une telle revendication laisse penser que l'Iran pourrait être derrière cette attaque », v. « Chronique des faits internationaux », *R.G.D.I.P.* t. 117 (2013), pp. 124-126.

³¹⁷ L'attaque armée est qualifiée d'« agression » par les défenseurs de la doctrine, l'agression seule pouvant fonder un recours à la légitime défense. A l'inverse, des auteurs rejettent la doctrine en partie en invoquant le fait que le concept même d'« agression par une entité non-étatique » est antinomique, l'agression ne pouvant émaner que d'un Etat. Parmi une littérature extrêmement abondante et quelque peu répétitive sur la légitime défense face au terrorisme, voir : *Pro* qualification d'« agression » indépendante de l'auteur du comportement, P.-M. Eisemann, « Attaques du 11 septembre et exercice d'un droit naturel de légitime défense », in *Le droit international face au terrorisme*, Pedone, 2002, pp. 239-248 ; A. Cassese, « Article 51 », in J.-P. Cot et A. Pellet (Dir.), *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, vol. I, Paris, Economica, 3^e éd., 2005, pp. 1332-1333 : « L'agression peut être accomplie non seulement par un autre Etat (...) mais encore par un autre sujet de droit international (...), ou même par un groupe terroriste basé sur le territoire d'un Etat souverain » ; S. Sur, *Le Conseil de sécurité dans l'après 11 septembre*, Paris, L.G.D.J., 2004, pp. 47-51 sur les résolutions 1368 et 1373 du Conseil de sécurité. *Contra*, v. O. Corten, *Le droit contre la guerre*, 2^e éd., Pedone, 2014, pp. 718 s., qui se fonde principalement sur une lecture combinée des articles 51 et 2§4 (la prohibition du recours à la force ne vise que les Etats, l'exception à cette prohibition ne peut donc être invoquée qu'en réponse à un Etat), sur la résolution 3314 de l'Assemblée générale des Nations Unies, et sur la jurisprudence de la Cour internationale de Justice.

de sa sécurité par l'Etat dont on trouve les prodromes dans la conception anglaise de l'intervention à l'époque de la Sainte Alliance³¹⁸.

En première approche, *unwilling or unable* peut interroger : l'absence de volonté n'a que peu de chose à voir avec l'impuissance quant au comportement d'un sujet de droit, et traiter l'une ou l'autre de manière interchangeable pose question. De plus, au regard de notre sujet d'étude, seul le volet « *unable* » de cette doctrine concerne la *perte* du contrôle. Cette apparente contradiction mène à considérer l'*unwilling or unable* sous un autre angle, celui de l'indifférence vis-à-vis du comportement de l'Etat que nous évoquions *supra* et qui mène à considérer le contrôle comme une obligation de résultat : peu importe la bonne volonté ou les efforts mis en œuvre ; seule compte, dans cette doctrine, l'absence du contrôle. En effet, sous l'égide de l'*unwilling or unable*, les Etats se bornent à enregistrer une situation purement factuelle, l'absence de contrôle³¹⁹, et à lui faire produire des effets de droit, à savoir la justification du recours à la force. Dans cette perspective, la doctrine de l'*unwilling or unable* doit s'entendre comme un bloc, qui vise, face à une situation « objective » d'absence de contrôle, à écarter la pertinence du comportement de l'Etat territorial en le marquant d'un

³¹⁸ V. Th. Fleury Graff, « Droit d'intervention et révolutions en droit international. Les enseignements de la Sainte Alliance », *Droits* 2012/2, n°56, pp. 122 s. Selon cette conception, un cas d'ouverture de l'intervention est celui où la « la révolte intérieure crée un danger extérieur » (p. 123).

³¹⁹ *Absence*, et non simple défaillance. Il peut toujours y avoir une défaillance dans le contrôle, dans un Etat policé, un individu « passant sous le radar » qui, surgissant de nulle part, prépare ou commet des exactions. Cela mène un auteur, M. Hartwig, à s'interroger sur le territoire sur lequel peut s'exercer la légitime défense invoquée par l'*unwilling or unable*, au vu de la déterritorialisation des groupes terroristes : ces groupes sont constitués par des individus issus d'un Etat, financés par un autre, s'entraînant sur le territoire d'un autre encore, et en frappant un quatrième. Il prend l'exemple des attentats du 11 septembre 2001. La cellule terroriste à l'origine des attentats était composée d'étudiants arabes qui avaient vécu en Allemagne pendant de nombreuses années ; les terroristes avaient pris des leçons de pilotage aux Etats-Unis. Dès lors, « is self-defence in Afghanistan still justified if it can be proven that Germany – by stricter surveillance of the activities of certain Islamist groups on its territory – or the USA – by the introduction of stricter rules for the admission to flying lessons – could have prevented the attack? If we assume that such a terrorist group commits crimes in all those States – will it be lawful that each of these States takes armed measures against the group on the territory of each other State claiming that an act which was indispensable for the successful commission of the attack had occurred there? ». V. Hartwig (M.), « Which State's territory may be used for self-defence against non-State actors? », *ZaöRV* vol. 77 (2017), p. 44.

Toutefois, si la juridicité de l'*unwilling or unable* est douteuse, il n'en reste pas moins que la doctrine a sa cohérence interne, que cet auteur méconnaît. En effet, elle n'entend pas réagir par la force à une situation de simple défaillance du contrôle, mais bien à une situation où celui-ci est absent sur une parcelle du territoire. Partant, et la nuance est importante, l'*unwilling or unable* vise à réagir face au contrôle qui a failli à *raison du territoire*, et non à *raison de l'individu situé sur le territoire*. En d'autres termes, ce n'est pas parce que l'Etat n'a pas contrôlé l'individu qu'il subira des frappes de l'Etat « victime », c'est parce qu'il ne contrôle pas une partie de son territoire que cette dernière sera frappée militairement, en ce qu'elle a permis – en tant que zone dépourvue de contrôle étatique – à un individu de développer des activités hostiles. C'est ce qui explique sur le plan juridique – laissant de côté les considérations politiques évidemment présentes – que la doctrine de l'*unwilling or unable* soit invoquée contre certains Etats dont une partie du territoire est aux mains de terroristes, et non contre d'autres par lesquels un terroriste n'a fait que transiter, même si ces derniers ont été, en un sens, impuissants (*unable*) à contrôler le comportement dudit terroriste.

stigmaté – celui de la mauvaise volonté ou de l’impuissance, au choix – qui, ce faisant, l’exclut de la solution au problème. En d’autres termes, l’*unwilling or unable* mène à justifier le recours à la force contre des individus hostiles face auxquels il est établi que l’Etat territorial ne fera rien. Dès lors qu’il est établi que l’Etat n’agira pas, le recours à la force apparaît comme nécessaire, sauf à laisser la situation jugée dangereuse pour la sécurité des Etats perdurer. Peu importe le « pourquoi » de l’absence de contrôle de l’Etat, seule compte cette dernière.

Ce rejet du comportement de l’Etat comme élément d’analyse peut interroger au vu des développements précédents, en ce que les limites de l’Etat sont absolument ignorées. Toutefois, il s’explique en partie par la particularité du droit de la sécurité collective. Certains avancent en effet que l’*unwilling or unable* obscurcit la distinction entre obligations de moyens et de résultat : « By suggesting that a State will not be protected anymore by Art. 2 § 4 of the UN Charter and International Law it is « unable » to defeat some NSA (Nonstate actor) on its territory, the UoU (unwilling or unable) test profoundly alters the nature of the due diligence principle. »³²⁰ Or, loin d’obscurcir la distinction, l’*unwilling or unable* la méconnaît, car elle s’inscrit dans le cadre de la sécurité collective, et non dans celui de la responsabilité. Si les deux corps de règles sont identiques sur le plan des faits lorsque la menace ou la rupture de la paix constitue *de facto* un fait illicite, ceux-ci sont d’une nature différente au niveau de leurs catégories juridiques³²¹. Ainsi, « [t]out en constituant des branches du droit différentes, le droit de la sécurité collective et le droit de la responsabilité de l’Etat entretiennent en définitive une profonde affinité »³²², ce qui explique que le raisonnement de l’obligation de résultat soit identifié dans le mécanisme de l’*unwilling or unable*, bien qu’il n’en soit pas l’un des rouages. Juridiquement, l’attaque n’entend pas répondre à la violation d’une obligation, mais à une menace contre la sécurité des Etats.

Néanmoins, en dépit de son apparente cohérence interne, le standard de l’*unwilling or unable* pose question en l’absence de critères guidant l’Etat dans l’établissement de l’ineffectivité du contrôle³²³ : la société internationale est un « monde argumentaire, où

³²⁰ Th. Christakis, « Challenging the "Unwilling or Unable" Test », *ZaöRV* vol. 77 (2017), p. 20

³²¹ M. Forteau, *Droit de la sécurité collective et droit de la responsabilité internationale*, Paris, Pedone, 2006, pp. 300-301.

³²² *Ibid.*, p. 635

³²³ Si A. Deeks propose des critères qui permettraient d’ « objectiver » le standard de l’*unwilling or unable*, parmi lesquels la coopération de l’Etat hôte, la nature de la menace, une évaluation raisonnable des moyens de l’Etat hôte... (v. A. Deeks, « ‘Unwilling or Unable’: toward a normative framework for extraterritorial self-defense », *Virginia Journal of International Law*, 2012, vol. 52, n°3, pp. 519 s.), un auteur lui oppose fort justement que le standard n’en manque pas moins de clarté, en ce que ces critères reviennent à exiger de l’Etat « victime » qu’il soit raisonnable dans son choix de répondre par la force, alors même que tout Etat peut s’auto-apprécier comme

s'essaient les allégations »³²⁴, le souci étant en l'espèce que cette allégation risque fort d'être accompagnée de missiles³²⁵. De plus, ce standard peut rapidement devenir un instrument rhétorique camouflant une domination par la force d'un Etat sur un autre, car en cas d'évaluation erronée du standard de l'*unwilling or unable*, l'Etat « hôte » des entités non-étatiques hostiles prétendument impuissant ou récalcitrant « most likely will not be in a position to credibly punish a victim state, as host states tend to be significantly weaker than victim states. »³²⁶ C'est même en raison de leur faiblesse que ces Etats hôtes font, en premier lieu, l'objet d'un recours à la force, en ce qu'ils sont jugés impuissants.

A l'appui de leurs allégations, les Etats « victimes » présentent le territoire de l'Etat « hôte » comme un « sanctuaire »³²⁷ constitué par l'absence de contrôle par l'Etat sur son territoire. Dès lors, l'Etat entend frapper les individus lui étant hostiles situés dans ce « sanctuaire », en invoquant sa défense. On trouve une expression de la doctrine dans la position des Etats-Unis d'Amérique, grands promoteurs de la doctrine, sous la présidence de George W. Bush : « America is now threatened less by conquering states than we are by failing ones. »³²⁸

« raisonnable ». V. Ahmed (D.I.), « Defending weak States against the “Unwilling or Unable” doctrine of self-defense », *Journal of International Law & International Relations* (Toronto), vol. 9 (2013), pp. 14 s.

D'ailleurs, ces critères reviennent, en réalité, à nier le consentement de l'Etat. Selon I. Couzigou, qui rejoint A. Deeks, l'Etat « impuissant » doit requérir l'aide de ses pairs, et doit accepter cette aide sous peine d'être qualifié de récalcitrant (v. I. Couzigou, « The right to self-defence against non-State actors – criteria of the “Unwilling or Unable” test », *ZaōRV* vol. 77 (2017), pp. 53-55). Ainsi, la liberté du consentement de l'Etat est écartée au profit d'une acceptation obligatoire de l'« aide » d'autres Etats qui, si elle n'est pas donnée, sera sanctionnée par la qualification d'*unwilling* aboutissant au recours à la force. De plus, cela ne fait que déplacer le problème : si l'on sait comment qualifier l'Etat d'« *unwilling* », suivant le critère du refus de l'aide, comment établir qu'il a besoin d'aide ?

³²⁴ D. Alland, « L'ordre juridique international », in D. Alland (Dir.), *Droit international public*, Paris, PUF, Coll. Droit fondamental, 2000, p. 25

³²⁵ Comme le relève le Pr. Fleury Graff à propos de la conception anglaise à l'époque de la Sainte Alliance mentionnée *supra*, « C'est toute la faiblesse de la doctrine anglaise – et par conséquent moderne – de l'intervention : le critère de la menace extérieure, entendu comme exception à l'interdiction de l'intervention, est sujet à toutes les interprétations, qu'aucune autorité supérieure n'est habilitée à trancher », Th. Fleury Graff, « Droit d'intervention et révolutions... », *op. cit.*, p. 125. Visant l'évaluation de la menace, cette remarque est également valable pour l'évaluation de l'absence de volonté ou de l'impuissance de l'Etat à contrôler sa population.

³²⁶ Ahmed (D.I.), « Defending weak States against the “Unwilling or Unable” doctrine of self-defense », *Journal of International Law & International Relations* (Toronto), Hiver 2013, p. 17. A la page suivante, l'auteur dresse un tableau répertoriant onze situations d'invocation de l'*unwilling or unable*, sur lesquelles dix voient l'Etat « victime » plus puissant que l'Etat « hôte ». Dans le même sens, v. Brunnee (J.) et Toope (S.), « Self-defence against non-state actors: are powerful states willing but unable to change international law? », *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 67-2 (2018), p. 279, le test établit un « legal framework for the semi-periphery harkening back to the standard of “civilization” in nineteenth century international law that enabled European States to accord non-European States a lesser legal status because of how they were “internally organized” ».

³²⁷ C'est ce terme de « sanctuaire » qui, dans la rhétorique des Etats « victimes », est le plus utilisé pour désigner les parcelles de territoire soustraites au contrôle de l'Etat territorial.

