Document:-
A/CN.4/SR.1258

Compte rendu analytique de la 1258e séance

sujet:
<plusiers des sujets>

Extrait de l'Annuaire de la Commission du droit international:-
1974, vol. I

Telechargé du site Internet de la Commission du Droit International
(http://www.un.org/law/french/ilc/index.htm)

Copyright © Nations Unies

qu'organisme collectif, ne pouvait agir, en principe, que par ses organes. Cependant, il a reconnu qu'il pouvait y avoir des exceptions à cette règle et qu'un organisme qui n'est pas un organe de l'Etat pouvait être doté par l'Etat de la puissance publique ou étatique. Ainsi, la Société nationale des chemins de fer japonais, dont M. Tsuruoka a cité le cas, n'est pas un organe de l'Etat, mais l'Etat peut lui déléguer des pouvoirs publics et c'est par cette délégation que la société en question peut exercer des pouvoirs publics. De même, une banque privée dotée du privilège d'émission exerce un pouvoir public dans la mesure où l'Etat lui délègue le privilège étatique de l'émission. Par contre, le cas des municipalités est tout à fait différent : il ne s'agit pas d'organismes auxquels l'Etat délègue un pouvoir public, mais bien d'organes de l'Etat qui exercent le pouvoir de l'Etat dans les limites de leur autonomie. M. Ouchakov estime, en effet, que les municipalités, comme toutes les collectivités territoriales, sont des organes de l'Etat. Ce n'est pas non plus par délégation qu'un Etat fédéré comme la Virginie ou l'Ukraine exerce le pouvoir étatique car, historiquement, ces Etats ont précédé l'Etat fédéral.

38. M. Ouchakov tient également à redire que l'Etat constitue une seule et même entité quel que soit le plan, intérieur ou extérieur, sur lequel on se place. C'est l'ordre juridique interne, et non le droit international, qui régit l'organisation de l'Etat. C'est donc par le droit interne uniquement — et non par le droit international — qu'on peut déterminer si un organisme exerce la puissance publique. La qualification juridique du comportement de cet organisme peut être différente selon qu'on se place du point de vue du droit interne ou du point de vue du droit international — mais le comportement reste le même.

39. M. EL-ERIAN comprend les raisons qui ont conduit le Rapporteur spécial à mentionner les territoires dépendants parmi les collectivités publiques territoriales énumérées à l'article 7. Il estime toutefois que cette assimilation des territoires dépendants à des collectivités territoriales, telles que les communes et les provinces, risque de susciter des malentendus quant au statut de ces territoires, que ceux-ci soient ou non considérés comme faisant partie intégrante du territoire métropolitain. Il cite le cas d'une personne qui a fait l'objet de poursuites sur la base d'une décision judiciaire selon laquelle, en vertu de l'article 22 du Pacte de la Société des Nations, un territoire sous mandat de la catégorie C devait être considéré comme faisant partie intégrante de l'Union Sud-Africaine et de l'Empire britannique. C'est là le type de situation que M. El-Erian tient à tout prix à éviter. Il serait par conséquent sage, conformément à ce qui a déjà été décidé dans ces cas analogues, de ne pas se référer à des situations anachroniques ou, du moins, de ne pas s'y référer dans le contexte de la situation présente. De toute façon, l'énumération n'est pas exhaustive puisqu'elle se termine par les mots « *et coetera* ». Le cas des territoires dépendants est en fait un cas de représentation, impliquant des relations entre un territoire et un Etat ayant assumé la responsabilité internationale — dans le sens de compétence — des relations du territoire avec d'autres Etats, mais ayant accordé au territoire l'autonomie interne.

40. M. KEARNEY, répondant aux observations faites au sujet de la structure constitutionnelle des Etats-Unis d'Amérique, indique qu'aux termes de l'article 10 du *Bill of Rights* qui, depuis sa ratification en 1791, fait partie intégrante de la Constitution fédérale « les pouvoirs qui ne sont pas délégués aux Etats-Unis par la Constitution... sont réservés aux Etats ou au peuple ». En conséquence, les pouvoirs exercés par les Etats fédérés sont des pouvoirs propres et non pas les pouvoirs de l'Etat fédéral. Toutefois, cela traduit simplement une certaine philosophie politique. La position de M. Ouchakov est l'expression d'une autre philosophie politique, mais les différences entre ces deux philosophies politiques ne doivent pas influer sur la façon dont la Commission résoudra le problème du statut des organes aux fins de la responsabilité internationale. Tout le monde s'accorde à reconnaître que le statut d'un organe est déterminé par le droit interne, qui est le droit national et, également dans les unions fédérales, le droit des Etats fédérés, compte tenu toutefois du droit international, qui considère l'Etat comme une structure monolithique aux fins du droit international.

