

Document:-  
**A/CN.4/SR.2553**

**Compte rendu analytique de la 2553e séance**

sujet:  
**Responsabilité des Etats**

Extrait de l'Annuaire de la Commission du droit international:-  
**1998, vol. I**

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

préciser ou à clarifier non pas le sens ou la portée du traité mais la position de l'État déclarant à l'égard de celui-ci est par contre pertinente au stade de la définition. Introduire le verbe « interpréter » dans la définition rendrait celle-ci quelque peu tautologique.

54. D'autre part, prévoir que la déclaration interprétative peut porter sur l'ensemble du traité correspond bien à la pratique, et il ne serait pas judicieux de se priver de la solution des déclarations interprétatives transversales en reprenant la limitation introduite, à tort, par la Convention de Vienne de 1969.

55. Enfin, faire dire à la définition que la déclaration interprétative vise aussi à préciser ou à clarifier les conditions de mise en œuvre du traité reviendrait à introduire dans cette définition la problématique des rapports entre droit international et droit interne, problématique qui renvoie plutôt au projet de directive 1.2.6.

56. Le PRÉSIDENT dit que, s'il n'entend pas d'objection, il considérera que les membres de la Commission souhaitent renvoyer le projet de directive 1.2 au Comité de rédaction.

*Il en est ainsi décidé.*

*La séance est levée à 12 h 5.*

## 2553<sup>e</sup> SÉANCE

*Vendredi 31 juillet 1998, à 10 h 10*

*Président : M. João BAENA SOARES*

*Présents : M. Addo, M. Al-Baharna, M. Al-Khasawneh, M. Bennouna, M. Brownlie, M. Crawford, M. Dugard, M. Economides, M. Elaraby, M. Ferrari Bravo, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Herdocia Sacasa, M. Illueca, M. Kabatsi, M. Kateka, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Melescanu, M. Mikulka, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rosenstock, M. Yamada.*

**Responsabilité des États<sup>1</sup> (suite\*) [A/CN.4/483, sect. C, A/CN.4/488 et Add.1 à 3<sup>2</sup>, A/CN.4/490 et Add.1 à 7<sup>3</sup>, A/CN.4/L.565, A/CN.4/L.569]**

[Point 2 de l'ordre du jour]

\* Reprise des débats de la 2547<sup>e</sup> séance.

<sup>1</sup> Pour le texte du projet d'articles adopté à titre provisoire par la Commission en première lecture, voir *Annuaire... 1996*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 62, doc. A/51/10, chap. III, sect. D.

<sup>2</sup> Reproduit dans *Annuaire... 1998*, vol. II (1<sup>re</sup> partie).

<sup>3</sup> Ibid.

### PREMIER RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (suite)

1. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial), présentant la section C du chapitre II de son premier rapport sur la responsabilité des États (A/CN.4/490 et Add.1 à 7), consacrée au chapitre II de la première partie du projet d'articles (Le « fait de l'État » selon le droit international), souligne que les articles 5 à 15, auxquels le chapitre II est consacré, répondent à la première des deux conditions posées par l'article 3 (Éléments du fait internationalement illicite de l'État) pour qu'il y ait responsabilité de l'État, à savoir que le comportement visé doit être attribuable à l'État, l'autre condition étant que ce comportement doit constituer une violation d'une obligation internationale de l'État. Depuis leur adoption en première lecture, dans les années 70, la jurisprudence en la matière s'est considérablement étoffée, sous l'impulsion tant de la CIJ que de divers autres tribunaux — arbitraux ou des droits de l'homme. Certains de ces articles sont cités dans cette jurisprudence et doivent donc être maniés avec circonspection mais, pour d'autres, la marge de manœuvre est plus grande. Quant aux observations des gouvernements sur ce chapitre, elles émanent certes d'un nombre limité d'États mais n'en sont pas moins substantielles. Dans l'ensemble, la préoccupation générale des gouvernements est de veiller à ce que l'attribution puisse se faire sur une base suffisamment large, afin que l'État ne puisse pas se dégager de sa responsabilité par le biais de définitions formelles de ses organes ou agents et aussi afin que l'évolution récente vers la privatisation du secteur public n'entraîne pas un rétrécissement du champ des règles d'attribution. La Commission se doit de tenir compte de ces observations dans la suite de ses travaux sur le sujet. Ceci dit, aucun gouvernement ne propose de modifier la structure de base de ces articles à formulation positive sur l'attribution, aussi les quelques modifications proposées par le Rapporteur spécial ont-elles essentiellement une fonction de clarification. Dans cette structure de base, on peut discerner deux groupes distincts d'articles, les articles 5 à 8 et 10, qui portent sur l'attribution en général, et les articles 9 et 11 à 15, qui portent sur des cas de figure spécifiques et auxquels le Rapporteur spécial rajoute un projet d'article 15 *bis* sur un cas de figure qui n'était pas envisagé dans le projet.