³²⁸ *The National Security Strategy of the United States of America*, Septembre 2002, Archive disponible en ligne : <https://georgewbush-whitehouse.archives.gov/nsc/nss/2002/nss1.html>

Ce terme de « sanctuaire » dénote une tendance à isoler la parcelle de territoire de l'Etat auquel ce territoire appartient : l'absence de contrôle en fait une sorte de « zone de non-droit », et donc détachée de l'Etat, ce qui mène les partisans de la doctrine à considérer qu'une frappe militaire sur cette zone du territoire ne frappe pas l'Etat territorial. C'était notamment la position belge s'agissant des frappes à l'encontre de la Syrie, de considérer que « [c]es mesures sont dirigées contre le soi-disant « Etat islamique d'Iraq et du Levant » et non contre la République arabe syrienne. »³²⁹ Suivant cette logique, la légitime défense s'exercerait en fonction d'un rattachement territorial, et s'appliquerait « aux entités territoriales indifféremment de leur nature étatique ou quasi-étatique. »³³⁰ L'entité exerçant un contrôle durable sur un territoire jadis étatique, elle aurait le statut gênant d'un proto-Etat, qui n'existerait comme sujet de droit international que par la violence qu'il est capable de déployer, et par les frappes qu'il encourt en retour. Toutefois, le droit du recours à la force reste interétatique³³¹. Si l'on refuse de considérer que les groupes terroristes s'étant emparés du contrôle sur une parcelle de territoire acquièrent de ce fait la qualité d'Etat – Etat qui ne serait reconnu par ses pairs qu'en qualité d'ennemi –, il semble dangereusement artificiel, sur la base d'une évaluation subjective, de soustraire une partie du territoire d'un Etat à la protection que lui confère le droit international face à la force armée de ses pairs, en arguant simultanément que, certes le territoire est celui de l'Etat, mais que l'on peut frapper l'un sans pour autant frapper l'autre³³².

Malgré les questions qu'elle pose, cette doctrine fut invoquée en pratique, invocations qui illustrent tant la logique de la doctrine, basée sur l'absence de contrôle, que sa juridicité douteuse. Ainsi, dans le cadre du conflit en Tchétchénie, le Président Poutine constata que « [l]a lutte contre le terrorisme est compliquée notamment par le fait qu'il subsiste, dans certaines parties du monde, des *enclaves territoriales échappant au contrôle des gouvernements nationaux* qui, en raison de circonstances diverses, *ne peuvent pas* ou ne veulent pas faire face

³²⁹ Doc. N.U., S/2016/523, Lettre datée du 7 juin 2016, adressée au Président du Conseil de sécurité par le Représentant permanent de la Belgique auprès de l'Organisation des Nations Unies. Dans le même sens, v. la position de la Norvège, S/2016/513, Lettre datée du 3 juin 2016, adressée au Président du Conseil de sécurité par le Représentant permanent de la Norvège auprès de l'Organisation des Nations Unies.

³³⁰ E. Cannizzaro, « Entités non étatiques et régime international de l'emploi de la force : une étude sur le cas de la réaction israélienne au Liban », *R.G.D.I.P.* t. 111 (2007), p. 346

³³¹ Art. 2§4 de la Charte des Nations Unies : « Les Membres de l'Organisation s'abstiennent, *dans leurs relations internationales*, de recourir à la menace ou à l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique *de tout Etat*, soit de toute autre manière incompatible avec les buts des Nations Unies. » (Nous soulignons.)

³³² Dans ce sens, v. P. Urs, « Effective territorial control by non-State armed groups and the right to self-defence », *ZaöRV* vol. 77 (2017), pp. 31-34. P. 33 : « Reliance on effective control by a non-State armed group is at present no more than political rhetoric that takes advantage of the context-specific territorial dimension of the ISIL threat. As such, the legal justification for the use of force in Syria remains obscure ».

à la menace terroriste », et que « [l]’un de ces endroits où la situation suscite une vive inquiétude en Russie est la gorge de Pankis et la zone avoisinante située le long de la frontière d’État entre la Géorgie et la Russie ». En conséquence, il décida que « [s]i les dirigeants géorgiens ne parviennent pas à créer une zone de sécurité dans la région frontalière entre la Géorgie et la Fédération de Russie », alors la Russie se réserve « le droit d’agir conformément aux dispositions de l’Article 51 de la Charte des Nations Unies qui consacre le droit naturel de légitime défense, individuelle ou collective, pour chaque État Membre de l’Organisation. »³³³ Il conclut que « [t]out cela sera superflu et il ne sera pas nécessaire de prévoir des mesures et des opérations spéciales quelconques *si les dirigeants géorgiens contrôlent véritablement leur propre territoire.* »³³⁴ D’autres exemples parsèment l’histoire récente des relations internationales. La doctrine de l’*unwilling or unable* a pu être invoquée par la Turquie pour frapper le Parti des travailleurs kurdes (P.K.K.) sur le territoire iraquien³³⁵, par Israël pour frapper le Hezbollah sur le territoire libanais³³⁶, ou, plus récemment, par les États-Unis

³³³ Doc. N.U., S/2002/1012, Annexe à la lettre datée du 11 septembre 2002, adressée au Secrétaire général par le Représentant permanent de la Fédération de Russie auprès de l’O.N.U., Déclaration du Président de la Fédération de Russie, V. V. Poutine

³³⁴ *Ibidem.*

³³⁵ Parmi d’autres invocations de ce genre, v. Doc. N.U., A/51/550 – S/1996/872, Annexe, Lettre datée du 17 octobre 1996, adressée au Secrétaire général par le Ministre des affaires étrangères et Vice-Premier Ministre de la République de Turquie, « On ne peut pas demander à la Turquie de s’abstenir de toute action *tant que l’Iraq n’aura pas recommencé à assumer ses obligations*, alors que l’intégrité et la sécurité de son propre territoire sont sans cesse menacées par les incursions armées auxquelles se livre ouvertement une organisation terroriste basée en Iraq qui, *profitant de la vacance du pouvoir*, opère à partir de ce pays » (nous soulignons). V. également Doc. N.U., S/1995/605 ; S/1997/7. Pour le contexte général de l’affaire, v. Isabelle Moulier, « L’emploi de la force par la Turquie contre le Parti des travailleurs du Kurdistan (PKK) dans le nord de l’Iraq », *A.F.D.I.* 2008, pp. 143-172.

³³⁶ V. les débats houleux au Conseil de sécurité des Nations Unies, Doc. N.U., S/PV.2071, 17 mars 1978, qui eurent lieu après une incursion des forces israéliennes sur le territoire libanais, suite à des attentats réalisés par le Hezbollah sur la route de Haïfa et à Tel-Aviv. M. Herzog, représentant d’Israël, invoque que « nous parlons d’une région qui est le foyer et le centre des opérations internationales de terrorisme » (§33), qu’un « état de chaos complet s’est installé dans la partie sud du Liban » (§39), que « cette totale liberté d’action de l’OLP vient de son mépris complet de la souveraineté du Liban et de l’incapacité du Gouvernement libanais de contrôler une partie de son propre territoire » (§47), « Le Gouvernement libanais a perdu le contrôle de cette situation et, oserai-je dire, sa souveraineté sur une partie importante de son propre territoire » (§51). Toujours selon M. Herzog, face à cette situation, « le Gouvernement israélien était dans l’obligation d’agir. Le Gouvernement israélien n’avait pas le choix. Il a agi conformément à son droit national de légitime défense, ce droit inhérent de défendre son territoire et sa population et de rendre impossible à l’avenir la répétition de ces attaques sauvages. » (§52). V. sur les développements récents de cette affaire E. Cannizzaro, « Entités non étatiques et régime international de l’emploi de la force : une étude sur le cas de la réaction israélienne au Liban », *R.G.D.I.P.* t. 111 (2007), pp. 333-354

d'Amérique et certains de leurs alliés dans le cadre des frappes sur l'Etat islamique en Syrie³³⁷, sur demande de l'Iraq³³⁸.

Néanmoins, il est douteux que cette doctrine ait intégré le droit positif du recours à la force. Outre le fait qu'elle ne repose sur aucun texte³³⁹, elle donna lieu à des protestations à chacune de ses invocations, balayant une possible consécration coutumière en chassant une *opinio juris* naissante. Ainsi, la Géorgie invoqua le fait que « [l]a partie géorgienne est priée de contrôler son territoire *au moment même où l'application des mesures prises contre des éléments criminels et des combattants entre dans une phase décisive* »³⁴⁰, posant ainsi la question nébuleuse et, en cela, problématique, de savoir quand qualifier un Etat d'*unwilling or unable*. Rejetant plus catégoriquement l'*unwilling or unable*, l'Iraq dénonça les actions de la Turquie sur son territoire comme une ingérence et une atteinte à sa souveraineté³⁴¹, de même que les Etats arabes dénoncèrent l'avancée israélienne en territoire libanais³⁴². L'absence d'*opinio juris* fut récemment révélée par l'intervention de la coalition américaine en Syrie, dans le cadre de

³³⁷ Doc. N.U. S/2014/695, Lettre datée du 23 septembre 2014, adressée au Secrétaire général par la Représentante permanente des Etats-Unis d'Amérique auprès de l'Organisation des Nations Unies : « Aux termes de l'Article 51 de la Charte des Nations Unies, les États jouissent du droit naturel de légitime défense, individuelle ou collective. Ils doivent pouvoir se défendre lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, le gouvernement de l'État où se trouve la menace ne veut pas ou ne peut pas empêcher que des attaques soient menées depuis son territoire. Le régime syrien a montré qu'il n'avait pas les moyens ni l'intention de reprendre seul ces sanctuaires. »

³³⁸ Doc. N.U. S/2014/691 (Annexe), Lettre datée du 20 septembre 2014, adressée à la Présidente du Conseil de sécurité par le Représentant permanent de l'Iraq auprès de l'Organisation des Nations Unies : « [L]Etat islamique a établi hors de nos frontières un *sanctuaire* qui constitue une menace directe pour la sécurité de notre peuple et de notre territoire ; il a acquis les moyens de former des combattants ainsi que d'organiser, de financer et de mener des opérations terroristes à travers nos frontières que nous ne sommes plus en mesure de défendre, ce qui expose nos habitants à la menace d'attentats terroristes », et appelle en conséquence les Etats-Unis à frapper militairement les « bastions militaires » de l'Etat islamique (nous soulignons).

³³⁹V. notamment l'appel de chercheurs et professeurs de droit international, *Contre une invocation abusive de la légitime défense pour faire face au défi du terrorisme*, disponible en ligne sur : <http://cdi.ulb.ac.be/wp-content/uploads/2016/06/Contre-une-invocation-abusive-de-la-legitime-defense.pdf>

Certains Etats ont tenté de se fonder sur la résolution 2249 du Conseil de sécurité (Doc. N.U. S/RES/2249), dans laquelle le Conseil note la menace que représente Daech « par le contrôle qu'il exerce sur une grande partie du territoire (...) de l'Iraq et de la Syrie », et « Demande aux Etats membres (...) de prendre toutes les mesures nécessaires, conformément au droit international (...) sur le territoire se trouvant sous le contrôle de [Daech] en Syrie et en Iraq ». Toutefois, cette réserve du respect du droit international – y compris, donc, le droit du recours à la force – et l'absence de référence au Chapitre VII de la Charte empêchent d'y voir une autorisation de recours à la force du Conseil, et donc encore moins une reconnaissance explicite de la juridicité de l'*unwilling or unable*.

³⁴⁰ Lettre datée du 13 septembre 2002, adressée au Secrétaire général par le Représentant permanent de la Géorgie auprès de l'ONU, Annexe, Déclaration du Ministère géorgien des affaires étrangères, Doc. N.U. A/57/409 – S/2002/1035 (Annexe)

³⁴¹ Doc. U.N. A/51/438 – S/1996/812

³⁴² Là encore, aux débats au Conseil de sécurité, Doc. N.U., S/PV.2071, 17 mars 1978, le Liban estima être « l'objet d'une agression » (§12), constat notamment partagé par la Syrie (§88). M. Nuseibeh, représentant de la Jordanie, déclara que « La sécurité intérieure de chaque pays est la prérogative des forces de sécurité de chaque Etat. Si elles ne savent pas s'acquitter de leur tâche, cela ne saurait justifier la violation de la souveraineté et de l'indépendance des Etats voisins indépendants. » (§81).

laquelle le Pr. Corten relève que sur les quinze Etats ayant participé aux frappes, seuls quatre se sont référés à l'*unwilling or unable*, et un à l'absence d'effectivité du contrôle de la Syrie sur son territoire³⁴³, notamment l'Allemagne qui avança à l'appui de l'invocation de son droit de légitime défense que « [l]'EIL occupe une partie du territoire syrien dont le Gouvernement syrien n'a actuellement pas le contrôle effectif. »³⁴⁴

D'autres Etats, dont la Syrie³⁴⁵, contestèrent la licéité de l'intervention. De plus, cet épisode ne marqua pas la fin des contestations, ces dernières continuant d'être émises par les Etats, comme récemment de la part du Mexique, qui dit rejeter « les arguments permettant l'emploi de la force en vertu de la doctrine qui justifie l'intervention dans un Etat dont les autorités n'ont « ni la volonté ni les moyens d'agir », ou qui n'exercent pas un contrôle effectif. »³⁴⁶

En conclusion sur ce point, « the rather mixed, and largely self-referential, practice of a small number of primarily Western States cannot suffice to shift customary law in the face of the silence of a majority of States on the operations against IS in Syria and the explicit preference of 120 States that the self-defence norm remain a narrow exception »³⁴⁷.

A l'opposé de l'Etat tiers, situé en dehors de la menace, il y a l'individu, vivant en son sein, situé sur le territoire de l'Etat ayant perdu le contrôle et aux yeux duquel la fuite face aux dangers générés par cette perte peut constituer l'unique chance de salut.

§2. La fuite de l'individu – la perte du contrôle comme persécution

« Il est clair que la Convention de 1951 n'impose des obligations que pour l'Etat d'accueil, et que nulle mention n'est faite de l'Etat d'origine qui reste donc à l'écart du système de

³⁴³ Dans son article précité, O. Corten, « The 'Unwilling or Unable' Test: Has it been, and could it be, accepted? », *L.J.I.L.*, 2016, pp. 4-9. V. également O. Corten, « Has practice led to an "Agreement between the Parties" regarding the interpretation of Article 51 of the UN Charter? », *ZaöRV* vol. 77 (2017), pp. 15-17.

³⁴⁴ S/2015/946 (nous soulignons).