41. M. OUCHAKOV fait observer que, sur ce plan, la situation est la même en Union soviétique qu'aux Etats-Unis. Les Républiques de l'Union, qui sont pleinement souveraines sur leur territoire, sont en même temps des organes de l'Union soviétique. Elles sont autonomes, mais uniquement dans le cadre de leurs limites territoriales, encore qu'elles puissent conclure des traités en même temps que l'Union soviétique elle-même. Et cela ne signifie pas que les organes des Républiques de l'Union ne sont pas des organes de l'Union soviétique dans son ensemble.

42. Le PRÉSIDENT, constatant que le débat sur le projet d'article 7 est terminé, propose de renvoyer ce projet d'article au Comité de rédaction pour plus ample examen.

Il en est ainsi décidé [28].

La séance est levée à 13 h.

[28] Pour la suite du débat, voir 1278e séance, par. 1.

1258e SÉANCE

Jeudi 16 mai 1974, à 10 h 10

Président : M. Endre USTOR

Présents : M. Ago, M. Bilge, M. Calle y Calle, M. El-Erian, M. Hambro, M. Kearney, M. Martínez Moreno, M. Ouchakov, M. Pinto, M. Quentin-Baxter, M. Ramangasoavina, M. Reuter, M. Sette Câmara, M. Tabibi, M. Tammes, M. Tsuruoka, sir Francis Vallat, M. Yasseen.

Responsabilité des Etats

(A/CN.4/246 et Add.1 à 3; A/CN.4/264 et Add.1; A/9010/Rev.1)

[Point 3 de l'ordre du jour]
(suite)

PROJET D'ARTICLES PRÉSENTÉ PAR LE RAPPORTEUR SPÉCIAL

1. Le PRÉSIDENT invite le Rapporteur spécial à présenter le projet d'article 8, qui est ainsi libellé :

Article 8

Attribution à l'Etat, sujet de droit international, des faits de particuliers exerçant en fait des fonctions publiques ou agissant en fait pour le compte de l'Etat.

Est aussi considéré comme un fait de l'Etat sur le plan du droit international le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes qui, quoique formellement dépourvus, d'après l'ordre juridique interne, de la qualité d'organes de l'Etat ou d'une institution publique distincte, exercent en fait des fonctions publiques ou agissent en fait pour le compte de l'Etat.

2. M. AGO (Rapporteur spécial) rappelle que l'article 7 traitait du problème de l'attribution à l'Etat des faits des organes de certaines entités qui, tout en étant distinctes de l'Etat, ont d'après son ordre juridique interne des compétences dans lesquelles rentre l'exercice d'une parcelle de la puissance publique. L'article 8, par contre, traite de l'attribution à l'Etat des faits de personnes ou de groupes de personnes qui ne font d'aucune manière partie de l'appareil de l'Etat et ne peuvent nullement être confondues avec lui, mais qui sont amenées, dans des circonstances particulières, à exercer en fait des fonctions étatiques. Il ne s'agit donc pas de particuliers agissant en tant que tels. La Commission examinera plus tard, à l'article 11, le principe selon lequel l'Etat ne peut se voir attribuer le comportement d'un simple particulier ou d'un groupe de particuliers agissant en tant que tel et ne peut encourir de responsabilité à l'occasion d'un tel comportement que s'il manque à sa propre obligation de le prévenir ou de le réprimer.

3. L'article 8 pose donc le problème de la situation des « fonctionnaires de fait », c'est-à-dire des personnes qui, en principe, ne sont nullement des fonctionnaires de l'Etat, mais qui, dans des circonstances particulières, sont appelées à exercer en fait des fonctions de l'Etat. Il s'agit là d'une situation complexe et multiforme, susceptible de s'étendre ultérieurement. Pour définir la situation de ces fonctionnaires de fait, les juristes ont recours à diverses théories, celles de l'apparence, de la nécessité, de la gestion d'affaires, etc.; mais la Commission n'a pas à s'engager dans l'examen de ces théories. Elle doit se contenter de constater un fait, une situation réelle; il existe, en effet, des cas dans lesquels des particuliers sont amenés à agir en tant que fonctionnaires de fait. M. Ago souligne, à cet égard, que la situation en droit international doit toujours être distinguée de la situation en droit interne et que la Commission doit se préoccuper uniquement de la première.

4. Il peut arriver qu'un fonctionnaire proprement dit ne soit pas encore officiellement investi de ses fonctions ou qu'il soit suspendu de ses fonctions parce qu'une procédure administrative ou pénale a été engagée contre lui. Cependant, quelle que soit la situation spéciale de ce fonctionnaire du point de vue du droit administratif interne, le droit international le considère comme fonctionnaire et son comportement est attribué à l'Etat en vertu de l'article 5. La situation envisagée à l'article 8 peut se produire en cas de guerre, lorsque les autorités de l'Etat ont disparu et n'ont pas encore été remplacées par des autorités nouvelles. Il n'est pas douteux que les actes des formations qui exercent alors le pouvoir, comités de libération ou autres, engagent la responsabilité de l'Etat en cas de violation d'une obligation de droit international.