#### ARTICLES 5 À 8 ET 10

2. Les articles « généraux » sur l'attribution soulèvent deux problèmes de terminologie. Le premier tient au fait que la Commission a préféré le terme « attribution » à celui d'« imputation »<sup>4</sup> employé au départ par le précédent Rapporteur spécial, Roberto Ago<sup>5</sup>. Or, la CIJ a continué dans des affaires ultérieures d'employer « imputation ». Le choix de la Commission n'en demeure pas moins juste, en ce sens que le terme « imputation » introduit un élément de fiction là où il n'y en a pas. Par ailleurs, l'intitulé du chapitre II du projet met entre guillemets « fait de l'État », par souci d'éviter la confusion avec des formulations proches que l'on retrouve dans divers systèmes juridiques internes. Le Rapporteur spécial propose de supprimer les guillemets ainsi que les risques de

<sup>4</sup> Voir *Annuaire... 1971*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), p. 225, doc. A/CN.4/246 et Add.1 à 3, par. 50.

<sup>5</sup> Voir *Annuaire... 1970*, vol. II, p. 199 et suiv., doc. A/CN.4/233.

confusion en adoptant le titre plus informatif suivant « Attribution d'un comportement à l'État selon le droit international ». Nonobstant ces points de terminologie, les articles « généraux » sur l'attribution mettent en œuvre les principes fondamentaux qui sous-tendent la notion d'attribution et sont décrits au paragraphe 154 du rapport, le point essentiel à cet égard étant la distinction entre attribution et violation d'une obligation : même lorsqu'il existe un lien étroit entre le fondement de l'attribution et l'obligation qui paraît avoir été violée, l'attribution du comportement à l'État en soi n'implique aucunement que ce comportement constitue une violation de l'obligation considérée. Ce premier groupe d'articles s'articule autour de l'article 5 (Attribution à l'État du comportement de ses organes), l'article 7 (Attribution à l'État du comportement d'autres entités habilitées à l'exercice de prérogatives de la puissance publique), l'article 8 (Attribution à l'État du comportement de personnes agissant en fait pour le compte de l'État), les articles 6 (Non-pertinence de la position de l'organe dans le cadre de l'organisation de l'État) et 10 (Attribution à l'État du comportement d'organes agissant en dépassement de leur compétence ou en contradiction avec les instructions concernant leur activité) ayant une fonction explicative, se rapportant au seul article 5 dans le cas de l'article 6 et aux trois articles (5, 7 et 8) dans le cas de l'article 10.

#### ARTICLES 5 ET 6

3. L'article 5 est consacré à l'attribution à l'État du comportement de ses organes; l'essentiel des problèmes qu'il pose tourne autour de cette notion d'organe. Ainsi, dans les commentaires et observations reçus des gouvernements sur la responsabilité des États (A/CN.4/488 et Add.1 à 3), le Gouvernement français a proposé d'ajouter dans l'article « ou agent » après « tout organe » mais, outre que la notion d'agent est traitée dans l'article 8, l'article 5 ne vise que les entités qui font organiquement partie de la structure étatique. Aux termes de l'article 5, est un organe de l'État toute entité ayant ce statut d'après le droit interne dudit État. Or, le droit interne ne suffit pas toujours pour déterminer ce statut et il faut parfois se référer à des pratiques, des conventions, etc. En outre, il est rare que le sens donné au terme « organe » dans les systèmes juridiques nationaux corresponde exactement à celui qu'il doit avoir aux fins de la responsabilité des États. Dans certains systèmes, il ne s'agit que des échelons supérieurs de l'appareil d'État, alors que, pour le sujet à l'examen, le terme peut couvrir tous les échelons de la hiérarchie. Le Rapporteur spécial propose donc, à l'instar de nombreux gouvernements, de supprimer cette référence au droit interne, mais en indiquant clairement dans le commentaire que ce droit, tout en étant particulièrement pertinent, ne constitue pas le critère unique.

4. Plusieurs aspects de la notion d'organe sont explicités dans l'article 6, qui précise d'abord que l'organe peut appartenir aux pouvoirs constituant, législatif, judiciaire ou autres. Cette précision est importante mais elle a amené certains auteurs à se demander si elle n'introduit pas, dans l'article 5, la notion limitative d'exercice de prérogatives de la puissance publique que l'on retrouve dans l'article 7 en ce qui concerne les entités paraétatiques, ou encore les limitations que l'on retrouve par exemple dans

le droit des immunités par le biais de la distinction entre fonctions gouvernementales et non gouvernementales. De l'avis du Rapporteur spécial, telle n'était pas l'intention de la Commission lorsqu'elle a élaboré le projet d'article 6, et il est clair que le comportement de tout organe ayant ce statut est attribuable à l'État, la classification de ces fonctions n'ayant en la matière aucune importance. La deuxième précision apportée par l'article 6, « que ces fonctions aient un caractère international ou interne », énonce en matière d'attribution une évidence et semble d'autant plus superflue qu'elle pose une dichotomie dont l'existence n'est pas aussi nette dans la réalité. La troisième précision, « que sa position dans le cadre de l'organisation de l'État soit supérieure ou subordonnée », correspond à une pratique bien établie mais sa formulation risque d'exclure les organes intermédiaires, autonomes ou indépendants. Il serait préférable de dire « quelle que soit la position qu'il occupe dans l'organisation de l'État ».

5. Le Rapporteur spécial propose donc de conserver la substance des articles 5 et 6, de supprimer la référence au droit interne et de fusionner les deux articles pour en faire le nouvel article 5 qu'il propose à la fin de son premier rapport, à la section C.3 du chapitre II.