³⁴⁵ Doc. N.U., A/70/671-S/2015/1043, *Lettres identiques datées du 27 décembre 2015, adressées au Secrétaire général et à la Présidente du Conseil de sécurité par le Représentant permanent de la République arabe syrienne auprès de l'Organisation des Nations Unies*, « Les frappes aériennes répétées de la « coalition internationale » prouvent clairement les intentions hostiles de cette coalition et des Etats qui la constituent à l'égard de la Syrie. »

³⁴⁶ S/2021/247 (Annexe), Lettre datée du 8 mars 2021 adressée à la Présidente du Conseil de sécurité par le Représentant permanent du Mexique auprès de l'Organisation des Nations Unies

³⁴⁷ Brunnee (J.) et Toope (S.), « Self-defence against non-state actors: are powerful states willing but unable to change international law? », *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 67-2 (2018), pp. 263-286, p. 277

protection international des réfugiés établi par cet instrument. »³⁴⁸ En effet, la Convention de Genève relative au statut des réfugiés intervient *a posteriori*, après que l'Etat d'origine a failli à son devoir de protection de ses ressortissants. Pour autant, il n'en reste pas moins que ce devoir de protection est au centre du droit des réfugiés, la reconnaissance de ce statut étant une réaction face à la défaillance de l'Etat dans l'accomplissement de son devoir de protection. Cela résulte de la pensée qu'« [u]ne part non négligeable de la philosophie politique appuie sur le devoir de protection de l'autorité légale à l'égard de ses sujets la raison d'être et la légitimité du pouvoir politique. De ce point de vue il apparaît, symétriquement, que la persécution se traduit toujours par une absence de protection, laquelle est du ressort des autorités de l'Etat. »³⁴⁹ Dans l'optique du contrôle par l'Etat sur son territoire, se pose la question de savoir dans quelle mesure l'impuissance à contrôler les comportements individuels peut constituer une persécution. En d'autres termes, l'individu fuyant son pays en craignant que ses pairs lui fassent du mal, en raison d'une impuissance de l'Etat à le protéger en contrôlant le comportement de sa population, peut-il prétendre à la qualité de réfugié ?

S'il est admis que des comportements particuliers comme ceux d'une mafia³⁵⁰ ou d'une milice armée non-étatique³⁵¹ peuvent être à l'origine de *craintes*³⁵² de l'individu, celles-ci ne seront des craintes *de persécution* que dans la mesure où elles résultent d'une absence de protection de l'Etat. Pour ce qui est de la perte du contrôle, « dès lors qu'il est établi que l'Etat n'a pas les moyens d'assurer la protection, ou qu'il ne lui est pas possible de mettre en œuvre ces moyens cependant que des exactions sont commises par des particuliers, il n'est possible de rattacher cet état de fait à l'Etat qu'en lui imputant un manquement au devoir de protection envisagé comme découlant d'une obligation de résultat. »³⁵³ C'est ici une « *conception objective* car le comportement des autorités n'est pas en cause »³⁵⁴, seule compte la situation qui révèle l'absence de contrôle. Dans cette perspective, seule compte l'exigence de contrôle qui n'est pas satisfaite, nonobstant les limites de l'Etat. En effet, « dès lors que des autorités

³⁴⁸ V. Gowlland-Debbas, « La responsabilité internationale de l'Etat d'origine pour des flux de réfugiés », in S.F.D.I., *Droit d'asile et des réfugiés*, Colloque de Caen, Paris, Pedone, 1997, p. 101.

³⁴⁹ D. Alland et C. Teitgen-Colly, *Traité du droit de l'asile*, Paris, PUF, Coll. Droit fondamental, 2002, p. 450

³⁵⁰ C.N.D.A., 25 mars 2011, *M. A.*, n°10015980 C, *Rec.* 2011, pp. 127-128

³⁵¹ C.N.D.A., 7 février 2011, *M. F.*, n°10017663 C, *Rec.* 2011, p. 128

³⁵² C'est cette « crainte » qui définit le réfugié. Art. 1A(2) de la Convention de Genève de 1951, le réfugié est la personne « craignant avec raison d'être persécutée (...) et qui ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de [son pays d'origine] (...) ».

³⁵³ D. Alland, « Observations sur le devoir international de protection de l'individu », in *Libertés, justice, tolérance – Mélanges Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, vol. I, p. 28.

³⁵⁴ D. Alland, « Le dispositif international du droit de l'asile », in S.F.D.I., *Droit d'asile et des réfugiés*, Colloque de Caen, Paris, Pedone, 1997, p. 49

légalles subsistent dans le pays d'origine et qu'une personne réclame auprès d'elles la protection vis-à-vis des exactions commises par des groupes en lutte armée contre ces mêmes autorités, la solution consistant à assimiler le défaut objectif de protection à une crainte de persécution est tentante. »³⁵⁵

Cette conception du devoir de protection (et donc de contrôle) comme obligation de résultat fut dans une certaine mesure adoptée par le juge français, alors même qu'il était réticent à qualifier l'incapacité de l'Etat comme étant une persécution³⁵⁶. Selon sa jurisprudence, constituent une persécution les actes d'une autorité de fait s'étant substituée à l'Etat en contrôlant une partie de son territoire³⁵⁷. Dans ce cas, c'est bien l'impuissance de l'Etat à contrôler son territoire qui est à l'origine de la persécution, en ce qu'elle permet à une autorité de fait de s'enraciner sur une parcelle du territoire et, forte de cette emprise, de persécuter la population³⁵⁸. C'est en raison du fait qu'il est « évident qu'un Etat qui ne contrôle pas la partie de son territoire dont est originaire le requérant ne peut lui offrir de protection adéquate »³⁵⁹, que le droit de l'Union européenne a listé parmi les acteurs de persécutions les « partis ou

³⁵⁵ D. Alland et C. Teitgen-Colly, *Traité du droit de l'asile*, Paris, PUF, Coll. Droit fondamental, 2002, p. 463. V. not. la jurisprudence citée s'agissant de la situation en ex-Yougoslavie (pp. 463 s.).

³⁵⁶ V. not. la jurisprudence citée par F. Tiberghien, *La protection des réfugiés en France*, Paris, Economica, 2^e éd. 1988, pp. 93 s. Classiquement, le Conseil d'Etat ne qualifiait de persécutions les actes exercés par des particuliers que si ces actions étaient « en fait *encouragées ou tolérées* volontairement par l'autorité publique, de sorte que l'intéressé n'est pas effectivement en mesure de se réclamer de la protection de celle-ci », CE, 27 mai 1983, *Dankha*, n°42074. V. également D. Alland et C. Teitgen-Colly, *Traité...*, *op. cit.*, pp. 455 s. sur les modalités de rattachement des persécutions aux autorités de l'Etat.

La récente réforme européenne du droit de l'asile tend à infirmer cette jurisprudence, en ce que peuvent être considérés comme acteurs de persécution les « acteurs non étatiques dans les cas où les autorités [de protection] refusent ou *ne sont pas en mesure* d'offrir une protection » (nous soulignons), art. L. 713-2 Ceseda, transposant la Directive 2011/95/UE, art. 6 *litt. c*). En effet, la C.N.D.A. admet désormais que « les craintes de persécutions que le demandeur déclare éprouver peuvent être le fait de l'Etat lui-même *mais aussi d'autres auteurs contre lesquels ce même Etat peut ne pas être en mesure* ou ne pas vouloir offrir une protection » (3 mai 2016, *Mme M.*, n°12005702 R, *Rec.* 2016, p. 106). Encore récemment, la Cour reconnut la qualité de réfugiée à une universitaire d'origine kurde persécutée par l'Etat islamique en s'appuyant sur « la carence des autorités irakiennes à la protéger contre les membres des mouvances islamistes » (C.N.D.A., 17 février 2020, *Mme A.*, n°17049253 C+, *Rec.* 2020, p. 33).

³⁵⁷ D. Alland et C. Teitgen-Colly, *Traité...*, *op. cit.*, pp. 468-469, qui identifie comme début de cette jurisprudence la situation en ex-Yougoslavie, face à laquelle « la Commission a décidé que les persécutions émanant des milices serbes peuvent ouvrir droit à la qualité de réfugié ».

³⁵⁸ Par exemple, v. C.R.R., SR, 29 juillet 2005, n°487336, *Mlle A.*, *Rec.* 2005, p. 65, sur les persécutions par les membres du clan Darod d'une ressortissante somalienne appartenant à la minorité Reer hamar. La Commission note que les membres du clan Darod « contrôlent aujourd'hui la région de Gedo » et reconnaît la qualité de réfugiée de la demandeuse dès lors que le Gouvernement somalien « n'est actuellement pas en mesure d'exercer de manière effective un pouvoir organisé au sein du territoire somalien et dans ces conditions d'offrir une protection aux membres du clan Reer hamar » (pp. 65-66). Même solution *mutatis mutandis* pour la situation en Haïti (C.R.R., 15 février 2005, *Mlle D.*, n°513570, *Rec.* 2005, p. 67) et pour les FARC en Colombie dans la région de Cali (C.R.R., 26 avril 2005, *Mlle C.*, n°502080, *Rec.* 2005, p. 69).

³⁵⁹ Th. Fleury Graff et A. Marie, *Droit de l'asile*, Paris, PUF, Coll. Droit fondamental, 2019, p. 237

organisations qui contrôlent l'Etat ou une partie importante du territoire de celui-ci ».³⁶⁰ Il y a donc, dans cette optique, une sorte de persécution à double détente : l'impuissance de l'Etat à contrôler une partie de son territoire permet dans un premier temps à une entité non-étatique de se substituer à lui, entité qui, dans un second temps, adopte un comportement de nature à être qualifié de persécution vis-à-vis de la population lui étant assujettie *de facto*. Le comportement à l'origine de la persécution n'est que partiellement individuel, car si l'entité n'a pas, *en droit*, la qualité étatique, reste qu'elle en a *en fait* les propriétés lui conférant, de manière symétrique à sa capacité de protéger l'individu³⁶¹, une puissance persécutrice³⁶².

S'agissant des comportements proprement individuels, échappant au contrôle de l'Etat sans qu'une autorité s'y substitue pour autant, le point de vue de l'obligation de résultat trouve une consécration dans la position du Haut-commissariat pour les réfugiés qui, sous le vocable d'« agents de persécution », range le peuple aux côtés des autorités étatiques, si les autorités « refusent ou sont *incapables* d'offrir une protection efficace »³⁶³, position suivie par exemple par le juge autrichien³⁶⁴. « Refusent ou sont incapables » : nous aurons reconnu ici la doctrine de l'*unwilling or unable*, qui connut d'intéressants développements aux Etats-Unis d'Amérique, révélateurs de l'ambiguïté entourant la conception du devoir de protection de l'Etat via le contrôle de sa population et, corrélativement, la possibilité de qualifier sa défaillance en persécution afin de protéger l'individu dans un Etat tiers pour pallier cette carence.

Fermement établie dans la jurisprudence états-unienne³⁶⁵, la doctrine de l'*unwilling or unable* permet de considérer comme une persécution l'inaction du Gouvernement de l'Etat d'origine,

³⁶⁰ Art. 6 *litt.* b) de la Directive 2011/95/UE du 13 décembre 2011, dite « Directive Qualification ». En France, transposé à l'art. L. 713-2 al. 1 Cesda.

³⁶¹ V. *supra*, Chapitre 2, I., §1.

³⁶² V. D. Alland et C. Teitgen-Colly, *Traité du droit de l'asile*, *op. cit.*, p. 461 : « Dès lors qu'il y a des autorités disposant d'assez d'effectivité pour protéger un individu, elles sont par là même en mesure de le persécuter ».

³⁶³ H.C.R., *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*, HCR/1P/4/FRE/REV/1, §65.

³⁶⁴ Tribunal administratif d'Autriche, 8 octobre 1980, *K. c. Bundesminister für Inneres, Generaldirektion für die öffentliche Sicherheit* (publiée en français au *Journal du droit international* de 1983). La crainte peut être considérée comme bien fondée au sens de la Convention si « l'administration ou le gouvernement s'avèrent incapables de protéger les personnes persécutées » ; or en l'espèce ce n'était pas le cas car le Gouvernement turc « non seulement n'approuve pas, mais combat » les comportements d'extrémistes musulmans vis-à-vis de la minorité chrétienne *J.D.I.* précité, p. 622).

³⁶⁵ La décision de principe est la suivante : B.I.A., *Matter of Acosta*, 19 I&N Dec. 211, 222 (B.I.A. 1985) : l'acception de « persecution » vise les actes infligés « either by the government of a country or by persons or an organization that the government was unable or unwilling to control » (nous soulignons). V. également B.I.A., *In re Tan*, 12 I&N Dec. 564, 568 (B.I.A. 1967) : « Mob action may be a ground for staying deportation (...) where it is established that a government cannot control the mob » (nous soulignons); B.I.A., *Matter of Pierre*, 15 I&N Dec. 461, 462 (B.I.A. 1975) : « It would first have to be shown that the government concerned was either unwilling or unable to control the persecuting individual or group ».

indépendamment d'une approbation ou d'un endossement du comportement de l'individu. Par exemple, la *Board of Immigration Appeals* a pu reconnaître que la *Provisional Irish Republican Army* était une organisation terroriste échappant au contrôle de l'Etat irlandais, dont le comportement pouvait constituer une persécution³⁶⁶. Cherchant à limiter le succès de demandes d'asile fondées sur ce type de persécutions, l'administration Trump, via son *Attorney General*³⁶⁷, a substitué à l'*unwilling or unable* le standard du *condone or completely helpless*³⁶⁸, soulignant que le demandeur d'asile « must show more than “difficulty controlling” private behaviors »³⁶⁹ de la part de l'Etat. Or, à l'inverse de ce que prétend l'*Attorney General Rosen*³⁷⁰, il semble bien que dire d'un Etat qu'il est « *unable* » à contrôler sa population n'est pas tout à fait la même chose que de dire qu'il est « *completely helpless* » pour l'individu³⁷¹. Si les deux terminologies renvoient à l'idée d'une impuissance de l'Etat à contrôler sa population, elles visent différents *degrés* d'impuissance. De fait, « a government that (...) is “completely helpless” in the face of persecution is obviously (...) more incompetent, than one that is simply (...) unable to protect its citizens. »³⁷² En d'autres termes, « a standard of ‘complete helplessness’ is not merely semantic; it invokes a higher burden than showing that a government was “unable” to control the non-state actor or prevent these harms. »³⁷³ Assimiler l'un à l'autre est problématique, car tout en élevant la charge de la preuve que l'individu doit apporter par le jeu d'une terminologie lui étant moins favorable, cette assimilation l'empêche de plaider un retour au standard moins exigeant de l'*unwilling or unable*, puisqu'il est dit que la nouvelle terminologie lui est équivalente³⁷⁴. Partant, cette terminologie abaisse le seuil de contrôle étatique en dessous duquel l'Etat peut être considéré comme ayant failli à son devoir de protection par son impuissance.