5. Le principe énoncé à l'article 8 s'applique également aux groupes qui, sans appartenir à l'armée régulière de l'Etat, exercent des activités de caractère militaire en temps de guerre. On sait d'ailleurs que l'article 2 du Règlement annexé à la Convention IV de La Haye de 1907 accorde le traitement de belligérants à la population d'une ville qui prend les armes pour défendre cette ville. De même, en cas de catastrophe naturelle, il peut arriver que tout appareil étatique disparaisse d'une région donnée et que les citoyens de cette région soient amenés à prendre en main l'exercice de certaines prérogatives de la puissance publique (police, services sanitaires, etc.), comme ce fut le cas dans certaines localités de l'Italie lors du tremblement de terre de Messine. Parfois d'ailleurs l'ordre juridique interne de l'Etat prévoit que les citoyens qui se trouvent dans une situation de ce genre, non seulement peuvent, mais doivent remplir certaines fonctions publiques. On peut également envisager le cas de particuliers qui remplissent exceptionnellement les fonctions d'auxiliaires des forces armées régulières, comme les chauffeurs de taxis de Paris l'ont fait, pendant la première guerre mondiale, lors de la bataille de la Marne. Il est bien évident, dans ce cas, que l'Etat qui se sert de ces auxiliaires doit répondre des violations éventuelles du droit international qu'ils peuvent commettre.

6. Il existe, par ailleurs, d'autres catégories de cas, comme celui des missions à l'étranger que l'Etat confie à des particuliers qui ne font pas partie de son organisation administrative. Les faits de ces particuliers doivent-ils être imputés à l'Etat et engagent-ils sa responsabilité sur le plan international? M. Ago cite, à cet égard, la décision rendue en 1925 par un tribunal arbitral dans l'*Affaire D. Earnshaw and others (Zafiro)* [1]. Le Tribunal a conclu que le comportement de l'équipage du *Zafiro*, un navire de commerce privé qui, pendant la guerre hispano-américaine, avait ravitaillé les troupes américaines lors d'une opération militaire, exécutant en cela des ordres de la marine de guerre américaine, devait être attribué à l'Etat américain, lequel était responsable de la violation d'une obligation internationale par ce navire.

7. Il y a aussi le cas des « volontaires » que certaines puissances envoient ou laissent partir dans les pays où il y a une guerre civile. Doit-on considérer, comme l'a fait le représentant du Mexique à la Société des Nations à propos de la guerre civile espagnole, que les actes de ces « volontaires » engagent la responsabilité de leur gouver-

[1] Voir *Annuaire... 1971*, vol. II (1re partie), p. 279, par. 192.

nement ? Enfin, parmi les exemples les plus connus de faits de particuliers pouvant engager la responsabilité de l'Etat, on peut citer les faits de certaines personnes agissant à l'étranger pour le compte de l'Etat : par exemple les enlèvements accomplis en territoire étranger par des particuliers agissant, en fait, pour le compte de l'Etat. M. Ago cite, comme exemple, le cas d'un réfugié politique italien enlevé à Lugano par des agents du régime fasciste et ramené en Italie pour y être jugé, et rappelle que le Conseil fédéral suisse a alors estimé que ces agissements portaient atteinte à la souveraineté et à la sécurité territoriales de la Suisse et étaient donc contraires au droit international. Il cite également l'enlèvement d'Eichmann et celui du colonel Argoud et rappelle que, dans ces deux cas, la responsabilité de l'Etat a finalement été reconnue de quelque sorte, bien que les gouvernements intéressés aient dénié toute participation [2]. Les affaires de ce genre ne font pas toujours l'objet d'un règlement très net : ainsi, dans le cas du colonel Argoud, l'affaire a été considérée comme liquidée à la suite d'un échange de lettres entre le Président de la République française et le Chancelier allemand, dont on ne connaît pas la teneur.

8. Tous ces cas reposent sur l'hypothèse de particuliers agissant en tant que fonctionnaires de fait, hypothèse qu'il ne faut pas confondre avec celle du gouvernement de fait. En effet, un gouvernement de fait est un gouvernement, même s'il a pris le pouvoir à la suite d'un coup d'état ou d'une révolution et s'il n'est pas reconnu par certains gouvernements, et tout fait d'un gouvernement, qu'il soit officiel ou de fait, est susceptible d'engager la responsabilité internationale. Le problème de la légitimité du gouvernement de fait ne se pose donc pas à l'article 8, qui concerne uniquement la situation de personnes qui n'ont aucun lien organique avec le gouvernement.