#### ARTICLE 7

6. Le paragraphe 1 de l'article 7 introduit la notion de collectivité publique territoriale. Toutefois, tant les observations faites par la Tchécoslovaquie en 1981<sup>6</sup> que le commentaire de l'article 7<sup>7</sup> lui-même montrent bien que la structuration de l'État par le droit interne n'affecte pas le principe de « l'unité de l'État » aux fins du droit international, y compris dans le cas des États fédéraux. De ce fait, ce paragraphe n'est qu'une redite, en plus confus, de l'article 5 et devrait être supprimé. Le paragraphe 2, en revanche, pose le très intéressant et important problème de l'exercice des prérogatives de la puissance publique par des entités qui ne font pas partie de la structure même de l'État : compagnies aériennes exerçant des fonctions de contrôle de l'immigration, entreprises privées assurant la gestion d'établissements pénitentiaires, etc. Les observations des gouvernements ne révèlent aucune opposition à la règle d'attribution posée par ce paragraphe mais un gouvernement a demandé à la Commission de définir la notion de puissance publique. La Commission pourrait certes clarifier cette notion au moyen d'exemples dans le commentaire mais elle ne devrait pas essayer d'élaborer une définition. La puissance publique ne se définit pas seulement en termes de contenu mais également par rapport à son traitement dans le droit interne. En outre, il n'appartient pas au droit international de prescrire a priori quels comportements doivent être publics et quels autres ne doivent pas l'être.

#### ARTICLE 8

7. L'article 8, comme l'article 7, possède une structure duelle : son alinéa *a* est consacré à la situation normale où

<sup>6</sup> *Annuaire... 1981*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), p. 79, doc. A/CN.4/342 et Add.1 à 4.

<sup>7</sup> *Annuaire... 1974*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), p. 288 et suiv., doc. A/9610/Rev.1.

une personne, ou un groupe de personnes, agissait en fait pour le compte de l'État et son alinéa *b* est consacré à la situation plus exceptionnelle où la personne, ou le groupe de personnes, exerçait en fait des prérogatives de la puissance publique pour cause de carence des autorités officielles et dans des circonstances qui justifiaient l'exercice de ces prérogatives. L'alinéa *a* pose deux problèmes. En premier lieu, il débute par la formule « il est établi que », qui singularise sans raison valable l'article 8 par rapport aux articles 5 et 7 : l'exigence qu'il soit établi que le comportement est attribuable à l'État est posée par l'article 3 comme principe général et vaut pour les trois articles. Il n'y a donc aucune raison de répéter cette formule pour le seul article 8. Le second problème est plus capital puisqu'il concerne la portée de l'expression « pour le compte de », dont on peut se demander si elle se limite aux cas où il y a des instructions expresses ou si elle va au-delà. Dans son opinion dissidente en l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (voir p. 189, note 1), Roberto Ago a reproché à la CIJ d'adopter le critère du « contrôle effectif », qui va au-delà de celui des « instructions expresses » (par. 198 du premier rapport). La notion de « contrôle » a été utilisée sous diverses formes dans plusieurs affaires ultérieures. Elle l'a été par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie pour déterminer si le comportement des Serbes de Bosnie pouvait être attribué à la République fédérative de Yougoslavie (par. 201 et suiv.); certes, il ne s'agissait pas exactement d'un problème de responsabilité des États, mais le critère retenu était bien celui du contrôle. Il a également été employé par le Tribunal du contentieux entre les États-Unis et l'Iran (par. 205 et 206) et par la Cour européenne des droits de l'homme (par. 207 et 208).

8. Il apparaît donc qu'il y a dans l'article 8 une ambiguïté qui doit être levée, et qu'il faut indiquer clairement que le comportement est attribuable à l'État non seulement lorsqu'il répond à des instructions expresses, mais également lorsqu'il intervient dans une situation dans laquelle l'État exerçait un pouvoir de direction et de contrôle. Toutefois, il faut dans le même temps éviter que cet élargissement de la portée de l'expression « pour le compte de » n'étende la règle d'attribution à tout comportement d'une société appartenant à l'État, donc sous son contrôle, ce qui introduirait une contradiction entre l'article 8 et le paragraphe 2 de l'article 7. Il faut donc trouver une formulation qui précise en plus qu'il ne doit pas s'agir d'un contrôle générique et que la direction et le contrôle peuvent être rapportés au comportement qui fait l'objet de la réclamation. La nouvelle formulation pour l'alinéa *a* de l'article 8, proposée par le Rapporteur spécial à la section C.3 du chapitre II, remplit ces conditions grâce au membre de phrase nouveau « ou sous la direction et le contrôle de cet État en ayant ce comportement ». Compte tenu de l'ambiguïté du libellé initial de l'article 8, la nouvelle formulation proposée n'est peut-être en fin de compte qu'une clarification, et non un élargissement, de la portée de la règle d'attribution.

9. La deuxième situation, envisagée à l'alinéa *b* de l'article 8, est celle où les organes de l'État sont rendus inopérants — révolution ou chute du gouvernement — et où les prérogatives de la puissance publique sont exercées par des individus ou des groupes au vu de la carence des autorités officielles. Cette situation peut être rapprochée

de la célèbre institution de la « levée en masse » que connaît le droit des conflits armés. Le principe ainsi énoncé ne s'applique pas souvent mais il peut être amené à jouer un rôle important, comme en témoigne l'usage qu'en a fait le Tribunal du contentieux entre les États-Unis et l'Iran. Il devrait donc être maintenu mais sa formulation pose problème : en effet, le libellé initial stipulait que les prérogatives de la puissance publique devaient s'exercer « en cas de carence des autorités officielles et dans des circonstances qui justifiaient l'exercice de ces prérogatives ». Or, si le comportement est réputé illicite, on peut difficilement le « justifier ». C'est un simple problème de formulation que l'on peut résoudre en disant plutôt « dans des circonstances qui commandaient l'exercice de ces prérogatives ».