³⁶⁶ B.I.A., *Matter of McMullen*, 19 I&N Dec. 94, 94 (B.I.A. 1984) : « The Ninth Circuit found that the respondent's evidence established that the PIRA is a clandestine, terrorist organization, that *the Government of the Republic of Ireland is unable to control the PIRA*, and that the respondent was likely to suffer persecution by the PIRA if returned to the Republic of Ireland » (nous soulignons).

³⁶⁷ A.G., *Matter of A-B-*, 27 I&N Dec. 316 (A.G. 2018), p. 337

³⁶⁸ V. sur cette manœuvre l'article éclairant sur la pratique états-unienne en droit de l'asile de C. Ellison et A. Gupta, « Unwilling or unable? The failure to conform the nonstate actor standard in asylum claims to the refugee act », *Columbia Human Rights Law Review*, vol. 52 (2021), pp. 441-522

³⁶⁹ *Matter of A-B*, *op. cit.*, p. 337, se référant à *Menjivar v. Gonzales*, 416 F.3d 918, 921 (8th Cir. 2005).

³⁷⁰ A.G., *Matter of A-B- II*, 28 I&N Dec. 199 (A.G. 2021), p. 201.

³⁷¹ *Contra*, v. US Court of Appeals, Second Circuit, *Leston Augustus SCARLETT c. William P. BARR, Attorney General of the United States, et al.*, 957 F.3d 316 (2d Cir. 2020), p. 334, qui tend à assimiler les deux standards.

³⁷² US Court of Appeals, District of Columbia Circuit, *GRACE, et al. c. William P. BARR, Attorney General of the United States, et al.*, 965 F.3d 883 (D.C. Cir. 2020), pp. 898-899.

³⁷³ Bishop (K.), « Unconventional Actors », *North Carolina Journal of International Law*, vol. 44 (2019), p. 528

³⁷⁴ V. C. Ellison et A. Gupta, « Unwilling or unable?... », *op. cit.*, p. 451

De plus, sur la base du truisme énoncé par l'*Attorney General* selon lequel « [n]o country provides its citizens with complete security from private criminal activity, and perfect protection is not required »³⁷⁵, il est possible de justifier la quasi-totalité des défaillances du contrôle de l'Etat, en les considérant non pas comme de l'impuissance de nature à fonder une persécution, mais plutôt comme d'inévitables aléas inhérents à la faillibilité naturelle de l'Etat. En bref, l'importance accordée aux limites inhérentes à l'entité étatique est inversement proportionnelle à celle de l'exigence de protection de l'individu. Certes, l'Etat doit contrôler son territoire pour protéger l'individu, mais ses limites font que ce devoir est considéré comme accompli (le contrôle ne pouvant être parfait), sauf à ce que l'Etat s'avère *completely helpless*. De même, considérer que « a government that is “unable” to control criminal activity cannot mean anything and everything short of a crime-free society; the standard is more akin to a government that has demonstrated ‘complete helplessness’ to protect victims of private violence »³⁷⁶ mène, en enfermant les faits dans une dichotomie manichéenne entre une utopie dépourvue de toute violence et un chaos face auquel l'Etat est démuné, à exclure toutes les demandes d'asile qui ne seraient pas issues d'un tel chaos, étant donné que l'on ne peut considérer que l'Etat a failli à son devoir de protection lorsqu'il n'assure pas la société utopique. Disparaissent de la sorte les nuances et degrés d'impuissance de l'Etat à protéger l'individu en contrôlant son territoire. Dans cette perspective, l'Etat « *completely helpless* » est l'Etat qui ne peut *rien* faire, qui n'a *aucun moyen* de contrôler un tant soit peu son territoire. Dès lors, si le standard du *completely helpless* devait prospérer, seuls seraient reconnus comme réfugiés les individus fuyant un Etat « défaillant »³⁷⁷, où l'autorité étatique n'est plus, de sorte que tout contrôle du territoire se serait évanoui et que l'Etat pourrait être considéré comme étant absolument démuné.

Tant l'altération de la responsabilité de l'Etat que les réactions que suscite la perte de contrôle démontrent, s'il en était besoin, que cette situation n'est pas souhaitable ni

³⁷⁵ *Matter of A-B-*, *op. cit.* p. 343

³⁷⁶ *Matter of A-B-* II, *op. cit.*, p. 202, citant *Saldana v. Lynch*, 820 F.3d 970, 977 (8th Circ. 2016).

³⁷⁷ Sur le droit d'asile des individus fuyant un Etat défaillant, v. T. Magner, « Does a failed State country of origin result in a failure of international protection? A review of policies toward asylum-seekers in leading asylum nations », *Georgetown Immigration Law Journal*, vol. 15 (2001), pp. 703-726. A noter que la problématique de l'Etat défaillant rejoint celle des exilés de guerre, l'Etat ravagé par des luttes internes n'étant plus qu'un espace de violence décentralisée et sans monopole pourrait être qualifié de *completely helpless*. V. l'ouvrage du Pr. Fernandez, *Exilés de guerre. La France au défi de l'asile*, Malakoff, Armand Colin, 2019, qui présente la « Prolifération des Etats défaillants et des acteurs subversifs » comme l'un des facteurs de l'accroissement du nombre d'exilés, pp. 15-21.

satisfaisante. Spatialement structuré en un puzzle de territoires sous emprises étatiques, le droit international juge anormal l'amputation de l'un de ces territoires dont une partie voire l'entièreté tombe sous le joug d'une entité non-étatique qu'il ne reconnaît que de manière périphérique. D'où l'existence de missions de reconstruction de l'Etat (et donc de son contrôle) conduites par des organisations internationales, l'O.N.U. en tête, qui sortent toutefois d'une étude sur l'obligation *de l'Etat*³⁷⁸. Ce dernier, quant à lui, doit réparer le puzzle : il doit rétablir son contrôle.

III. Le rétablissement du contrôle

« La coïncidence entre unité de l'Etat et unité de la population n'est pas une donnée, mais un objectif politique qui a pu demander des siècles pour être atteint et peut encore parfois être remis en cause après des siècles de stabilité »³⁷⁹, écrit Virally. Comme vu plus haut, cette remise en cause peut se traduire par la soustraction à l'Etat du contrôle d'une partie de son territoire par une partie de sa population.

Le contrôle perdu, la prémisses du devoir de contrôle, à savoir l'existence de ce dernier, n'est plus. L'exigence de contrôle par l'Etat impose à ce dernier de ne pas rester passif face à la situation ; la limite n'évince pas le devoir. Partant, l'Etat a l'obligation de rétablir le contrôle (§1), dans les limites cependant de ce que lui permet le droit international (§2).

§1. L'obligation de rétablir le contrôle

L'obligation de rétablissement du contrôle³⁸⁰ est une obligation substituée à la méconnaissance d'une obligation primaire préalablement méconnue³⁸¹. « From the very moment when the State violates the primary obligation to which it was subject, this is replaced

³⁷⁸ V. sur ce sujet le cours déjà cité du Pr Cahin à l'Académie de La Haye, « Reconstruction et construction de l'Etat en droit international », *op. cit.*

³⁷⁹ M. Virally, « Panorama... », *op. cit.*, p. 49

³⁸⁰ Cette obligation évoque le problème de la « bande de voleurs » de Saint Augustin, ordre juridique en puissance concurrençant l'ordre juridique étatique, « [d]'où la nécessité pour l'État d'affirmer sa force, son pouvoir de contrainte ultime, sur le territoire qui lui est disputé par la bande de voleurs, les mafias, les milices, etc. S'il n'y arrive pas l'ordre juridique étatique sera amputé de la partie du territoire où il ne peut imposer son pouvoir. Le problème est d'ailleurs le même lorsque le défi vient d'un groupement politique sécessionniste qui conteste le rattachement de telle partie d'un territoire à un État donné. La solution sera celle des armes. », v. Ch. Leben, « De quelques doctrines de l'ordre juridique », *Droits* 2001/1, p. 30

³⁸¹ Ce type d'obligation est décelé par D. Alland et J. Combacau, « "Primary" and "secondary" rules in the law of State responsibility: categorizing international obligations », *N.Y.I.L.*, vol. 16 (1985), p. 97

by another obligation coming into operation. But the existence of this substitute primary obligation is in no way dependent on the commission of an internationally wrongful act. Nor can its performance satisfactorily compensate for the non-performance of the initial primary obligation. »³⁸² En ce sens, l'obligation de rétablissement du contrôle naît du manquement à une obligation *originelle* de l'Etat de garantir la possibilité de contrôler sa population sur une partie de son territoire, présumée accomplie par l'Etat en ce qu'elle est inhérente à sa qualité d'Etat. De la sorte, l'Etat a l'obligation *d'être en mesure* d'assumer ses obligations, tout en faisant cesser la situation méconnaissant l'obligation originelle³⁸³. Par exemple, en droit de l'asile, le rétablissement du contrôle par l'Etat d'origine peut constituer un changement de circonstance de nature à provoquer la perte du statut de réfugié de l'individu³⁸⁴, en ce que l'Etat est de nouveau en mesure d'assumer son devoir de protection de ses ressortissants³⁸⁵ : le rétablissement du contrôle agit comme l'accomplissement d'une condition de l'exercice du devoir originel. En matière de lutte antiterroriste, également, il est arrivé que le Conseil de sécurité produise une injonction visant un Etat dans une situation précise, comme il le fit à

³⁸² *Ibidem*.

³⁸³ Cette analyse rejoint celle de M. Wyler, qui voit dans la passivité face à l'occupation d'une ambassade des violations successives d'obligations distinctes : « A y regarder de près, on s'aperçoit que la violation de l'obligation de prévention est réalisée d'emblée (si la protection de l'ambassade était insuffisante) par la simple irruption dans les locaux par la force (fait qui peut être quasi instantané). Cette circonstance, alliée à la négligence de l'Etat hôte, réalise la violation de l'obligation de prévention. L'occupation qui en résulte est, si elle dure (fait continu), contraire par exemple à l'obligation existant à charge de l'Etat hôte d'empêcher que la paix de la mission ne soit troublée (...). *Nous nous trouvons donc en présence de deux violations (successives) de deux obligations différentes*, la seconde seule étant continue, et non d'une violation continue d'une seule obligation de prévention. » E. Wyler, « Quelques réflexions sur la réalisation dans le temps du fait internationalement illicite », *R.G.D.I.P.* t. 95 (1991), p. 892.

³⁸⁴ Convention de Genève relative au statut des réfugiés de 1951, Art. 1C(5).

³⁸⁵ Ce changement de circonstances a pu être qualifié d'« arme magique de Genève », arme permettant aux Etats de retirer le statut de réfugié à des individus en se fondant sur une appréciation plus ou moins objective des circonstances dans le pays d'origine. V. L.-A. Aledo, « La perte du statut de réfugié en droit international public », *R.G.D.I.P.* t. 95 (1991), pp. 383 s. Toutefois, v. la récente décision de principe de la Cour nationale du droit d'asile qui interprète les articles L. 711-4 et L. 713-2 CESEDA comme signifiant qu'« une personne cesse d'être un réfugié si les circonstances ayant justifié les craintes qu'elle avait d'être persécutée dans son pays ont cessé d'exister et qu'elle n'a pas d'autres raisons de craindre d'y être persécutée. *Ce changement des circonstances a un caractère significatif et durable si, au regard de la situation individuelle du réfugié, le pays d'origine a effectivement éliminé de manière non provisoire les facteurs qui ont entraîné la reconnaissance initiale de sa qualité de réfugié par des mesures raisonnables pour empêcher la persécution* et qu'il dispose notamment d'un système judiciaire effectif permettant de déceler, de poursuivre et de sanctionner toute violation grave des droits fondamentaux de l'homme qualifiable d'acte de persécution. » (C.N.D.A., 25 mai 2018, *M. L.*, n°17047809 C+, §5, *Rec.* 2018, p. 207) (nous soulignons). Il appert de cet arrêt que le rétablissement du contrôle doit être stable et bien assuré pour constituer un changement de circonstances.

l'égard du Liban³⁸⁶, pour que celui-ci rétablisse son contrôle, et que son territoire ne devienne pas un « sanctuaire »³⁸⁷ du terrorisme.

Dans l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, après avoir statué sur les faits ayant mené à la prise de l'ambassade américaine par la population iranienne, la Cour internationale de Justice examine la « seconde phase des événements », c'est-à-dire la phase où l'ambassade est devenue une enclave dans le territoire iranien³⁸⁸, et énonce que « [l]e devoir évident de ce gouvernement (iranien) était, sans plus tarder, de *ne négliger aucun effort et de prendre toutes les dispositions appropriées pour mettre fin rapidement à ces atteintes flagrantes* à l'inviolabilité des locaux, des archives et du personnel diplomatique et consulaire de l'ambassade des Etats-Unis (...) »³⁸⁹. « Ne négliger aucun effort » et « prendre toutes les dispositions appropriées » : le rétablissement du contrôle est une obligation de moyen³⁹⁰ ; le critère majeur d'appréciation du comportement de l'Etat sera celui des efforts fournis par ce dernier. En d'autres termes, la lutte de l'Etat contre la limite dirimante à l'accomplissement de son devoir que constitue la perte de contrôle doit s'apprécier au regard de ses capacités. Peu importe que la perte de contrôle se pérennise dans le temps, « more dependence should be placed upon the actual diligence applied by the titular government to regain its lost territory and to suppress the revolutionary efforts than upon the mere question of time taken to accomplish that end »³⁹¹.

Un cas topique de l'obligation de rétablissement de son contrôle par l'Etat est celui des affaires moldaves devant la Cour européenne des droits de l'homme, sur lequel il convient de s'attarder quelque peu. Dans ces affaires, le rétablissement du contrôle moldave sur la Transnistrie vise à combler le trou que crée l'irrédentisme dans l'espace européen de protection des droits de l'homme³⁹², à réparer la pièce défectueuse du puzzle, pour que l'espace

³⁸⁶ Doc. N.U., S/RES/1553, « Le Conseil « 4. *Encourage* le Gouvernement libanais à continuer de *veiller à ce que son autorité soit effectivement rétablie dans tout le sud*, notamment par le déploiement des forces armées libanaises, souligne combien il importe qu'il continue d'étendre l'application de ces mesures et lui demande de faire son possible pour que le calme règne dans tout le sud, y compris le long de la Ligne bleue (...) ».