9. A l'article 8 comme à l'article 7, la Commission sera amenée à modifier la forme du texte. Cependant, alors que l'article 7 doit être aligné sur l'article 5, à l'article 8, par contre, il faut employer une terminologie différente, car il s'agit de particuliers dont la caractéristique est précisément de ne pas être des organes de l'Etat et de n'avoir aucun lien avec l'Etat ou avec les institutions qui détiennent des prérogatives de la puissance publique.

10. M. KEARNEY, soulignant l'interdépendance qui existe entre les articles 7 et 8, note que ces dispositions peuvent avoir des répercussions importantes dont les limites n'apparaissent pas clairement. Ainsi, dans certaines circonstances, des particuliers pourraient être habilités à prendre, de leur propre initiative, des mesures qui équivaudraient à l'exercice de fonctions publiques et qui pourraient donc engager la responsabilité de l'Etat en vertu de l'actuel article 8. Cette disposition pourrait également étendre le champ de la responsabilité de l'Etat aux faits de nombreuses entreprises essentiellement privées, outre les entités publiques qui assurent un service public et qui relèvent de l'article 7. Le champ déjà très étendu des éventualités que prévoit ce dernier article a été décrit par le Rapporteur spécial dans son troisième rapport [3]. Il apparaît à cet égard, que les articles 7 et 8 font en partie double emploi.

11. Il en va de même des articles 8 et 11. Sur le plan de l'application, la distinction entre le terme « personne », qui figure à l'article 8, et les termes « simples particuliers », qui figurent à l'article 11, pourrait susciter des difficultés. Quant au paragraphe 2 de l'article 11, il énonce une règle de fond de droit international concernant la responsabilité de l'Etat qui vaut également pour certaines des affaires et des décisions judiciaires que le Rapporteur spécial a citées à l'appui de ses conclusions concernant la teneur de l'article 8. En fait, l'effet combiné des définitions données dans les trois articles connexes 7, 8 et 11 est si étendu qu'il serait pratiquement sans intérêt de savoir si une personne ou une entité a ou non le statut d'un organe de l'Etat aux fins de l'attribution de la responsabilité à l'Etat. Pour éviter ces recoupements, M. Kearney présente les propositions suivantes qui fusionnent l'article 8 en partie avec l'article 7 et en partie avec l'article 11 :

Texte combiné des articles 7 et 8

1. Est considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international le comportement d'un organe d'une collectivité publique territoriale, qui, en l'occurrence, a agi en cette qualité.

2. Le comportement d'un organe d'une entité qui ne fait pas partie de la structure même de l'Etat ou d'une collectivité publique territoriale est considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international lorsque, d'après le droit interne de l'Etat ou le droit interne d'une collectivité publique territoriale, cette entité a expressément le statut d'entité publique et a, en l'occurrence, agi en cette qualité ou est habilitée à exercer une partie de la puissance publique de l'Etat ou d'une collectivité publique territoriale et a, en l'occurrence, exercé cette puissance.

3. Le fait de tout organe répondant aux conditions ainsi posées qui se rapporte à la création ou à l'exécution d'une obligation contractuelle n'est considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international que dans la mesure où il peut être considéré comme tel d'après le droit interne de l'Etat en vigueur à la date à laquelle le contrat prend effet.

Texte combiné des articles 8 et 11

1. Le comportement d'une personne physique ou morale de droit privé, agissant en cette qualité, n'est un fait de l'Etat d'après le droit international que si cette personne physique ou morale se conforme dans son comportement à des prescriptions licites ou apparemment licites d'un organe de l'Etat ou d'une collectivité publique territoriale ou exerce des fonctions publiques ou agit pour le compte de l'Etat ou d'une collectivité publique territoriale dans une situation de crise ou en cas de perturbation du fonctionnement des organes de l'Etat.

2. Toutefois, la règle énoncée au paragraphe qui précède est sans préjudice de l'attribution à l'Etat de l'omission éventuelle de ses organes au cas où ceux-ci auraient dû agir pour prévenir ou pour réprimer le comportement de la personne physique ou morale et ne l'ont pas fait.

12. Le paragraphe 3 du texte combiné des articles 7 et 8 traite, en termes généraux, des situations de l'ordre de celles qu'a mentionnées M. Hambro et qui n'engagent pas la responsabilité de l'Etat. Ainsi, lorsqu'une municipalité émet un emprunt, l'Etat ne serait responsable que s'il a garanti cet emprunt. De même, il ne serait responsable que des contrats qu'il aurait garantis. Cette responsabilité ne dépendrait que du droit interne, la condition essentielle étant que l'Etat ait expressément assumé une obligation.

[2] *Ibid.*, par. 193.

[3] *Ibid.*, p. 278, par. 190.