10. En optant pour le verbe « commander », on implique que, certes, la situation exigeait que des prérogatives de puissance publique s'exercent, mais pas nécessairement le comportement considéré. Si l'alinéa *b* de l'article 8 est laissé tel quel, il maintiendra cette contradiction. Le dernier point à aborder, d'une extrême importance, est celui de l'article 10 relatif à l'attribution à l'État du comportement d'organes agissant en dépassement de leur compétence ou en contradiction avec les instructions concernant leur activité. Il s'agit là du problème classique du comportement *ultra vires*, qui veut que le comportement d'un organe de l'État est considéré comme un fait de l'État même si l'organe a agi sans y être autorisé, s'il a dépassé sa compétence ou s'il a contrevenu aux instructions concernant son activité. On trouve également ce principe dans le droit des traités qui régit très strictement les conditions dans lesquelles un État peut invoquer son droit interne pour se libérer de ses obligations. Si ce principe est valable en droit des traités, qui stipule l'existence d'une obligation, il l'est d'autant plus en droit de la responsabilité des États qui régleme dans quel cas une obligation est violée. D'ailleurs, la jurisprudence postérieure à 1975 et les commentaires émanant des gouvernements n'ont laissé planer aucun doute sur la validité de l'article 10.

#### ARTICLE 10

11. L'article 10 pose toutefois un problème de formulation que l'on observe aussi dans d'autres articles, à savoir la signification de la notion de « qualité » appliquée à une entité ou un organe. La jurisprudence a donné à cette formulation un sens assez large. Le commentaire a cité comme une formulation pratiquement définitive la formulation dérivant de la décision de la Commission des réclamations Mexique-France dans l'affaire *Caire* où il a été dit que les fonctionnaires coupables des faits illicites avaient agi « sous le couvert de leur qualité officielle » ou encore « avaient profité de leur statut officiel »<sup>8</sup>. La notion de « qualité » demeure assez vague et le problème est de déterminer si toute personne invoquant sa qualité d'agent de l'État agit en effet en sa qualité officielle même si, de toute évidence, son comportement est outrageusement illicite. Il faut donc déterminer si le libellé de l'article 10 et d'autres articles du chapitre II est suffisam-

<sup>8</sup> Décision n° 33 du 7 juin 1929 de la Commission des réclamations Mexique-France (Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V [numéro de vente : 1952.V.3], p. 530 et suiv.).

ment clair ou s'il faut préciser « sous le couvert de sa qualité officielle ». On pourrait adopter, dans l'article 10, la formulation « agissant en sa qualité officielle ou sous le couvert de celle-ci » afin de bien confirmer que la jurisprudence existante est respectée. Étant donné que l'article 10 n'a pas été contesté et que les règles qu'il consacre ont été appliquées dans plusieurs cas, il n'est pas certain que cette modification soit indispensable, mais elle mérite quand même que le Comité de rédaction l'examine.

12. En bref, le Rapporteur spécial propose de conserver telle quelle la majeure partie du projet d'articles concernant la question centrale de l'attribution, c'est-à-dire les articles 5 à 8 et 10, moyennant quelques petites modifications pour la plupart rédactionnelles. Les modifications les plus importantes consisteraient à supprimer la référence au droit interne à l'article 5, à supprimer l'alinéa *a* de l'article 8 qui est superflu et à ajouter l'expression « sous la direction et le contrôle de cet État en ayant ce comportement ». Exception faite de ces quelques modifications, ces articles devraient demeurer tels quels car ils ont bien résisté au passage du temps.

13. M. BROWNLIE se félicite du travail accompli par le Rapporteur spécial et s'associe aux propositions qu'il a faites. Il juge positif que, de manière générale, le Rapporteur spécial ait maintenu le texte du projet d'articles en l'état, car on ne doit pas oublier que cette série d'articles existe depuis plusieurs décennies, qu'elle a figuré dans plusieurs recueils de droit international et que d'importantes décisions ont été fondées sur elle. Bien que le Rapporteur spécial n'ait pas eu pour mandat de maintenir le statu quo, il n'est pas mauvais qu'une certaine continuité soit assurée moyennant quelques améliorations.

14. Plusieurs observations sont à faire. Premièrement, il est impossible de résoudre les nombreux problèmes que pose la responsabilité de l'État en déployant tout un arsenal de concepts juridiques. Les articles ont tendance à refléter le caractère empirique des sources du droit international, notamment l'expérience utile des tribunaux et commissions confrontés à des situations délicates. M. Brownlie a porté un intérêt particulier au contenu des articles 8 et 10. L'article 8 concerne les cas où une entité agit de fait au nom d'un État. Dans ce type de situation, pour statuer, il suffit d'avoir la preuve qu'une entité agit en qualité d'agent de l'État, de même que dans les cas de comportement *ultra vires* qui relèvent de l'article 10.