³⁸⁷ C'est là la rhétorique de l'*unwilling or unable* vue *supra*, Chapitre 2, II, §1.

³⁸⁸ Nonobstant l'endossement du comportement des manifestants par l'Etat iranien, avec en tête l'ayatollah Khomeini, la Cour internationale de Justice traite la situation comme une perte de contrôle qu'il convient de rétablir.

³⁸⁹ C.I.J., 1980, *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, C.I.J. Recueil 1980, p. 33, §69

³⁹⁰ Sur l'obligation de moyen et l'obligation de résultat, voir *supra*, Chapitre 1, III.

³⁹¹ S.A., 1903, *Santa Clara Estates Company* (Grande-Bretagne c. Venezuela), R.S.A., vol. IX, p. 456

³⁹² Le contrôle extraterritorial exercé par la Russie n'étant pas une solution pérenne pour assurer la protection des droits de l'homme sur un territoire qui reste moldave.

d'application territoriale de la Convention dispose d'une plénitude de contrôles étatiques, qui devront et pourront dans un second temps être mis en œuvre dans telles ou telles situations. Dans l'arrêt *Ilașcu*, la Cour indique clairement qu'à côté des obligations positives incombant à la Moldova pour assurer le respect des droits des requérants, existent « celles nécessaires pour rétablir son contrôle sur le territoire transnistrien, en tant qu'expression de sa juridiction »³⁹³. Si les juges estiment qu'il « n'appartient pas à la Cour de définir quelles sont les mesures les plus appropriées que la Moldova aurait dû ou devrait prendre à cette fin, ni si ces mesures étaient suffisantes ou non », la Cour entend toutefois « s'assurer de la *volonté* de la Moldova, traduite dans des actes ou mesures spécifiques, de rétablir son contrôle sur le territoire de la "RMT" »³⁹⁴. A cet égard, la Cour relève les dénonciations constantes de la situation et le rejet de la proclamation d'indépendance de la République moldave de Transnistrie par le gouvernement moldave³⁹⁵, la revendication continue de sa souveraineté sur le territoire transnistrien³⁹⁶, puis son orientation vers des démarches d'ordre diplomatique à travers des négociations tripartites entre la Moldova, la Fédération de Russie, et les autorités transnistriennes³⁹⁷, voire la conclusion d'accords entre la Moldova et la Transnistrie, comme « une affirmation par la Moldova de sa volonté de rétablir le contrôle sur la région de Transnistrie »³⁹⁸. L'obligation de rétablir le contrôle apparaît ici comme étant ce que le Pr Pisillo Mazzeschi qualifie d'« obligation à réalisation progressive », c'est-à-dire une obligation aux termes de laquelle « l'Etat doit effectuer un effort continu et prolongé dans le temps, visant à atteindre un objectif déterminé, il doit procéder vers cet objectif »^{399,400}

³⁹³ C.E.D.H., 2004, *Ilașcu et autres c. Moldova et Russie*, §339 (nous soulignons). Cette obligation a été réitérée ultérieurement par la Cour not. dans les arrêts *Catan*, §145, et *Rantsev*, §151.

³⁹⁴ C.E.D.H., 2004, *Ilașcu et autres c. Moldova et Russie*, §340 (nous soulignons)

³⁹⁵ *Ibid.*, §341

³⁹⁶ *Ibid.*, §343

³⁹⁷ *Ibid.*, §344

³⁹⁸ *Ibid.*, §345

³⁹⁹ R. Pisillo Mazzeschi, « Responsabilité de l'Etat pour violation des obligations positives relatives aux droits de l'homme », *R.C.A.D.I.*, vol. 333 (2008), p. 441. L'auteur utilise cette catégorie d'obligation principalement pour expliquer le contenu des obligations visant la réalisation des droits économiques et sociaux, disposés par le Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels de 1966. Toutefois, la catégorie d'obligation est transposable à la situation du rétablissement de la plénitude du contrôle virtuel, comme obligation de moyen à *long terme* impliquant la prise de mesures *immédiates*, comme l'initiation de négociations ou l'émission de protestations.

⁴⁰⁰ Ce type d'obligation a également été identifié, sans qualification explicite toutefois, par la Cour internationale de Justice, à propos de l'obligation de désarmement nucléaire figurant à l'art. VI du Traité de 1968 sur la non-prolifération des armes nucléaires : « L'obligation en cause ici est celle de parvenir à un résultat précis – le désarmement nucléaire dans tous ses aspects – par l'adoption d'un comportement déterminé, à savoir la poursuite de bonne foi de négociations en la matière. » C.I.J., 1996, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, C.I.J. Rec. 1996, p. 264, §99

Si la Cour estima en l'espèce que la Moldova s'était conformée à ses obligations positives pour rétablir le contrôle sur son territoire, cette position ne fit pas l'unanimité. La Roumanie, tiers intervenant, avança « qu'en l'espèce les autorités moldaves ont failli à prouver qu'elles avaient déployé tous leurs efforts pour assurer leur souveraineté sur le territoire transnistrien »⁴⁰¹. De son côté, le juge Casadevall sembla reprocher à la Moldova que ses tentatives de rétablissement du contrôle « se limitaient à des efforts d'ordre diplomatique »⁴⁰². Le juge Ress, lui, considère qu'il y a eu « acquiescement » du Gouvernement moldave à la situation, car les preuves dont disposent la Cour révèlent que « l'Etat n'a pas déployé la détermination et les efforts attendus de lui et qui étaient en son pouvoir »⁴⁰³. Enfin, le juge Dedov, sous l'arrêt *Rantsev*, avance qu'il n'est « pas convaincu que la Moldova ait rempli son obligation de prendre toutes les mesures politiques, judiciaires et autres à sa disposition pour rétablir son contrôle sur le territoire de la RMT. Rien ne prouve l'existence de telles mesures, notamment de mesures visant à fournir des garanties concernant l'utilisation officielle de la langue russe, l'autonomie, la représentation au Parlement moldave, etc. »⁴⁰⁴

Toutes ces critiques portant sur le comportement du gouvernement moldave invitent à se questionner sur les modalités de rétablissement du contrôle, et donc sur ses limites.

§2. Les limites au rétablissement du contrôle

Le rétablissement du contrôle peut concerner des situations isolées, sporadiques, tels des manifestations ou des comportements criminels disséminés sur le territoire de l'Etat, aussi bien que des situations de perte de contrôle plus pérennes, faisant généralement l'objet d'irréductibilité.

Dans les deux cas, l'Etat ne peut agir que dans les limites de ce que lui permet le droit international. En effet, même dans des situations pour lesquelles les Etats « n'ont aucun intérêt à limiter avec des normes internationales l'énorme liberté d'action dont ils jouissent et surtout

⁴⁰¹ C.E.D.H., 2004, *Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie*, §309

⁴⁰² C.E.D.H., 2004, *Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie*, Opinion partiellement dissidente du juge Casadevall, §5.

⁴⁰³ C.E.D.H., 2004, *Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie*, Opinion partiellement dissidente du juge Ress, §3. S'ensuit au paragraphe 4 de l'opinion une liste exhaustive établie par le juge de comportements que l'Etat doit adopter pour « ne pas être considéré comme acquiesçant tacitement aux actes du régime rebelle », à savoir la protestation constante, l'adoption de mesures, la recherche de soutien international, et l'absence de soutien au régime rebelle.

⁴⁰⁴ C.E.D.H., 2016, *Rantsev c. Moldova et Russie*, Opinion dissidente du juge Dedov, §15

à la limiter en relation avec cet événement traumatisant de leur vie constitutionnelle qu'est la guerre civile », où « l'intérêt primordial de l'Etat est d'éteindre la rébellion à son début, ou s'il n'en est pas capable, d'étouffer les foyers de révolte pour éviter qu'ils ne se répandent et qu'ils ne conduisent à la mort de l'Etat »⁴⁰⁵, il reste des normes internationales encadrant leur conduite, à savoir le droit international humanitaire et le droit international des droits de l'homme.

Pour prendre une illustration anecdotique mais révélatrice de ces limites, face à une occupation pacifique de l'ambassade d'Espagne au Guatemala par des paysans, et alors que des négociations apaisées avaient lieu, l'ambassadeur qualifia de « brutale » et « insensée » l'intervention de deux cents policiers guatémaltèques qui donnèrent l'assaut sans avertissement, causant une escalade de violence et un incendie des locaux diplomatiques, qui aboutirent au décès de trente-neuf individus, parmi lesquels le premier secrétaire de l'ambassade⁴⁰⁶. Il y a un devoir de rétablissement du contrôle, certes, mais qui vise un rétablissement réfléchi, adéquat.

A cet égard, le *dictum* de Max Huber dans l'affaire des *Biens britanniques* reste pertinent, presque cent ans après que la sentence a été rendue. En effet, l'éminent juriste suisse note qu'au sujet de l'accomplissement du « devoir primordial » de l'Etat de rétablir l'ordre « il semble qu'une règle assez généralement reconnue existe : l'Etat n'est pas responsable des dommages causés même par les opérations militaires de ses propres troupes. *Toutefois, il n'est pas possible de faire rentrer dans cette règle toute mesure ayant avec les opérations militaires une certaine connexité ; il n'est pas non plus possible d'y faire rentrer tout acte commis par des militaires* »⁴⁰⁷.

À la lumière du droit international contemporain, l'obligation de rétablir le contrôle peut poser une « question cruelle, inconfortable et, somme toute, politiquement assez peu correcte »⁴⁰⁸, à savoir le degré d'efforts à fournir pour rétablir la plénitude du contrôle, dans le cadre d'un conflit entre deux autorités qui pourrait dégénérer en un conflit armé. Il est douteux qu'un organe de protection des droits de l'homme incite les Etats à recourir à la force pour rétablir le contrôle nécessaire à cette protection, et déclare l'Etat exempt de responsabilité, comme a pu le faire la jurisprudence arbitrale lors d'une époque révolue, en considérant que « [a] war in which there were in a little over one year twenty sanguinary battles, forty battles of considerable

⁴⁰⁵ A. Cassese, « La guerre civile et le droit international », *R.G.D.I.P.* t. 90 (1986), pp. 554-555

⁴⁰⁶ Ch. Rousseau, « Chronique des faits internationaux », *R.G.D.I.P.* t. 84 (1980), pp. 866-869

⁴⁰⁷ S.A., 1925, *Biens britanniques au Maroc espagnol*, *R.S.A.* vol. II, p. 645 (nous soulignons).

⁴⁰⁸ S. Karagiannis, « Le territoire d'application de la Convention européenne des droits de l'homme. *Vaetera et nova.* », *R.T.D.H.* 61/2005, p. 76

character, and more than one hundred lesser engagements between contending troops, with a resultant loss of 12,000 lives, can hardly suggest passivity or negligence on the part of the National Government toward the revolution »⁴⁰⁹. Toutefois, comme le note le Pr Karagiannis, « il est clair que l'objectif même d'une reconquête par les armes d'un territoire provisoirement perdu n'est pas contraire à la Convention. Ce sur quoi la Cour européenne des droits de l'homme risque de porter son attention seront les moyens. Entre légitimité probable du but et illégitimité tout aussi probable des moyens (y a-t-il des guerres « propres » ?), il existe, néanmoins, un espace libre laissé à l'hypocrisie »⁴¹⁰.

Les juges de Strasbourg ont pu occuper cet « espace » en traitant du contentieux relatif à la lutte interne⁴¹¹ entre la Fédération de Russie et les forces tchéchènes, faits qui « illustrent de manière dramatique les conséquences insupportables pour la population civile d'actions militaires justifiées par la lutte antiterroriste qui sont conduites sans considération pour la vie des non-combattants »⁴¹². Dans l'affaire *Issaïeva c. Russie*, la requérante alléguait que les forces russes avaient bombardé son village, Katyr-Yourt⁴¹³, tuant son fils et ses trois nièces. Face à la requérante qui soutient « que le bombardement fut effectué de manière aveugle et que les militaires fédéraux utilisèrent des armes lourdes frappant sans discrimination, telles des bombes aériennes lourdes et des lance-roquettes multiples »⁴¹⁴, le Gouvernement russe rétorquait que le village servait de refuge aux combattants tchéchènes, qui « auraient choisi des maisons en pierre et en briques dans le village pour en faire des points de défense fortifiés. »⁴¹⁵ Face à cette situation, « [l]a Cour admet que la situation qui régnait en Tchétchénie à l'époque pertinente obligeait l'Etat à *prendre des mesures exceptionnelles pour regagner le contrôle de la république et mettre fin à l'insurrection armée illégale*. Sans doute ces mesures pouvaient-elles impliquer, vu le contexte du conflit en Tchétchénie à l'époque pertinente, le déploiement d'unités de l'armée équipées d'armes de combat, y compris de l'aviation militaire et de l'artillerie. La présence d'un nombre important de combattants armés à Katyr-Yourt et *leur résistance active* aux organes d'application de la loi, éléments au sujet desquels il n'y a pas controverse entre les parties, étaient de nature à justifier le recours à la force meurtrière par les

⁴⁰⁹ S.A., 1903, *Santa Clara Estates Company* (Grande-Bretagne c. Venezuela), R.S.A., vol. IX, p. 458

⁴¹⁰ S. Karagiannis, « Le territoire... », *op. cit.* p. 76

⁴¹¹ Sur le débat portant sur la qualification du conflit tchéchène en conflit armé non international, v. Kherad (R.), « De la nature juridique du conflit tchéchène », R.G.D.I.P. t. 104 (2000), pp. 143-179, qui conclut à cette qualification.

⁴¹² Ph. Weckel, « Chronique de jurisprudence internationale », R.G.D.I.P. t. 109 (2005), p. 474

⁴¹³ Village situé dans le district d'Achkoï-Martan, en Tchétchénie, sur le territoire russe.

⁴¹⁴ C.E.D.H., 2005, *Issaïeva c. Russie*, §19

⁴¹⁵ *Ibid.*, §23

agents de l'Etat, faisant ainsi relever la situation du paragraphe 2 de l'article 2 de la Convention. »⁴¹⁶ Néanmoins, la Cour apporte immédiatement un tempérament, à savoir « qu'un juste équilibre devait être ménagé entre le but poursuivi et les moyens employés pour l'atteindre »⁴¹⁷, et, constatant le manque de diligence des militaires russes⁴¹⁸ vis-à-vis de la protection des civils, conclut que « à admettre que l'opération menée à Katyr-Yourt du 4 au 7 février 2000 poursuivait un but légitime, la Cour considère qu'elle n'a pas été préparée et exécutée avec les précautions nécessaires pour la vie des civils concernés. »⁴¹⁹ Par ailleurs, la Cour arriva à une conclusion similaire s'agissant du bombardement d'un convoi de civils dans le cadre d'affrontement entre l'armée russe et les combattants tchéchènes⁴²⁰. Cette protection de la population civile rappelle les obligations de droit international humanitaire incombant à l'Etat impliqué dans un conflit armé non-international⁴²¹.