13. Le texte combiné des articles 8 et 11 prévoit les cas exceptionnels dans lesquels la responsabilité de l'Etat est engagée parce que l'Etat a tiré avantage du comportement en cause ou parce qu'il aurait dû agir pour prévenir ou réprimer ce comportement. Le texte actuel du paragraphe 2 de l'article 11 a été conservé, bien qu'il puisse être nécessaire d'y apporter quelques modifications.

14. M. Kearney ne prétend pas, dans les textes qu'il propose, apporter une solution définitive aux problèmes de l'attribution, mais entend simplement suggérer des solutions possibles à certaines questions de fond que pose cet aspect de la responsabilité des Etats.

15. M. TAMMES remarque que tandis que l'article 7 traite des organes de l'Etat proprement dits, qui font partie intégrante de la structure constitutionnelle de l'Etat, l'article 8 s'occupe de ce qu'on pourrait appeler les organes « de fait » de l'Etat. Le Rapporteur spécial a lui-même utilisé le terme « de fait » dans son troisième rapport, pour qualifier des organes ou des fonctionnaires, encore qu'il ait relevé à juste titre le risque de confusion avec la notion de gouvernement *de facto* [4]. Cette deuxième catégorie d'organes n'a guère retenu l'attention jusqu'à présent, mais le grand nombre d'affaires dans lesquelles ils sont impliqués emporte la conviction que le projet d'article 8 reflète fidèlement l'état actuel du droit international et qu'on est parfaitement fondé à consacrer à ces organes un article distinct.

16. L'article 8 fait une distinction entre les personnes qui exercent en fait des fonctions publiques et celles qui agissent en fait pour le compte de l'Etat. Or la première catégorie de personnes, dont les actes tirent leur caractère public du fait qu'elles sont les gardiennes fortuites de quelque intérêt public dans des situations d'urgence, suscite des difficultés. En pareil cas, il ne sera pas toujours facile d'établir, dans la pratique, la responsabilité de l'Etat et il serait peut-être sage, comme M. Quentin-Baxter l'a suggéré, de se contenter des voies de recours qui existent sur ce plan interne. C'est ainsi qu'au cours de la panne de courant, survenue dans l'Est des Etats-Unis il y a quelques années, de simples particuliers se sont chargés de régler eux-mêmes la circulation dans l'obscurité, exerçant de ce fait une fonction publique — exercice qui, en cas de préjudice ou de dommage de caractère international, aurait pu, en vertu de l'article 8, engager la responsabilité de l'Etat américain. Cela reviendrait de toute évidence à pousser trop loin le principe de la responsabilité des Etats.

17. La distinction entre les organes réguliers, visés à l'article 7, et les organes « de fait », visés à l'article 8 pourrait contribuer à résoudre le problème des « institutions publiques autonomes » mentionnées à l'article 7. Ces institutions, qu'il s'agisse de partis politiques, d'établissements ou d'organisations, peuvent être considérées comme relevant soit de l'article 7, si elles sont investies de fonctions publiques d'une manière officielle et durable, soit de l'article 8, si elles sont investies fortuitement de telles fonctions ou si elles les assument de leur propre initiative dans un cas d'urgence. On pourrait ainsi éviter de s'en remettre indûment au droit interne. L'Etat a, en effet, toute latitude pour décider si les établissements qu'il utilise à ses fins ont un caractère public ou privé et la constitution de l'Etat détermine si un parti politique ou une autre organisation fonctionne ou non en tant qu'association de simples particuliers. Cela ne présenterait d'intérêt sur le plan de l'application du droit international que s'il était prouvé que le parti, l'établissement ou l'organisation en cause a agi en tant qu'Etat ou pour le compte de l'Etat. Le cas des personnes ou des groupes de personnes dont l'Etat se sert parfois à ses propres fins, mais dont la situation diffère selon le système juridique et les circonstances, pourrait alors faire l'objet d'un article distinct. Le Rapporteur spécial ne s'est pas opposé à ce que l'article 7 soit divisé en deux articles, dont l'un traiterait des collectivités territoriales et dont l'autre reprendrait le reste de l'article 7 [5] et pourrait aussi prévoir les situations ambiguës que M. Tammes a évoquées.

18. Il y aurait alors trois catégories d'agents dont le comportement pourrait engager la responsabilité de l'Etat. Premièrement, les organes proprement dits de l'Etat et de ses subdivisions, qui sont partie intégrante de l'Etat; il en serait traité dans l'article 5, dans une partie de l'article 7 et peut-être dans la définition proposée par M. Elias [6]. Deuxièmement, les particuliers ou groupes de particuliers agissant en qualité d'organes « de fait » de l'Etat, dont traite actuellement une partie de l'article 8, par opposition aux particuliers dont le comportement engage indirectement la responsabilité de l'Etat, par exemple en cas de manque de diligence de sa part, qui font l'objet de l'article 11. Troisièmement, les entités créées par le droit interne et parfois utilisées par l'Etat, que visent l'actuel article 7 et une partie de l'article 8 et qu'il pourrait être souhaitable de définir. Peut-être l'actuel chapitre II pourrait-il être ainsi divisé en trois parties.