15. En revanche, la question de la délégation des fonctions étatiques est beaucoup plus délicate, par exemple, lorsque la gestion du système pénitentiaire est confiée au secteur privé ou lorsque certaines fonctions de l'armée sont privatisées. Cela n'entre pas très bien dans le cadre du paragraphe 2 de l'article 7. M. Brownlie indique que, lorsqu'il parle de délégation des fonctions étatiques, il cherche simplement à lancer le débat en utilisant des termes conventionnels. En réalité, l'expression « prérogatives de puissance publique » soulève bien des questions. On peut se demander en effet ce qu'elle recouvre, et cela sans tomber dans des considérations idéologiques. On ne peut résoudre la difficulté réelle que pose la délégation de fonctions relevant jusqu'ici de l'État, comme l'entretien des prisons, que si on impose à l'État une obligation de résultat, c'est-à-dire si l'État est obligé de

garantir le respect de normes d'entretien des prisons. Dans ce cas, peu importe que les prisons soient ou non considérées comme des organes de l'État : il ne s'agit plus alors d'un problème d'attribution, mais d'un problème de règles de fond.

16. M. Brownlie soulève un deuxième point, de moindre importance, concernant le Tribunal du contentieux entre les États-Unis et l'Iran, dont le Rapporteur spécial a cité la jurisprudence. Une certaine prudence s'impose à cet égard, car les règles appliquées par ce tribunal ne relèvent pas strictement du droit international public, de sorte que les principes du droit n'y sont pas nécessairement appliqués comme ailleurs.

17. S'agissant de la notion de « contrôle », le Rapporteur spécial, peut-être involontairement, a opposé cette notion à l'existence d'une autorisation spécifique émanant de l'État. Il a, depuis, proposé un libellé beaucoup plus satisfaisant qui relie les notions de contrôle et de direction, l'existence même du contrôle supposant que le comportement est approuvé. On peut rapprocher ce cas de celui où un État entérine le comportement d'entités n'agissant pas pour son compte. Dans un cas, il y a rapport de causalité directe, dans l'autre les actes d'entités tierces sont entérinés une fois accomplis.

18. Enfin, le point de vue de Roberto Ago dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* est présenté comme si ce juge essayait de « défendre son territoire ». Or, les arguments présentés dans le cas du Nicaragua en faveur de la partie nicaraguayenne se fondaient sur le droit international général. Les projets d'articles de la Commission, loin d'être ignorés ou omis, ont été invoqués en même temps que d'autres éléments. Si l'on veut aborder la notion de contrôle sous l'angle des décisions prises dans cette affaire, il ne faut pas oublier que la Cour devait statuer dans un contexte bien particulier, et notamment déterminer si les États-Unis d'Amérique maintenaient, avec les contras et leur chaîne de commandement, des liens engageant leur responsabilité pour les violations du droit international humanitaire reprochées aux contras. La Cour a eu raison de se montrer prudente, et on retombe ici sur la question des règles primaires, la notion de contrôle suffisant s'appliquant différemment selon les contextes juridiques.

19. M. LUKASHUK dit que, dans son exposé, le Rapporteur spécial a posé toute une série de problèmes très complexes sur lesquels il interviendra après avoir examiné le rapport en détail. Toutefois, il souhaite d'emblée soulever une question qui, selon lui, n'a pas été évoquée avec suffisamment de clarté dans la présentation orale. En effet, on distingue deux formes de responsabilité de l'État : la responsabilité directe pour les actes accomplis par l'État lui-même et la responsabilité indirecte pour les actes accomplis par des personnes physiques ou morales relevant de sa juridiction. M. Lukashuk serait reconnaissant au Rapporteur spécial de bien vouloir donner son avis sur cette question.

20. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial), répondant à M. Lukashuk, dit que l'État ne saurait être considéré comme indirectement responsable au seul motif que le fait illicite a été commis sur son territoire; un facteur supplémentaire est nécessaire, par exemple un acte ou une

omission d'un organe de l'État, personne physique ou morale ou autre entité. Le projet ne prévoit pas que l'État puisse être indirectement responsable, et il y a toujours interaction entre les règles d'attribution et d'autres normes. L'État n'est responsable que pour les actes ou omissions de ses organes.

21. M. BENNOUNA indique qu'il souscrit dans l'ensemble à l'approche adoptée par le Rapporteur spécial, mais que celle-ci soulève cependant une question, celle de la définition des organes de l'État et du renvoi au droit interne. Les projets d'articles 8 et 10 tirent des conséquences de l'exercice de prérogatives de puissance publique, et M. Bennouna se demande si cette notion est bien établie ou s'il ne s'agit pas plutôt d'une notion en évolution. En effet, les États délèguent de plus en plus des fonctions dont on estimait, il y a quelques années seulement, qu'elles étaient inséparables de l'État.

22. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) dit que les paragraphes 2 des articles 7 et 8 font en effet appel à la notion de prérogatives de puissance publique pour permettre de déterminer si une entité est bien un organe de l'État. On ne peut en effet répondre à cette question que dans chaque cas d'espèce; si le droit international doit définir ce qu'est l'État aux fins de la responsabilité, il ne le fait pas a priori, et c'est à chaque État de décider de son organisation interne, même si certains domaines, comme la justice, l'administration pénitentiaire et le parlement, sont a priori considérés comme relevant de l'État. Il y a certainement une évolution et, à cet égard, les questions de procédure — la mesure dans laquelle le système interne considère qu'une activité donnée relève de l'exercice de prérogatives de puissance publique — revêtent une importance particulière.

23. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA félicite le Rapporteur spécial du travail très constructif qu'il a accompli dans la section C du chapitre II de son rapport et de son effort de simplification, l'idée étant que le dommage doit être rattaché à une entité étatique. Il se demande néanmoins pourquoi, tout au long des projets d'articles, on emploie l'expression « est considéré ». Il se demande également par qui le fait en question « est considéré » comme un fait de l'État, par le droit international ou par la Commission. Cette expression est malheureuse, et il serait préférable de la supprimer et de dire « est » un fait de l'État.

24. Par ailleurs, il semble à M. Pambou-Tchivounda que le Rapporteur spécial a voulu supprimer tout renvoi au droit interne, et il le regrette profondément. C'est en effet d'abord le droit interne qui détermine quels sont les organes de l'État, et les entités ou personnes physiques ou morales visées dans les divers projets d'articles à l'examen opèrent à l'intérieur du cadre territorial de l'État. Ce droit interne est d'ailleurs présent implicitement, par exemple lorsqu'on parle, à l'article 7, d'une entité « habilitée par le droit de cet État » ou, à l'article 8, d'« instructions » données par l'État — elles le sont, à l'évidence, en vertu du droit interne. À cet égard, donc, peut-être serait-il nécessaire d'indiquer dans une clause générale que le droit international renvoie au droit interne.

25. Enfin, M. Pambou-Tchivounda s'étonne de la présence des mots « en fait » à l'article 8 : si une personne

agit sur les instructions ou sous le contrôle de l'État, elle agit en droit et non pas en fait. Il propose donc de supprimer ces deux mots.

26. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) reconnaît que les mots « en fait » utilisés à l'article 8 sont malvenus, et souligne qu'ils sont beaucoup plus emphatiques en français qu'en anglais. Le Comité de rédaction pourra certainement régler ce problème. Par contre, il conteste avoir voulu supprimer toute référence au droit interne. Il l'a certes fait à l'article 5, mais non au paragraphe 2 de l'article 7, et ceci uniquement pour indiquer que le droit interne n'est pas décisif. Il arrive en effet parfois que le système juridique interne ne reflète pas l'organisation de l'État. Le Rapporteur spécial ne s'oppose pas à ce que l'on rétablisse la mention du droit interne à l'article 5 mais à condition que l'on ne présente pas ce droit comme déterminant aux fins de l'attribution.

27. M. GOCO se demande si l'expression « fait de l'État » (*act of the State*) n'est pas ambiguë. Elle renvoie en effet à un moyen de défense parfois utilisé par des dirigeants déchus pour réclamer l'immunité pour des faits commis à l'époque où ils étaient au pouvoir. Peut-être l'expression « acte de gouvernement » serait-elle préférable.

28. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) précise que la doctrine du « fait de l'État » que connaît le droit de certains États et qu'évoque M. Goco n'est pas ici en cause. C'est une question de droit interne, et le projet concerne l'attribution d'un fait illicite à l'État au regard du droit international.

29. M. PELLET dit qu'il sait gré au Rapporteur spécial d'avoir conservé la structure générale du projet d'articles, mais qu'il est hostile aux deux modifications principales apportées à celui-ci, à savoir la suppression du renvoi au droit interne à l'article 5 et la suppression du paragraphe 1 de l'article 7. À l'appui de la première de ces « innovations », le Rapporteur spécial a donné deux raisons : le droit international peut être pertinent pour définir ce qu'est un organe de l'État, et, en général, les droits nationaux n'utilisent pas le mot « organe ». Sur le premier point, il est difficile d'imaginer un droit interne qui ne tiendrait pas compte de ce que le droit international prévoit dans ce domaine et, sur le second, cela importe peu, l'essentiel étant de savoir si les droits nationaux permettent de déterminer ce qui est ou n'est pas considéré comme un organe de l'État. Pour M. Pellet, la référence au droit interne est la raison d'être même de l'article 5. Comme le Rapporteur spécial le dit lui-même au paragraphe 174 de son premier rapport, la situation d'entité séparée est différente; or, pour déterminer si une entité est, ou non, « séparée », on doit s'en remettre au droit interne, car recourir au droit international pour ce faire serait contraire au principe de la liberté de l'État de s'organiser comme il l'entend. Le droit international s'en remet au droit interne sur ce point, et c'est pourquoi un renvoi à ce dernier est indispensable.

30. Dans la note 3 du projet d'article 5, au paragraphe 284 de son premier rapport, le Rapporteur spécial explique que s'en remettre au droit interne revient à donner à l'État la possibilité d'échapper à sa responsabilité en niant qu'une entité ayant agi contrairement au droit internatio-

nal soit un organe de l'État. Or, cette crainte n'est pas fondée, puisque le fait internationalement illicite doit être apprécié au moment où il a été commis, comme l'indiquent les articles 24 et suivants. D'ailleurs, la fonction même des articles 7, 8 et 10, et en particulier de l'alinéa *a* de l'article 8, est d'éviter de telles solutions de continuité dans la responsabilité de l'État.