Ainsi, le devoir de l'Etat de protéger les droits de l'homme sur son territoire ne l'empêche pas de mener des opérations de rétablissement de son contrôle qui, en d'autres circonstances, s'analyseraient elles-mêmes en violations des droits de l'homme. Toutefois, ce devoir a pour effet de juguler la mise en œuvre du pouvoir étatique visant la plénitude du contrôle territorial, en le contraignant à veiller au respect des droits de ceux qui, le contrôle rétabli, redeviendront ses assujettis. En effet, la responsabilité de l'Etat peut être engagée « lorsque [les agents de l'Etat] n'ont pas, en choisissant les moyens et méthodes à employer pour mener une opération de sécurité contre un groupe d'opposants, pris toutes les précautions en leur pouvoir pour éviter de provoquer accidentellement la mort de civils, ou à tout le moins pour réduire ce risque. »⁴²² Il y a donc une tension entre l'obligation de l'Etat de rétablir son contrôle, de manière à garantir la prémisse de l'accomplissement de l'obligation de contrôle,

⁴¹⁶ *Ibid.*, §180 (nous soulignons). Le paragraphe 2 de l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme dont il est fait mention dispose comme suit : « La mort n'est pas considérée comme infligée en violation de cet article dans les cas où elle résulterait d'un recours à la force rendu absolument nécessaire : a) pour assurer la défense de toute personne contre la violence illégale (...) ».

⁴¹⁷ *Ibid.*, §181

⁴¹⁸ *Ibid.*, v. §§184 s., où la Cour relève le temps qu'avaient les militaires pour encadrer l'opération (§184), prévenir les civils des dangers qu'ils encourraient et leur permettre d'y échapper (§187 et §189), la destructivité des armes employées (§190), et le non-respect du couloir humanitaire mis en place (§196).

⁴¹⁹ *Ibid.*, §200

⁴²⁰ C.E.D.H., 2005, *Issaïeva, Youssoupova et Bazaïeva c. Russie*, §199 : « En résumé, à admettre que les militaires poursuivaient un but légitime en tirant douze missiles S-24 air-sol non guidés le 29 octobre 1999, la Cour considère que l'opération menée près du village de Chaami-Yourt n'a pas été préparée et exécutée avec les précautions nécessaires à la protection des vies civiles. »

⁴²¹ V. notamment l'article 3 commun aux Conventions de Genève du 12 août 1949, ainsi que le Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II).

⁴²² C.E.D.H., 1998, *Ergi c. Turquie*, §79

i.e. l'existence dudit contrôle, et son obligation de respecter les droits de l'homme ce faisant, dans un espace qui, quoique soustrait à son contrôle, n'en reste pas moins sous sa « juridiction » au sens de la Convention, car faisant partie de son territoire. « Cruel dilemme »⁴²³ auquel font face les autorités étatiques, entre la protection de la population et le recours à la force qui, tout en la mettant en danger, est nécessaire pour la protéger.

⁴²³ C.E.D.H., 1995, *McCann et autres c. Royaume-Uni*.

Conclusion

Malgré les fréquentes remises en question de sa pertinence dans une société mondialisée où l'espace et le temps sont délaissés au profit de l'immatériel et de l'immédiateté, où les frontières seraient devenues illusoire face aux flux numériques agitant la planète, le modèle étatique reste une structure de régulation des comportements humains nécessaire et sans réel concurrent. Dans ce sens, René-Jean Dupuy a pu observer le « dédoublement du monde », en étant témoin de l'émergence d'un monde dual, par laquelle « [a]u monde de Etats, système de légalité, se mêle un monde dont les acteurs sont des forces vives, portées par des flux transnationaux et animés du seul désir de l'efficacité », un monde « sans-frontières » et « hors-la-loi »⁴²⁴. Mais il contestait « les prévisions ou les vœux de certains qui prophétisent la mort du monde des Etats, engloutis par les flux transnationaux »⁴²⁵. Au contraire, il y a un « enchevêtrement dialectique [faisant] apparaître une action réciproque des deux mondes, le second est loin d'ignorer le premier. »⁴²⁶ Tant que l'être humain ne délaissera pas son enveloppe charnelle au profit d'une dématérialisation de son être, qu'il ne quittera pas son existence organique pour un état purement psychique, parvenant à détacher l'esprit du corps, le territoire entendu comme espace géographique où se meuvent des corps animés restera un facteur pertinent de la régulation de ses agissements. « Ainsi, le territoire de l'Etat ne saurait être méprisé. Qu'ils le traversent ou s'en détournent, les flux internationaux ne peuvent l'ignorer. »⁴²⁷ En définitive, « [l]e droit a besoin de l'Etat, législateur interne et international qui, doté du monopole de la violence légitime, donne aux normes juridiques leur effectivité. »⁴²⁸

Si l'Etat est irremplaçable dans la société internationale telle qu'elle existe aujourd'hui, cela ne signifie pas qu'il est une entité parfaite. Nous l'avons vu, l'Etat n'est pas plus omniscient qu'il n'est omnipotent. Bridé par sa connaissance parcellaire et ses moyens limités, le contrôle par l'Etat sur son territoire n'est pas infaillible. Il peut, de plus, subir un événement perturbateur qui est la perte du contrôle.

Au-delà des obstacles propres à la qualité d'Etat et à la vie humaine l'animant, le contrôle par l'Etat sur son territoire devra, dans un avenir proche dont les prodromes sont déjà visibles, faire face aux défis de l'évolution du monde contemporain. En effet, l'« affolement du

⁴²⁴ R.-J. Dupuy, « Le dédoublement du monde », *R.G.D.I.P.* t. 100 (1996), p. 314

⁴²⁵ *Ibid.*, p. 319

⁴²⁶ *Eod loc.*

⁴²⁷ *Ibid.*, p. 320

⁴²⁸ *Ibid.*, p. 316

monde », pour reprendre le titre de l'ouvrage de Thomas Gomart, voit croître de nombreuses sources de déstabilisation des sociétés étatiques.

Ainsi, à l'exception des entreprises de poldérisation – et, plus loin de nous, de la conquête spatiale – la superficie de la somme des territoires étatiques n'est pas extensible, et tend même à se réduire du fait de la montée des eaux, de sorte que l'on assiste à une « raréfaction territoriale »⁴²⁹. Parallèlement, la population mondiale, elle, suit une croissance exponentielle, et devrait atteindre près de dix milliards d'habitants d'ici 2050⁴³⁰. Pour reprendre la formule de Ratzel, le « morceaux de sol » s'érode tandis que le « morceau d'humanité » croît. Ces courbes inversées entre la superficie du territoire et la démographie mènent inexorablement à une plus grande densité de population et, partant, à un besoin croissant de contrôle de ses agissements. De plus, s'ajouteront aux réfugiés de guerre les « migrants climatiques », ne fuyant pas le territoire de l'Etat, mais sa submersion. Face à ces vagues de migrations⁴³¹, certains Etats d'accueil sentent déjà monter en eux une fièvre obsidionale qui pourrait les conduire à reprocher aux Etats d'origine leur absence de contrôle de leur population⁴³².

Dès lors, la tension qui irrigue la présente étude entre les limites de l'Etat et son obligation de contrôler son territoire risque fort d'être exacerbée, et il sera d'autant plus périlleux d'établir un équilibre entre la difficulté grandissante de l'Etat à contrôler une population toujours plus nombreuse, et l'exigence de contrôle nécessaire pour protéger les droits des Etats et de l'individu face à cette même population.

⁴²⁹ J. Jeanneney, « L'Atlantide. Remarques sur la submersion de l'intégralité du territoire d'un Etat », *R.G.D.I.P.* vol. 118 (2014), p. 117

⁴³⁰ Th. Gomart, *L'affolement du monde. 10 enjeux géopolitiques.*, Paris, Tallandier, 2020, p. 279 : « De 1980 à 2015, la population mondiale est passée de 4,4 à 7,4 milliards d'habitants. En 2030, elle devrait s'élever à 8,55 milliards et à 9,77 milliards en 2050. »

⁴³¹ Dans le cas des migrations, le même intérêt, à savoir la protection de l'être humain, mène à différentes perspectives pour ce qui est de notre sujet : soit l'on considère les migrations comme une source d'accroissement de la population d'un Etat, et donc de difficulté pour l'Etat de protéger sa population, suivant la logique selon laquelle la protection de chaque individu diminue à mesure que le nombre total de la population s'accroît ; soit l'on considère les migrations comme une recherche de protection étatique de la part d'individus n'en jouissant plus, et donc non plus comme une menace à la protection de l'homme contre l'homme, mais comme une chance de protéger l'homme livré à lui-même. A noter toutefois que, suivant la position adoptée, ce n'est pas le même individu qui est protégé : d'un côté celui qui réside sur le territoire de l'Etat ; de l'autre celui cherchant à le gagner. De plus, là où la menace planant sur le second est certaine et immédiate, celle portant sur le premier est plus diffuse et incertaine, car elle dépend largement des conséquences des migrations sur l'aptitude de l'Etat à contrôler son territoire.

Ces deux perspectives ne sont pas exclusives l'une de l'autre, de sorte que là aussi, un équilibre doit être trouvé entre les limites de l'Etat et la protection de l'être humain.

⁴³² Les journalistes parlent déjà d'une « Europe-forteresse », v. l'article de J.-P. Stroobants, « Face aux migrations, les limites et les dérives de l'Europe-forteresse », publié sur le site internet du journal *Le Monde* le 29 mai 2021, disponible en ligne : https://www.lemonde.fr/international/article/2021/05/29/face-aux-migrations-les-limites-et-les-derives-de-l-europe-forteresse_6081999_3210.html

Bibliographie

I. Ouvrages

- Aïm (O.), *Les théories de la surveillance. Du panoptique aux Surveillance Studies*, Malakoff, Armand Colin, 2020, 256 p.
- Alland (D.) (Dir.), *Droit international public*, Paris, PUF, Coll. Droit fondamental, 2000, 807 p.
- Alland (D.) et Rials (S.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF/Lamy, 2003, xxv-1649 p.
- Alland (D.) et Teitgen-Colly (C.), *Traité du droit de l'asile*, Paris, PUF, Coll. Droit fondamental, 2002, 696 p.
- Basdevant (J.), *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Paris, Sirey, 1959, 756 p.
- Beaud (O.), *La puissance de l'Etat*, Paris, PUF, Coll. Léviathan, 1994, 512 p.
- Burdeau (G.), *L'Etat*, Paris, Seuil, 1970, 224 p.
- Combacau (J.) et Sur (S.), *Droit international public*, Paris, L.G.D.J., 13^e éd., 2019, 896 p.
- Corten (O.), *Le droit contre la guerre*, 2e éd., Pedone, 2014, 932 p.
- Couveinhes-Matsumoto (F.), *L'effectivité en droit international*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Jus Gentium, 2014, xxiv-692 p.
- Crawford (J.), Pellet (A.) et Olleson (S.) (dir.), *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, 2010, 1376 p.
- Fernandez (J.), *Exilés de guerre. La France au défi de l'asile*, Malakoff, Armand Colin, 2019, 190 p.
- Fleury Graff (Th.), *Etat et territoire – L'exemple de la construction du territoire des Etats-Unis (1789-1914)*, Paris, Pedone, 2013, xiii-527 p.
- Fleury Graff (Th.) et Marie (A.), *Droit de l'asile*, Paris, PUF, Coll. Droit fondamental, 2019, 346 p.
- Forteau (M.), *Droit de la sécurité collective et droit de la responsabilité internationale*, Paris, Pedone, 2006, vi-699 p.
- Foucault (M.), *Surveiller et punir. Naissance de la prison.*, Paris, Gallimard, Coll. Tel, 1975, 362 p.
- Gomart (Th.), *L'affolement du monde. 10 enjeux géopolitiques.*, Paris, Tallandier, 2020, 349 p.

- Hennebel (L.) et Tigroudja (H.), *Traité de droit international des droits de l'homme*, 2e éd., Paris, Pedone, 2018, 1720 p.
- Hobbes (T.), *Léviathan*, trad. G. Mairet, Paris, Gallimard, 2000, 1027 p.
- Lalande (A.) (Dir.), *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, PUF, 2e éd., Coll. Quadrige, 2006, 1376 p.
- Loisel (A.), *Institutes coutumières*, avec les notes d'Eusèbe de Laurière, vol. 2, Paris, Durand, 1846, 522 p.
- Minassian (G.), *Zones grises. Quand les Etats perdent le contrôle*. Paris, CNRS Éditions, Coll. Biblis, 2018, 250 p.
- Nanteuil (A. (de)), *Droit international de l'investissement*, Paris, Pedone, 2e éd., 2017, 512 p.
- Reuter (P.), *Cours de droit international public (Doctorat) – La responsabilité internationale*, 1955-1956, 195 p.
- Salmon (S.) (Dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, 1200 p.
- Santulli (C.), *Introduction au droit international*, Paris, Pedone, 2013, 276 p.
- Schmitt (C.), *Le nomos de la terre*, trad. L. Deroche-Gurcel et prés. P. Haggenmacher, Paris, PUF, 2^e éd. « Quadrige », 2012, 368 p.
- S.F.D.I., *Révolutions et droit international*, Colloque de Dijon, Paris, Pedone, 1990, 445 p.
- S.F.D.I., *L'Etat souverain à l'aube du XXI^e siècle*, Colloque de Nancy, Paris, Pedone, 1994, 318 p.
- S.F.D.I., *Droit d'asile et des réfugiés*, Colloque de Caen, Paris, Pedone, 1997, 383 p.
- S.F.D.I., *Les compétences de l'Etat en droit international*, Colloque de Rennes, Paris, Pedone, 2006, 320 p.
- S.F.D.I., *Le standard de la due diligence et la responsabilité internationale*, Journée d'études franco-italienne du Mans, Paris, Pedone, 2018, 340 p.
- Sudre (S.), *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, PUF, 13^e éd., 2016, 984 p.
- Sur (S.), *Le Conseil de sécurité dans l'après 11 septembre*, Paris, L.G.D.J., 2004, 162 p.
- Thucydide, *La Guerre du Péloponnèse*, trad. D. Roussel, Paris, Gallimard, 1964, 900 p.
- Tiberghien (F.), *La protection des réfugiés en France*, Paris, Economica, 2^e éd., 1988, 594 p.