19. M. REUTER est partisan du maintien d'un article 8 distinct et il approuve, dans ses grandes lignes, le projet présenté par le Rapporteur spécial. Quelque peu inquiet de la lenteur des travaux, il espérait que cet article ne ferait l'objet que d'un échange de vues très bref avant d'être renvoyé au Comité de rédaction, car, ainsi que le Rapporteur spécial l'a souligné à propos des cas envisagés à l'article 8, si les Etats ne sont pas toujours d'accord sur les faits, ils sont presque toujours d'accord sur les principes, comme en témoigne l'affaire portée devant la Commission de conciliation franco-suisse sur les provocations douanières. Le moment ne lui paraît pas venu de remanier les articles 7, 8 et 11, comme l'a proposé M. Kearney, car, s'il est évident que la Commission sera appelée à un moment donné à examiner les rapports entre ces trois articles, elle doit se contenter, pour le moment, de les examiner séparément en première lecture.

20. En ce qui concerne la question des contrats évoquée par M. Kearney, la question de la responsabilité contractuelle doit être considérée comme un cas particulier, car la responsabilité née d'un contrat ne peut être une responsabilité internationale que dans des circonstances exceptionnelles. La question de la responsabilité en matière contractuelle ne peut être divisée et la Commission devrait remettre son examen à plus tard.

[4] *Ibid.*, p. 281, par. 196.

[5] Voir 1256e séance, par. 27.

[6] Voir 1253e séance, par. 17.

21. M. Reuter serait d'avis de renvoyer immédiatement le texte de l'article au Comité de rédaction. Il a, toutefois, quelques observations à formuler. Tout d'abord, le terme anglais « *public* » lui paraît impropre, car il s'applique souvent, dans les pays de *common law*, à des organismes privés. Par ailleurs, si, comme il le pense, l'article 8 est tout à fait différent de l'article 7, il faudrait introduire dans l'article 8 une référence à l'article 7 en remplaçant les mots « de la qualité d'organes de celui-ci ou d'une institution publique distincte » par les mots « de la situation organique qui permettrait l'application de l'article 7 ».

22. Enfin, M. Reuter a des réserves à formuler au sujet des mots : « ... exercent en fait des fonctions publiques ou agissent en fait pour le compte de l'Etat », à la fin de l'article. L'expression « fonctions publiques » lui paraît, en effet, mal choisie, non seulement parce qu'elle pose des problèmes de traduction en anglais, mais aussi parce qu'on peut se demander s'il ne s'agit pas, ici encore, de fonctions qualifiées comme relevant de la puissance publique. La conjonction « ou » (« ou agissent en fait pour le compte de l'Etat ») indique qu'il y a là deux hypothèses. Toutefois s'agit-il de deux hypothèses distinctes ou de deux conditions cumulées ? M. Reuter n'est pas sûr, pour sa part, que ces deux conditions soient distinctes. Si, par exemple, un citoyen arrête un malfaiteur, il fait un acte de puissance publique en se substituant à la force publique et agit en même temps pour le compte de l'Etat. Par contre, dans le cas d'enlèvements effectués par des agents secrets, la situation n'est pas aussi claire, car ces agents n'agissent pas toujours pour le compte de l'Etat.

23. M. OUCHAKOV approuve le contenu de l'article 8, mais il émet de sérieuses réserves quant à sa formulation. Tout d'abord, l'expression « institution publique distincte » ne pourra être employée dans l'article 8 que si elle est maintenue à l'article 7. Ensuite, il ne ressort pas assez clairement du texte de l'article 8 que les situations qui y sont visées ont un caractère exceptionnel. Sous sa forme actuelle, l'article 8 semble s'appliquer à des situations normales, et seuls les explications et les exemples fournis par le Rapporteur spécial permettent de comprendre la portée exacte de cette disposition. Il est d'ailleurs impossible de prévoir, dans un seul article, tous les cas de guerre internationale, de guerre civile ou de guerre de libération qui peuvent se produire. Des situations tout à fait exceptionnelles pourront toujours se présenter qui n'auront pas été prévues.