31. Quant à la deuxième modification proposée — la suppression du paragraphe 1 de l'article 7 —, elle découle de la même conception à priori de ce qu'est ou devrait être l'État au regard du droit international. Aux fins de la responsabilité des États, l'État doit être pris en tant que personne juridique, et non en tant qu'objet sociologique. En supprimant la mention spécifique des « collectivités territoriales », on fait un amalgame entre des personnes juridiques différentes. Une collectivité territoriale, par exemple une commune, n'est pas l'État, même si, bien entendu, son fait peut engager la responsabilité internationale de l'État. À cet égard, la notion d'attribution est particulièrement intéressante, puisqu'elle permet d'imputer à une entité un acte commis par une autre entité qui a une personnalité juridique distincte. Il apparaît donc essentiel de dire que ces entités, qui ne sont pas l'État au regard du droit interne, voire du droit international, peuvent engager la responsabilité de l'État. M. Pellet se dit d'autant plus surpris par la suppression du paragraphe 1 de l'article 7 que tous les États qui ont fait des observations à ce sujet ont insisté sur l'importance de cette disposition, certains demandant même qu'elle soit explicitée. On pourrait par exemple ajouter à la fin de l'article 5 les mots « qu'il s'agisse d'un organe central ou décentralisé » ou une autre clause de même effet. Quoi qu'il en soit, il semble indispensable de rétablir le renvoi au droit interne à l'article 5 et de conserver l'idée qui était exprimée au paragraphe 1 de la version antérieure de l'article 7.

32. Les autres commentaires qu'appelle le rapport sont moins importants. Comme M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet pense qu'il faut supprimer l'expression « est considéré ». De même, l'expression « aux fins des présents articles » ne se justifie pas au stade actuel, et elle pourra toujours être rétablie si le projet d'articles devient un traité. Il propose par ailleurs de supprimer les mots « agissant en cette qualité » figurant aux articles 5, 7 et 10, et d'ajouter, avant le texte actuel de l'article 10, un nouvel alinéa indiquant que la responsabilité de l'État est engagée lorsque ses organes ou ses entités agissent « en cette qualité ».

33. M. Pellet convient avec le Rapporteur spécial que le terme « attribution » est préférable à « imputation », l'attribution recouvrant, d'une part, l'imputation à l'État d'un acte commis par une autre entité et, d'autre part, le fait que la responsabilité de l'État est engagée par son propre fait. En outre, on avait considéré dans les commentaires du projet d'articles<sup>9</sup> que la notion d'attribution évitait de trop se rapprocher du droit interne. M. Pellet approuve également la suppression de l'article 6.

34. En ce qui concerne l'article 8, le Rapporteur spécial a déclaré que la Commission pourrait le préciser.

M. Pellet n'est pas sûr qu'il faille toujours clarifier ce qui n'est pas clair. Se référant à diverses affaires examinées par des juridictions internationales — *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran* et *Tadi*<sup>10</sup> —, il pense que, dans ce domaine, la Commission gagnerait à ne pas être trop précise. Les changements proposés par le Rapporteur spécial, qui visent certes à clarifier le droit, vont dans le sens d'un durcissement des règles de l'attribution qui risque de gêner certains États et de rendre plus difficile l'établissement de la responsabilité au plan international. M. Pellet indique qu'il ne saurait faire sienne la philosophie qui sous-tend un tel durcissement et qu'il est réservé au sujet de l'interprétation restrictive de l'arrêt rendu dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* qu'a donnée le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dans l'affaire *Tadi*. Lorsque le droit n'est pas complètement stabilisé, la Commission doit éviter de prendre parti. En ce qui concerne l'alinéa *b* de l'article 8, le Rapporteur spécial propose de remplacer le terme « justifiaient » par « commandaient » : pour M. Pellet, le terme « justifiaient » est préférable en français.

35. Enfin, M. Pellet tient à marquer son désaccord total avec une observation faite par M. Pambou-Tchivounda au début de son intervention, à savoir que l'attribution visait à déterminer si un « dommage » pouvait être attribué à une personne. Or, l'attribution ne vise aucunement à déterminer qui est l'auteur du dommage, mais bien qui est l'auteur du fait internationalement illicite. C'est à une étape ultérieure que la question du dommage est envisagée. Ceci est extrêmement important, car il y va de la philosophie même du projet d'articles.

36. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) ne s'oppose pas à la proposition de M. Pellet tendant à faire référence aux collectivités territoriales à l'article 5, à condition d'éviter une répétition entre l'article 5 et le paragraphe 1 de l'article 7. En ce qui concerne les termes « aux fins des présents articles », qu'il avait lui-même, dans un premier temps, envisagé de supprimer, il a décidé de les conserver afin de bien marquer la différence qui existe entre le droit de l'attribution aux fins de la responsabilité des États et dans d'autres domaines comme le droit des traités et le droit des actes unilatéraux. Le Rapporteur spécial considère par contre que la proposition de M. Pellet concernant l'article 10, qui permet d'éviter la répétition des termes « agissant en cette qualité », est utile et va dans le sens de la clarification du projet d'articles.

37. Pour ce qui est de la conception de l'État en droit international, le Rapporteur spécial maintient qu'il ne partage pas l'opinion de M. Pellet : par l'« État », il faut, en droit international, entendre non seulement les organes centraux mais aussi toutes les subdivisions établies par le droit interne. À cet égard, et contrairement à ce que semble penser M. Pellet, il n'est pas rare que des États invoquent leur droit interne pour se soustraire à leur responsabilité internationale. C'est ainsi que, dans le

<sup>9</sup> Pour les commentaires des articles 1 à 6, voir *Annuaire... 1973*, vol. II, p. 175 et suiv., doc. A/9010/Rev.1; pour les commentaires des articles 7 à 9, voir *Annuaire... 1974* (*supra* note 7).