- Vattel (E. (de)), *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, éd. 1758, livre I, reproduit par Slatkine Reprints – Henry Dunant Institute, Genève, 1983, xxvi-541 p.

II. Cours à l'Académie de droit international de La Haye

- Besson (S.), « La due diligence en droit international », *R.C.A.D.I.* vol. 409 (2020)
- Bourquin (M.), « Crimes et délits contre la sûreté des Etats étrangers », *R.C.A.D.I.* vol. 16 (1927)
- Cahin (G.), « Reconstruction et construction de l'Etat en droit international », *R.C.A.D.I.* vol. 411 (2020)
- Condorelli (L.), « L'imputation à l'Etat d'un fait internationalement illicite : solutions classiques et nouvelles tendances », *R.C.A.D.I.* vol. 189, 1984
- Dumas (J.), « La responsabilité des Etats à raison des crimes et délits commis sur leur territoire au préjudice d'étrangers », *R.C.A.D.I.*, vol. 36 (1931), pp. 183-261
- Dupuy (P.-M.), « Le fait générateur de la responsabilité internationale des Etats », *R.C.A.D.I.*, vol. 188 (1984)
- Kelsen (H.), « Théorie du droit international public », *R.C.A.D.I.* vol. 84 (1953)
- Pisillo Mazzeschi (R.), « Responsabilité de l'Etat pour violation des obligations positives relatives aux droits de l'homme », *R.C.A.D.I.*, vol. 333 (2008)
- Reuter (P.), « Principes de droit international public », *R.C.A.D.I.* vol. 103 (1961)
- Salmon (J.), « Le fait dans l'application du droit international », *R.C.A.D.I.*, vol. 175 (1982)
- Schoenborn (W.), « La nature juridique du territoire », *R.C.A.D.I.* vol. 30 (1929)
- Virally (M.), « Panorama du droit international contemporain : cours général de droit international public », *R.C.A.D.I.* vol. 183 (1983)
- Weil (P.), « Le droit international en quête de son identité : cours général de droit international public », *R.C.A.D.I.* vol. 237 (1992)

III. Articles et contributions

- Ahmed (D.I.), « Defending weak States against the “Unwilling or Unable” doctrine of self-defense », *Journal of International Law & International Relations* (Toronto), vol. 9 (2013), pp. 2-37
- Aledo (L.-A.), « La perte du statut de réfugié en droit international public », *R.G.D.I.P.* t. 95 (1991), pp. 371-404

- Alland (D.) et Combacau (J.), « “Primary” and “secondary” rules in the law of State responsibility: categorizing international obligations », *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 16, 1985, pp. 81-109
- Alland (D.), « Etats-Unis : la machine impériale (En lisant Noam Chomsky et quelques autres) », *Droits* 2018/1, n°67, pp. 117-168
- Alland (D.), « Les représentations de l’espace en droit international public », *Archives de philosophie du droit*, t.32 (2000), pp. 163-178
- Alland (D.), « Observations sur le devoir international de protection de l’individu », in *Libertés, justice, tolérance – Mélanges Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, vol. I, pp. 13-30
- Anzilotti (D.), « La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangers », *R.G.D.I.P.* t. 13 (1906), pp. 5-29 et pp. 285-309, Rééd. D. Alland, Paris, Dalloz, 2012
- Ascensio (H.), « La responsabilité selon la Cour internationale de Justice dans l’affaire du génocide bosniaque », *R.G.D.I.P.* t. 111 (2007), pp. 285-304
- Bannelier (K.), « Obligations de diligence dans le cyberspace : qui a peur de la cyberdiligence ? », *R.B.D.I.* 2017/2, pp. 612-665
- Barberis (J. A.), « Les liens juridiques entre l’Etat et son territoire : perspectives théoriques et évolution du droit international » *A.F.D.I.* vol. 45 (1999), pp. 132-147
- Bastid-Burdeau (G.), « La clause de protection et de sécurité pleine et entière », *R.G.D.I.P.* t. 119 (2015), pp. 87-101
- Bishop (K.), « Unconventional Actors », *North Carolina Journal of International Law*, vol. 44 (2019), pp. 519-540
- Brunnee (J.) et Toope (S.), « Self-defence against non-state actors: are powerful states willing but unable to change international law? », *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 67-2 (2018), pp. 263-286
- Cahin (G.), « L’Etat défaillant en droit international : quel régime pour quelle notion ? » in *Droit du pouvoir, pouvoir du droit. Mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 177-209
- Cannizzaro (E.), « Entités non étatiques et régime international de l’emploi de la force : une étude sur le cas de la réaction israélienne au Liban », *R.G.D.I.P.* t. 111 (2007), pp. 333-354
- Cassese (A.), « Article 51 », in J.-P. Cot et A. Pellet (Dir.), *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, vol. I, Paris, Economica, 3^e éd., 2005, pp. 1329-1366

- Cassese (A.), « La guerre civile et le droit international », *R.G.D.I.P.* t. 90 (1986), pp. 553-578
- Chemillier-Gendreau (M.), « A propos de l'effectivité en droit international », *R.B.D.I.*, 1975-1, pp. 38-46
- Christakis (Th.), « Challenging the "Unwilling or Unable" Test », *ZaöRV* vol. 77 (2017), pp. 19-22
- Cohen-Jonathan (G.), « A propos des arrêts *Assanidzé* (8 avril 2004), *Ilascu* (8 juillet 2004) et *Issa* (16 novembre 2004) – Quelques observations sur les notions de « juridiction » et d'« injonction », *R.T.D.H.* 2005, pp. 767-785
- Cohen-Jonathan (G.), « La territorialisation de la juridiction de la Cour européenne des droits de l'homme », *R.T.D.H.* 2002, pp. 1069-1082
- Combacau (J.), « Conclusions générales », in M.-J. Redor (dir.), *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Actes du colloque de Caen des jeudi 11 et vendredi 12 mai 2000, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 415-434
- Combacau (J.), « Obligations de résultat et obligations de comportement, quelques questions et pas de réponse », in *Le droit international : unité et diversité : Mélanges offerts à Paul Reuter*, Paris, Pedone, 1981, pp. 181-204
- Combacau (J.), « Pas une puissance, une liberté : la souveraineté internationale de l'Etat », *Pouvoirs*, n°67, 1993, pp. 47-58
- Condorelli (L.), « The imputability to States of acts of international terrorism », *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 19, 1989, pp. 233-246
- Corten (O.) et Klein (P.), « The limits of complicity as a ground for responsibility. Lessons learned from the Corfu Channel case », in Bannelier (K.), Christakis (T.), et Heathcote (S.) (Dir.), *The ICJ and the Evolution of International Law – The enduring impact of the Corfu Channel case*, Londres et New York, Routledge, 2012, pp. 315-334
- Corten (O.), « La "complicité" dans le droit de la responsabilité internationale : un concept inutile ? », *A.F.D.I.*, vol. 57 (2011), pp. 57-84
- Corten (O.), « The "Unwilling or Unable" Test: Has it been, and could it be, accepted? », *Leiden Journal of International Law*, 2016, pp. 1-23
- Corten (O.), « Has practice led to an "Agreement between the Parties" regarding the interpretation of Article 51 of the UN Charter? », *ZaöRV* vol. 77 (2017), pp. 15-17

- Costa (J.-P.), « Qui relève de la juridiction de quel(s) Etat(s) au sens de l'article 1er de la Convention EDH ? », in *Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au doyen Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, vol. 1, pp. 483-500
- Couzigou (I.), « The right to self-defence against non-State actors – criteria of the “Unwilling or Unable” test », *ZaöRV* vol. 77 (2017), pp. 53-55
- Deeks (A.) « ‘Unwilling or Unable’: toward a normative framework for extraterritorial self-defense », *Virginia Journal of International Law*, 2012, vol. 52, n°3, pp. 483-550
- Deeks (A.), « The geography of cyber conflict: through a glass darkly », *International Law Studies*, vol. 89, 2013, pp. 1-20
- Delbez (L.), « La responsabilité internationale pour crimes commis sur le territoire d'un Etat et dirigés contre la sûreté d'un Etat étranger », *R.G.D.I.P.* t. 37 (1930), pp. 461-475
- Delbez (L.), « Du territoire dans ses rapports avec l'Etat », *R.G.D.I.P.* t. 39 (1932), pp. 705-738
- Dupuy (P.-M.), « Due diligence in the international law of liability », in *Legal aspects of transfrontier pollution*, Organisation pour la coopération économique et le développement, 1977, pp. 369-379
- Dupuy (P.-M.), « L'obligation en droit international », *Archives de philosophie du droit*, t. 44 (2000), pp. 217-231
- Dupuy (P.-M.), « Reviewing the difficulties of codification: on Ago's classification of obligations of means and obligations of result in relation to State responsibility », *E.J.I.L.* (1999), Vol. 10 No. 2, pp. 371-385
- Dupuy (R.-J.), « Le dédoublement du monde », *R.G.D.I.P.* t. 96 (100), pp. 313-321
- Eisemann (P.-M.), « Attaques du 11 septembre et exercice d'un droit naturel de légitime défense », in *Le droit international face au terrorisme*, Pedone, 2002, pp. 239-248
- Ellison (C. S.) et Gupta (A.), « Unwilling or unable? The failure to conform the nonstate actor standard in asylum claims to the refugee act », *Columbia Human Rights Law Review*, vol. 52 (2021), pp. 441-522
- Fleury Graff (Th.), « Droit d'intervention et révolutions en droit international. Les enseignements de la Sainte Alliance », *Droits* 2012/2, n°56, pp. 111-128
- Fleury Graff (Th.), « Territoire et droit international », in *Civitas Europa*, n°35, 2015/2, pp. 41-53
- Giorgetti (Ch.), « Why should international law be concerned about State failure? », *ILSA Journal of international and Comparative Law*, vol. 16 (2010), pp. 469-486

- Hartwig (M.), « Which State's territory may be used for self-defence against non-State actors? », *ZaöRV* vol. 77 (2017), pp. 43-45
- Helman (G.) et Ratner (S.), « Saving failed States », *Foreign Policy*, n°89 (1992-1993), pp. 3-20
- Hessbruegge (J. A.), « The Historical Development of the Doctrines of Attribution and Due Diligence in International Law », *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 36, 2004, pp. 265-306
- Hongju Koh (H.), « International Law in Cyberspace », in *Harvard International Law Journal Online*, vol. 54, 2012, pp. 1-12
- Jeanneney (J.), « L'Atlantide. Remarques sur la submersion de l'intégralité du territoire d'un Etat », *R.G.D.I.P.* vol. 118 (2014), p. 95-130
- Juillard (P.), « Les enlèvements de diplomates », *A.F.D.I.* vol. 17 (1971), pp. 205-231
- Karagiannis (S.), « Le territoire d'application de la Convention européenne des droits de l'homme. *Vaetera et nova.* », *R.T.D.H.* 61/2005, pp. 33-120
- Kherad (R.), « De la nature juridique du conflit tchéchène », *R.G.D.I.P.* t. 104 (2000), pp. 143-179
- Kiss (A.-Ch.), « 'Tchernobâle' ou la pollution accidentelle du Rhin par des produits chimiques », *A.F.D.I.*, vol. 33 (1987)
- Lacharrière (G. de), « La réglementation du recours à la force : les mots et les conduites », in *Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Méthodes d'analyse du droit international. Mélanges offerts à Charles Chaumont*, Paris, Pedone, 1984, pp. 347-362
- Leben (Ch.), « De quelques doctrines de l'ordre juridique », *Droits* 2001/1, pp. 19-40
- Lévy (D.), « La responsabilité pour omission et la responsabilité pour risque en droit international public », *R.G.D.I.P.* t. 65 (1961), pp. 744-764
- Magner (T.), « Does a failed State country of origin result in a failure of international protection? A review of policies toward asylum-seekers in leading asylum nations », *Georgetown Immigration Law Journal*, vol. 15 (2001), pp. 703-726
- McDonald (N.), « The role of due diligence in international law », *International & Comparative Law Quarterly*, 2019, vol. 68(4), pp. 1041-1054
- Moore (J.), « From nation State to failed State: international protection from human rights abuses by non-State agents », *Columbia Human Rights Law Review*, vol. 31 (1999), pp. 81-121

- Moulier (I.), « L'emploi de la force par la Turquie contre le Parti des travailleurs du Kurdistan (PKK) dans le nord de l'Iraq », *A.F.D.I.* 2008, pp. 143-172.
- Mouton (J.-D.), « "Etat fragile", une notion du droit international ? », *Civitas Europa*, n°28 2012/1, pp. 5-18
- Nouvel (Y.), « Les standards de traitement : le traitement juste et équitable, la sécurité pleine et entière », in Ch. Leben (Dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015, pp. 287-345
- Ouedraogo (A.), « La due diligence en droit international : de la règle de la neutralité au principe général », *Revue générale de droit*, 42 (2), 2012, pp. 641-683
- Perrin (G.), « L'agression contre la légation de Roumanie à Berne et le fondement de la responsabilité internationale dans les délits d'omission », *R.G.D.I.P.* t. 60 (1957), pp. 410-447
- Pisillo Mazzeschi (R.), « The Due Diligence Rule and the Nature of the International Responsibility of States », *German Yearbook of International Law*, vol. 35, 1992, pp. 9-51
- Ruiz-Fabri (H.), « Genèse et disparition de l'Etat à l'époque contemporaine », *A.F.D.I.* vol. 38 (1992), pp. 153-178
- Ruiz Fabri (H.), « Immatériel, territorialité et Etat », *Archives de philosophie du droit*, t. 43 (1999), pp. 187-212
- Ruiz Fabri (H.), « L'ordre public et le droit international », in M.-J. Redor (dir.), *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Actes du colloque de Caen des jeudi 11 et vendredi 12 mai 2000, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 85-108
- Salmon (J.), « Les notions à contenu variable en droit international public », in Ch. Perelman et R. Vander Elst (Dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984, pp. 251-268
- Smith (S. E.), « International law: blaming big brother: holding States accountable for the devastation of terrorism », *Oklahoma Law Review*, vol. 56 (2003), pp. 735-775
- Sur (S.), « Quelques observations sur les normes juridiques internationales », *R.G.D.I.P.* t. 89 (1985), p. 925
- Sur (S.), « Sur les 'Etats défailants' », *Commentaire*, n°112, hiver 2005, pp. 891-900
- Szurek (S.), « La lutte internationale contre le terrorisme sous l'empire du Chapitre VII : un laboratoire normatif », *R.G.D.I.P.* t. 109 (2005), pp. 5-49