24. L'article 8 a trait, d'une part, aux personnes qui « exercent en fait des fonctions publiques » et, d'autre part, à celles qui « agissent en fait pour le compte de l'Etat ». Normalement, les personnes, ou groupes de personnes, qui exercent des fonctions publiques, c'est-à-dire une parcelle du pouvoir étatique, relèvent de l'article 7. Elles font partie d'une institution qui n'est pas un organe de l'Etat, mais qui est dûment autorisée par l'Etat à exercer des fonctions publiques. En revanche, les éventualités envisagées à l'article 8 sont tout à fait exceptionnelles. Mis à part les cas de guerre civile, elles se présentent, par exemple, lorsqu'en cas de catastrophe naturelle, les autorités disparaissent et que quelques personnes agissent en fait comme organes de l'Etat. Or rien n'indique, dans l'article 8, que ces personnes se trouvent dans une situation exceptionnelle. Il est simplement prévu que, quoique formellement dépourvues, d'après l'ordre juridique interne, de la qualité d'organes de l'Etat, elles exercent en fait des fonctions publiques, ce qui donne à penser qu'elles font partie d'organes *de facto*.

25. L'autre catégorie de personnes ou de groupes de personnes auxquelles s'applique l'article 8 sont celles qui « agissent en fait pour le compte de l'Etat ». Ces situations, tout aussi exceptionnelles, se présentent lorsque quelqu'un agit pour le compte d'un Etat sans être dûment habilité à cet effet. Lorsqu'un simple particulier outrage un ambassadeur étranger, la responsabilité internationale de l'Etat dont ce particulier est ressortissant est engagée, non pas par l'acte lui-même, mais parce que l'Etat a omis de prendre des mesures pour empêcher cet acte. Il se peut aussi que cette personne agisse à l'instigation de l'Etat, l'acte lui-même étant alors contraire aux obligations internationales de cet Etat. En pareil cas, il faut réussir à prouver que la personne en question a agi pour le compte de l'Etat, ce qui est difficile car une instigation de l'Etat ne se fait jamais ouvertement. Si cette preuve n'est pas apportée, l'Etat est responsable par omission et non par commission.

26. M. HAMBRO s'associe aux inquiétudes exprimées par M. Reuter au sujet de la lenteur des progrès accomplis. Pour gagner du temps, il n'abordera pas, pour sa part, les questions de pure forme, qu'on peut sans la moindre inquiétude renvoyer au Comité de rédaction.

27. M. Hambro souscrit à l'idée exprimée à l'article 8 et juge parfaitement convaincants nombre des exemples cités à l'appui par le Rapporteur spécial. La formulation de l'article lui paraît toutefois fort discutable, en particulier la référence à l'exercice de « fonctions publiques ». Il ne pense pas qu'il existe en droit international une définition admise soit de la nature, soit de la portée des « fonctions publiques ». Ces fonctions doivent donc être définies par le droit interne. Or la définition qui en est donnée en droit interne varie d'un pays à l'autre. C'est ainsi que les chemins de fer, les transports, les services postaux, télégraphiques et téléphoniques constituent des « fonctions publiques » dans certains Etats, mais non dans d'autres. Ces termes ne peuvent donc pas être utilisés à l'article 8, aux fins du droit international. Il ne s'agit pas simplement d'une question de rédaction : un véritable problème de fond se pose.

28. M. ELIAS partage les inquiétudes exprimées au sujet du rythme des travaux de la Commission. Il estime que l'article 8 n'appelle pas un débat prolongé. A son avis le contenu de l'article est parfaitement clair et les affaires, *D. Earnshaw and others (Zafiro)*, *Stephens* et *Eichmann* suffisent à illustrer le problème. L'article 8 prévoit le cas rare dans lequel un particulier ou groupe de particuliers qui, au regard du droit interne, constitutionnel ou administratif, de l'Etat intéressé ou du fait de toute autre considération, n'ont pas la qualité d'organes de l'Etat ou d'une institution publique distincte sont obligés d'accomplir certains actes effectivement ou apparemment pour le compte de l'Etat. L'Etat doit alors être tenu responsable des faits de ces particuliers.

29. L'article 11 traite d'un problème différent et M. Elias estime qu'il n'y a pas grand intérêt à tenter de le combiner avec l'article 8. Il comprend les raisons qui ont incité

M. Kearney à formuler une proposition en ce sens, mais il ne peut s'empêcher de penser que l'adoption de cette proposition compliquerait la situation.

30. L'article 8 a pour objet d'attribuer à l'Etat certains actes accomplis pour son compte, soit à sa demande, soit parce que leur auteur a jugé nécessaire de les accomplir. Le cas relève de la *negotiorum gestio* du droit romain. Les fonctions en question sont des fonctions que l'Etat aurait normalement dû exercer mais qu'il n'a pas exercées. Un particulier a alors été amené à les exercer par la force des choses, à raison ou à tort.

31. L'article 8 n'a pas à traiter de l'omission de la part de particuliers. Lorsqu'un particulier est le témoin de certains faits et permet qu'ils se produisent, ni sa responsabilité ni celle de l'Etat ne sont engagées, à moins, évidemment, que la situation ne relève de l'exception prévue au paragraphe 2 de l'article 11. Cette disposition attribue à l'Etat les omissions de ses organes qui, négligeant leur devoir, ont permis à un particulier d'agir ou de ne pas agir d'une certaine manière.