<sup>10</sup> *Le Procureur c. Duško Tadi* alias « Dule », Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, affaire n° IT-94-1-T, Chambre de première instance II, jugement du 7 mai 1997.

cadre de l'arbitrage qui opposait la société Texaco Overseas Petroleum Company and California Asiatic Oil Company et le Gouvernement de la République arabe libyenne, le Gouvernement de la République arabe libyenne a prétendu que la responsabilité de l'État libyen ne pouvait être engagée par un contrat conclu par le Ministère libyen du pétrole et du gaz<sup>11</sup>. Dans un autre arbitrage auquel le Rapporteur spécial a participé récemment, un État a fait valoir que seuls les actes engagés par son gouvernement — à savoir, aux termes de son droit interne, les seuls président et conseil des ministres — lui étaient imputables. Aux fins de la responsabilité des États, une telle définition de l'État est inacceptable. Le Rapporteur spécial ne nie pas l'importance du droit interne ni la liberté de l'État de s'organiser comme il l'entend, mais il insiste sur le rôle complémentaire que doit jouer le droit international. Il serait d'accord pour rétablir un renvoi au droit interne à l'article 5 si la majorité des membres de la Commission le souhaitent, à condition que le droit interne ne soit pas présenté comme le critère décisif, car cela serait contraire à l'article 10 et ne serait pas conforme au droit international.

*La séance est levée à 12 h 50.*

<sup>11</sup> Voir *International Law Reports* (Cambridge), vol. 53, 1979, exceptions préliminaires du 27 novembre 1975, p. 392 et suiv., notamment p. 415, par. 23, al. a.

## 2554<sup>e</sup> SÉANCE

*Lundi 3 août 1998, à 10 h 20*

*Président* : M. João BAENA SOARES

*Présents* : M. Addo, M. Al-Baharna, M. Al-Khasawneh, M. Bennouna, M. Brownlie, M. Candiotti, M. Crawford, M. Dugard, M. Economides, M. Elaraby, M. Ferrari Bravo, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Herdocia Sacasa, M. Illueca, M. Kabatsi, M. Kateka, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Malescanu, M. Mikulka, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Rosenstock, M. Simma, M. Yamada.

### Coopération avec d'autres organismes (suite\*)

[Point 9 de l'ordre du jour]

\* Reprise des débats de la 2538<sup>e</sup> séance.

### DÉCLARATION DE L'OBSERVATEUR POUR LE COMITÉ JURIDIQUE INTERAMÉRICAIN

1. Le PRÉSIDENT invite M. Jonathan T. Fried, observateur pour le Comité juridique interaméricain, à prendre la parole.

2. M. FRIED (Observateur pour le Comité juridique interaméricain) indique que son exposé portera sur les activités récentes et les travaux en cours du Comité juridique interaméricain, ses méthodes et procédures de travail, ses contributions au développement progressif et à la codification du droit international en Amérique, ainsi que sur les difficultés qu'il rencontre dans l'exécution de son mandat.

3. Le premier domaine sur lequel le Comité axe ses travaux est le droit commercial international. Au cours des deux années écoulées, le Comité a réalisé une étude comparative des régimes de règlement des différends dans les accords commerciaux sous-régionaux en Amérique (tels que l'Accord de libre-échange nord-américain [ALENA], le Marché commun du Sud [MERCOSUR], le Marché commun centraméricain [MCCC] et le Pacte andin) et en a publié et diffusé les résultats. Plus récemment, il a entrepris l'analyse juridique de la clause de la nation la plus favorisée et de ses implications pour les accords commerciaux interaméricains, tels que l'Association latino-américaine d'intégration (ALADI). Il a également entrepris l'analyse approfondie du texte initial du projet de convention interaméricaine contre la corruption. La Convention interaméricaine contre la corruption adoptée par l'Assemblée générale de l'OEA tient largement compte des observations qu'il a formulées et des modifications qu'il a proposées.

4. Le deuxième grand volet de l'action du Comité est la promotion de la démocratie. Le Comité a notamment été chargé par l'Assemblée générale de l'OEA d'étudier les questions d'administration de la justice en Amérique, en particulier la question de la protection des juges et des avocats dans l'exercice de leurs fonctions. Il a procédé à la comparaison et à l'analyse, sur le plan du droit international, des garanties individuelles et institutionnelles dont bénéficient ou devraient bénéficier les juges, avocats et toutes les personnes qui relèvent du système judiciaire, en se fondant sur les instruments internationaux et interaméricains relatifs aux droits de l'homme. Le rapport établi par le Comité a inspiré la mise en place du Groupe de travail sur le renforcement de l'administration de la justice, qui rend directement compte à la Commission des affaires juridiques et politiques de l'OEA.

5. Un autre aspect des activités du Comité dans le domaine de la démocratie porte sur le droit à l'information et comprend la protection de la vie privée et des informations sur les personnes détenues par les administrations et institutions officielles, et le droit d'accès à ces informations ainsi que le contrôle de leur exactitude. Le Comité a procédé à l'étude de la législation existante, notamment au Brésil, aux États-Unis d'Amérique et au Canada, s'efforçant de dégager des principes communs en vue de mettre au point une législation type qui pourrait être appliquée dans d'autres pays d'Amérique. Le Comité a procédé à une étude exhaustive des aspects juridiques de la démocratie dans le système interaméricain, notamment à travers la pratique des États depuis la création de l'OEA.