- Touati (A.) et al., « La reconnaissance faciale, entre sécurité et droits fondamentaux », *Revue pratique de la prospective et de l'innovation*, n°2, octobre 2019, pp. 46-49
- Urs (P.), « Effective Territorial Control by Non-State Armed Groups and the Right to Self-Defence », *ZaöRV* vol. 77 (2017), pp. 31-34
- Wilde (R.), « The skewed responsibility narrative of the “failed states” concept », *ILSA Journal of international and comparative law*, vol. 9 (2003), pp. 425-429
- Wyler (E.), « Quelques réflexions sur la réalisation dans le temps du fait internationalement illicite », *R.G.D.I.P.* t. 95 (1991), pp. 881-914

IV. Jurisprudence

Cour permanente de Justice internationale

- C.P.J.I., 1933, *Statut du Groenland oriental* (Danemark c. Norvège)

Cour internationale de Justice

- C.I.J., 1949, *Détroit de Corfou* (Royaume-Uni c. Albanie)
- C.I.J., 1971, *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l’Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité* (avis)
- C.I.J., 1980, *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran* (Etats-Unis d’Amérique c. Iran)
- C.I.J., 1986, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Etats-Unis d’Amérique)
- C.I.J., 1989, *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)* (Etats-Unis c. Italie)
- C.I.J., 1996, *Licéité de la menace ou de l’emploi d’armes nucléaires* (avis)
- C.I.J., 1997, *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (Hongrie c. Slovaquie)
- C.I.J., 2004, *Conséquences juridiques de l’édification d’un mur dans le territoire palestinien occupé* (avis)
- C.I.J., 2007, *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)
- C.I.J., 2010, *Usine de pâte à papier* (Argentine c. Uruguay)

Cour européenne des droits de l’homme

- C.E.D.H., 1988, *Plattform “Ärzte für das leben” c. Autriche*
- C.E.D.H., 1994, *López Ostra c. Espagne*
- C.E.D.H., 1994, *Raimondo c. Italie*
- C.E.D.H., 1995, *McCann et autres c. Royaume-Uni*
- C.E.D.H., 1998, *Ergi c. Turquie*
- C.E.D.H., 1998, *Osman c. Royaume-Uni*
- C.E.D.H., 2000, *Kiliç c. Turquie*
- C.E.D.H., 2000, *Labita c. Italie*
- C.E.D.H., 2000, *Mahmut Kaya c. Turquie*
- C.E.D.H., 2001, *Denizci et autres c. Chypre*
- C.E.D.H., 2002, *Banković et autres c. Belgique et autres*
- C.E.D.H., 2004, *Assanidzé c. Géorgie*
- C.E.D.H., 2004, *Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie*
- C.E.D.H., 2005, *Issaïeva c. Russie*
- C.E.D.H., 2005, *Issaïeva, Youssoupova et Bazaïeva c. Russie*
- C.E.D.H., 2005, *Ouranio Toxo et autres c. Grèce*
- C.E.D.H., 2009, *Opuz c. Turquie*
- C.E.D.H., 2012, *El-Masri c. L'ex-République yougoslave de Macédoine*
- C.E.D.H., 2014, *Al-Nashiri c. Pologne*
- C.E.D.H., 2014, *O’Keeffe c. Irlande*
- C.E.D.H., 2015, *Sargsyan c. Azerbaïdjan*
- C.E.D.H., 2016, *Nasr et Ghali c. Italie*

Cour interaméricaine des droits de l’homme

- C.I.D.H., 1988, *Velásquez Rodríguez c. Honduras*

Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements

- Cirdi, 1990, *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) c. République du Sri Lanka*, n° ARB/87/3
- Cirdi, 1997, *American Manufacturing & Trading, Inc. c. République du Zaïre*, n° ARB/93/1
- Cirdi, 2000, *Wena Hotels Limited c. République arabe d’Egypte*, n° ARB/98/4
- Cirdi, 2009, *Pantechniki c. Albanie*, n° ARB/07/21

- Cirdi, 2011, *El Paso Energy International Company c. République d'Argentine*, n° ARB/03/15

Sentences arbitrales

- S.A., 1872, *Alabama* (Etats-Unis c. Royaume-Uni)
- S.A., 1872, *Raid de Saint Albans* (Etats-Unis c. Grande-Bretagne)
- S.A., 1873, *John H. Hanna c. Etats-Unis d'Amérique*
- S.A., 1875, *Montijo* (Etats-Unis d'Amérique c. Colombie)
- S.A., 1885, *Wipperman* (Etats-Unis c. Venezuela)
- S.A., 1898, *Salvador Prats c. Etats-Unis d'Amérique*
- S.A., 1903, *Guastini* (Italie c. Venezuela)
- S.A., 1903, *Negrete* (Etats-Unis d'Amérique c. Espagne)
- S.A., 1903, *Sambiaggio* (Italie c. Venezuela)
- S.A., 1903, *Santa Clara Estates Company* (Grande-Bretagne c. Venezuela)
- S.A., 1920, *Home Frontier and Foreign Missionary society of the united Brethren in Christ (Etats-Unis d'Amérique) c. Grande-Bretagne*
- S.A., 1925, *Biens britanniques au Maroc espagnol* (Espagne c. Royaume-Uni)
- S.A., 1925, *Iloilo (Plusieurs sujets britanniques (Grande-Bretagne) c. Etats-Unis d'Amérique)*
- S.A., 1926, *Youmans (Etats-Unis d'Amérique) c. Etats-Unis du Mexique*
- S.A., 1927, *Francisco Mallén (Etats-Unis du Mexique) c. Etats-Unis d'Amérique*
- S.A., 1927, *George Adams Kennedy (Etats-Unis d'Amérique) c. Etats-Unis du Mexique*
- S.A., 1928, *G. L. Solis (Etats-Unis d'Amérique) c. Etats-Unis du Mexique*
- S.A., 1928, *J.J. Boyd (Etats-Unis d'Amérique) c. Etats-Unis du Mexique*
- S.A., 1928, *Île de Palmas* (Etats-Unis d'Amérique c. Pays-Bas)
- S.A., 1929, *Deutsche Continental Gas-Gesellschaft c. Etat polonais*
- S.A., 1931, *George Creswell Delamain (Grande-Bretagne) c. Etats-Unis du Mexique*
- S.A., 1931, *Leonor Buckingham (Grande-Bretagne) c. Etats-Unis du Mexique*
- S.A., 1931, *Naomi Russell, in her own right and as administratrix and guardian (Etats-Unis d'Amérique) c. Etats-Unis du Mexique*
- S.A., 1933, *Baldwin and others (Etats-Unis d'Amérique) v. Panama*
- S.A., 1941, *Trail Smelter* (Etats-Unis c. Canada)
- S.A., *J.N. Henriquez* (Pays-Bas c. Venezuela)

- S.A., *Salas* (Pays-Bas c. Venezuela)

Jurisprudence nationale

- A.G., *Matter of A-B-* II, 28 I&N Dec. 199 (A.G. 2021)
- A.G., *Matter of A-B-*, 27 I&N Dec. 316 (A.G. 2018)
- B.I.A., *In re Tan*, 12 I. & N. Dec. 564 (B.I.A. 1967)
- B.I.A., *Matter of Acosta*, 19 I&N Dec. 211 (B.I.A. 1985).
- B.I.A., *Matter of McMullen*, 19 I&N Dec. 94 (B.I.A. 1984)
- B.I.A., *Matter of Pierre*, 15 I&N Dec. 461 (B.I.A. 1975)
- C.E., 19 juin 2020, *Mme J.*, n°435000 C
- C.E., 1983, *Dankha*, n°42074
- C.N.D.A., 17 février 2020, *Mme A.*, n°17049253 C+
- C.N.D.A., 17 mai 2011, *M. S.*, n°09011226 C
- C.N.D.A., 25 mai 2018, *M. L.*, n°17047809 C+
- C.N.D.A., 25 mars 2011, *M. A.*, n°10015980 C
- C.N.D.A., 7 février 2011, *M. F.*, n°10017663 C
- C.N.D.A., 8 février 2011, *M. A.*, n° 09020508 C
- C.N.D.A., grande formation, 3 mai 2016, *Mme M.*, n° 12005702 R
- C.R.R., 15 février 2005, *Mlle D.* n°513570
- C.R.R., 26 avril 2005, *Mlle C.* n°502080
- C.R.R., S.R., 29 juillet 2005, *Mlle A.*, n°487336
- Tribunal administratif d'Autriche, 8 octobre 1980, *K. c. Bundesminister für Inneres, Generaldirektion für die öffentliche Sicherheit*
- U.S. Court of Appeals, District of Columbia Circuit, *GRACE, et al. v. William P. BARR, Attorney General of the United States, et al.*, 965 F.3d 883 (D.C. Cir. 2020)
- U.S. Court of Appeals, *Menjivar v. Gonzales*, 416 F.3d 918 (8th Cir. 2005)
- U.S. Court of Appeals, *Saldana v. Lynch*, 820 F.3d 970 (8th Cir. 2016)
- U.S. Court of Appeals, Second Circuit, *Leston Augustus SCARLETT v. William P. BARR, Attorney General of the United States, et al.*, 957 F.3d 316 (2d Cir. 2020)

V. Documents

- « "Force majeure" and "Fortuitous event" as circumstances precluding wrongfulness: Survey of State practice, international judicial decisions and doctrine - study prepared by the Secretariat », *Yearbook of the International Law Commission*, 1978, vol. II(1)
- Conseil de l'Europe, Doc. 8993, « "Zones de non-droit" sur le territoire des Etats membres du Conseil de l'Europe », proposition de recommandation du 8 mars 2001
- Doc. N. U., A/51/438 – S/1996/812
- Doc. N. U., E/CN.4/1998/53/Add.2, Commission des droits de l'homme, 16 octobre 1998, « Principes directeurs relatifs au déplacement de personnes à l'intérieur de leur propre pays »
- Doc. N.U., A/51/550 – S/1996/872
- Doc. N.U., A/57/409 – S/2002/1035
- Doc. N.U., A/70/174, Report of the Group of Governmental Experts on developments in the field of information and telecommunications in the context of international security, 22 juillet 2015
- Doc. N.U., A/70/671 – S/2015/1043
- Doc. N.U., A/RES/2625 (XXV) (1970)
- Doc. N.U., A/RES/34/145
- Doc. N.U., A/RES/38/130
- Doc. N.U., A/RES/49/60
- Doc. N.U., A/RES/56/83
- Doc. N.U., A/RES/56/88
- Doc. N.U., A/RES/60/1
- Doc. N.U., S/1995/605
- Doc. N.U., S/1997/7
- Doc. N.U., S/2002/1012
- Doc. N.U., S/2014/691
- Doc. N.U., S/2014/695
- Doc. N.U., S/2015/946
- Doc. N.U., S/2016/513
- Doc. N.U., S/2016/523
- Doc. N.U., S/2021/247
- Doc. N.U., S/983
- Doc. N.U., S/PV.2071

- Doc. N.U., S/RES/1189 (1998)
- Doc. N.U., S/RES/1373 (2001)
- Doc. N.U., S/RES/1553 (2004)
- Doc. N.U., S/RES/2249 (2015)
- H.C.R., Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés, HCR/1P/4/FRE/REV/1
- H.C.R., Principes directeurs sur la protection internationale : « La possibilité de fuite ou de réinstallation interne » et l’art. 1A(2) CG de 1951 et/ou le Protocole de 1967, HCR/GIP/03/04
- Quatrième rapport sur la responsabilité des Etats, par M. Roberto Ago, Rapporteur spécial – Le fait internationalement illicite de l’Etat, source de responsabilité internationale, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1972, vol. II
- *The National Security Strategy of the United States of America*, Septembre 2002

Table des matières

INTRODUCTION	9
§1. L'Etat comme entité contrôlant sa population	11
§2. La notion de contrôle	13
§3. L'obligation de mise en œuvre du contrôle	16
CHAPITRE 1. LE MAINTIEN DU CONTROLE	23
I. L'objet du contrôle de l'Etat	23
§1. La protection des droits de l'individu	24
A. La protection des droits de l'être humain	24
B. La protection de l'étranger	27
§2. La protection des droits de l'Etat tiers	29
A. La protection des droits de l'Etat tiers présent sur le territoire de l'Etat	29
B. La protection des droits de l'Etat tiers en dehors du territoire de l'Etat	31
II. La vigilance de l'Etat	34
§1. La connaissance de l'Etat	35
A. La difficulté de l'établissement de la connaissance de l'Etat	35
B. Le recours à des présomptions	38
1. Les facteurs propres à l'espace	38
2. Les facteurs propres au comportement individuel	39
§2. La surveillance de l'Etat	41
A. L'obligation de surveillance	41
B. Les limites de la surveillance	44
III. La responsabilité de l'Etat	46
§1. Les moyens de l'Etat	46
A. Variation des moyens	46
B. Constance des moyens	50
§2. Le comportement de l'Etat	52
A. Le comportement <i>de l'Etat</i> – l'imputation	52
1. Un comportement distinct du comportement individuel	52
2. Un comportement fondu dans le comportement individuel	54
B. Le <i>comportement</i> de l'Etat – la négligence	55
CHAPITRE 2. LES CONSEQUENCES DE LA PERTE DU CONTROLE	63
I. L'altération de la responsabilité de l'Etat	63
§1. La limitation de l'obligation internationale	64
A. La limitation de l'obligation de l'Etat	65
B. L'absence de limitation de l'obligation de l'Etat	67
§2. L'irresponsabilité de l'Etat	69
II. Les réactions face à la perte du contrôle	71
§1. L'attaque armée de l'Etat tiers – la perte du contrôle comme menace	73
§2. La fuite de l'individu – la perte du contrôle comme persécution	81
III. Le rétablissement du contrôle	87

§1. L'obligation de rétablir le contrôle	87
§2. Les limites au rétablissement du contrôle	91
CONCLUSION	97
BIBLIOGRAPHIE	101