32. M. Elias propose que la Commission approuve, en principe, l'article 8 et charge le Comité de rédaction de trouver une formule qui s'applique à l'ensemble des cas envisagés. Pour sa part, il souhaiterait voir remplacer les mots « *public functions* », dans le texte anglais, par « *state functions* » ou, mieux encore, « *governmental functions* ».

33. M. TSURUOKA estime, comme M. Ouchakov, que les situations visées à l'article 8 sont tout à fait exceptionnelles. La plupart du temps, les faits dont il est question dans cette disposition ne peuvent être attribués à l'Etat que lorsque celui-ci accepte cette attribution, soit avant, soit après l'acte en question. Pendant le débat sur l'article 7, certains membres de la Commission se sont référés à la notion de « fonctions publiques » en lui donnant le sens de prérogatives de l'Etat, et c'est certainement dans le même sens que cette expression doit être entendue à l'article 8. Se référant une nouvelle fois à la Société nationale des chemins de fer japonais, M. Tsuruoka rappelle que cette société exerce par délégation une parcelle de l'autorité étatique, alors que ce n'est pas le cas de la centaine d'autres compagnies privées de chemins de fer, ni des compagnies de télécommunication, considérées pourtant comme publiques. Il en va de même des gardes qu'emploient certaines grandes sociétés et qui sont souvent d'anciens policiers; ils n'exercent aucun pouvoir de police bien que, dans l'accomplissement de leurs fonctions, ils déploient des activités analogues. Les cas qui précèdent échappent à l'application de l'article 8, mais il serait utile d'y faire allusion dans le commentaire de cette disposition.

34. En ce qui concerne les cataclysmes, qui ne sont pas rares au Japon, des groupes de sauvetage peuvent s'organiser immédiatement après une catastrophe, faire appel à l'entraide et parfois exercer une contrainte. A son avis, il n'est pas souhaitable d'étendre le champ d'application de l'article 8 à ces formations spontanées, qui sont en définitives exceptionnelles.

Organisation des travaux

35. Le PRÉSIDENT remercie M. Reuter et les autres membres de la Commission qui ont attiré l'attention sur la nécessité d'accélérer le rythme des travaux consacrés au projet d'articles sur la responsabilité des Etats. La semaine suivante risque d'être la dernière que la Commission pourra consacrer, pendant sa vingt-sixième session, à la première lecture de ces articles, car elle doit donner la priorité absolue à la deuxième lecture des trente articles du projet sur la succession d'Etats en matière de traités. Le Président souhaite que, dans le temps dont elle dispose, la Commission poursuive aussi loin que possible la première lecture des articles sur la responsabilité des Etats.

La séance est levée à 13 heures

1259e SÉANCE

Vendredi 17 mai 1974, à 10 h 5

Président : M. Endre USTOR

puis : M. José SETTE CÂMARA

Présents : M. Ago, M. Bilge, M. Calle y Calle, M. El-Erian, M. Elias, M. Hambro, M. Kearney, M. Martínez Moreno, M. Ouchakov, M. Pinto, M. Quentin-Baxter, M. Ramangasoavina, M. Reuter, M. Tabibi, M. Tammes, M. Tsuruoka, sir Francis Vallat.

Responsabilité des Etats

(A/CN.4/246 et Add.1 à 3; A/CN.4/264 et Add.1; A/9010/Rev.1)

[Point 3 de l'ordre du jour]

(reprise du débat de la séance précédente)

PROJET D'ARTICLES PRÉSENTÉ PAR LE RAPPORTEUR SPÉCIAL

ARTICLE 8 (Attribution à l'Etat, sujet de droit international, des faits de particuliers exerçant en fait des fonctions publiques ou agissant en fait pour le compte de l'Etat) *(suite)*

1. Sir Francis VALLAT dit que les difficultés ne tiennent pas aux idées exprimées, au sujet desquelles il y a un accord général, mais bien à la manière dont ces idées sont exprimées.

2. La série d'articles à l'examen envisage cinq catégories de cas. La première est celle des organes de l'Etat, sur laquelle la Commission est pratiquement unanime, M. Ouchakov donnant cependant à la notion d'organe de l'Etat une portée quelque peu plus large que sir Francis. La deuxième catégorie est celle des collectivités territoriales subsidiaires, qui est très proche de celle des organes de l'Etat. La troisième est celle des institutions qui exercent des « *governmental functions* », expression qui rend mieux l'idée que celle de « *public functions* ». La quatrième catégorie de cas est d'un ordre tout à fait différent: il s'agit de personnes qui agissent pour le compte de l'Etat. La situation est, en fait, celle du mandat et tout à fait différente de la capacité d'agir en tant que titulaire d'une fonction publique. C'est là une différence cruciale. Il