

Document:-  
**A/CN.4/SR.2554**

**Compte rendu analytique de la 2554e séance**

sujet:  
**<plusiers des sujets>**

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>)*

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.

en 1948. Son rapport a été publié et largement diffusé, et le Comité a recommandé aux organes politiques de l'OEA d'en assurer le suivi par l'action éducative et l'assistance technique.

6. Le troisième volet de l'action du Comité est celui des droits de l'homme. Le Comité a notamment été saisi du projet de convention interaméricaine sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des personnes handicapées proposé par les Gouvernements du Panama et du Costa Rica. Il l'a examiné clause par clause, a proposé des modifications et en a rendu compte aux organes politiques de l'OEA, qui s'en inspirent actuellement dans leurs travaux sur le projet de convention. En mars 1998, l'Assemblée générale de l'OEA a soumis au Comité un texte pouvant servir de base à un projet de convention ou de déclaration sur les droits des peuples autochtones d'Amérique. Le Comité a procédé à l'analyse détaillée de ce texte et a formulé des observations portant notamment sur la différence de statut juridique entre une déclaration et une convention.

7. L'Assemblée générale de l'OEA a d'autre part demandé au Comité de se pencher sur la question de la coopération des pays de la région dans la lutte contre le terrorisme. Le Comité a examiné les différentes conventions multilatérales traitant d'aspects particuliers du terrorisme. Il a notamment axé ses efforts sur la mise au point d'outils juridiques que les États pourraient utiliser pour lutter contre ce fléau, tels que les accords d'entraide judiciaire et les traités d'extradition.

8. Comparant les méthodes et procédures de la Commission et celles du Comité, M. Fried fait observer que les travaux du Comité mettent plus particulièrement l'accent sur le droit comparatif. Il ressort notamment de ses travaux sur le développement de la démocratie que le Comité étudie les systèmes juridiques nationaux non seulement pour déterminer s'ils reflètent des principes qui peuvent être considérés comme fondant la pratique des États ou qui peuvent être communs à plusieurs systèmes juridiques et, en tant que tels, constituer des principes généraux de droit international, mais également dans une perspective de codification et de développement progressif du droit interne dans certains domaines.

9. Dans celui de la corruption, par exemple, l'Assemblée générale de l'OEA a demandé au Comité de mettre au point une loi type qui pourrait s'appliquer aussi bien dans les pays de « common law » que dans les pays de droit civil romain.

10. Le Comité a des relations étroites et suivies avec la Conférence spécialisée interaméricaine de droit international privé (CIDIP) et participe actuellement aux préparatifs de la sixième conférence (CIDIP VI), dont l'ordre du jour comprendra un certain nombre de questions relatives au droit international privé et au droit comparatif.

11. Le Comité comprenant onze membres seulement, ses sessions se caractérisent par une ambiance détendue et des échanges de vues sans arrière-pensée. Conformément à la Charte de l'OEA<sup>1</sup>, le Comité s'exprime presque exclusivement sous la forme d'opinions et de résolutions.

Il n'a pas l'occasion, comme la CDI lors du débat annuel de la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies, d'établir un véritable dialogue avec les États membres de l'OEA. Son rapport annuel est soumis à la Commission des affaires juridiques et politiques de l'OEA, mais peu de missions à Washington sont dotées d'un personnel ayant les compétences juridiques nécessaires pour participer à des débats du même niveau que ceux de la Sixième Commission.

12. Dans le cadre de sa mission d'éducation et de diffusion du droit international, le Comité cultive ses relations avec l'Association interaméricaine des avocats et d'autres organismes ayant une vocation similaire. Il a créé des bibliothèques et conclu d'autres arrangements avec un certain nombre d'universités brésiliennes et organise des conférences, séminaires et ateliers à l'intention de ses membres.

13. Le Comité apporte une importante contribution à la codification du droit — notamment en matière d'entraide judiciaire, d'extradition et de corruption — et au développement progressif du droit. Sa contribution au droit comparatif est également notable : il a en particulier mis au point une loi type de répression de la corruption et a participé à la codification des principes de base relatifs à l'indépendance des juges et des avocats et des principes régissant la protection de la vie privée et l'accès à l'information dans ce domaine.

14. Les difficultés que rencontre le Comité dans l'exercice de son mandat sont multiples. L'Assemblée générale de l'OEA l'a saisi, il y a peu, de problèmes délicats, tels que la question des Îles Falkland (Malvinas) ou, plus récemment, la loi intitulée *Cuban Liberty and Democratic Solidarity (Libertad) Act* (dite « loi Helms-Burton ») signée par les États-Unis d'Amérique. D'importants débats ont eu lieu tant au sein du Comité qu'avec les organes politiques auxquels il rend compte quant à l'opportunité de confier au Comité de telles analyses. C'est pourquoi, lorsqu'il formule des observations et des résolutions, le Comité prend bien soin de préciser qu'il n'est pas un tribunal et qu'il n'exerce aucune fonction judiciaire ou étatique. Une autre difficulté du Comité tient au fait que le budget de l'OEA est soumis à des pressions comparables à celles que subissent les finances de l'ONU, les organes politiques de l'OEA n'accordant pas toujours aux travaux d'un organe consultatif indépendant l'importance qu'ils méritent.

15. Le Comité souhaiterait développer les échanges avec les gouvernements des États membres et la société civile en général, en particulier les entités s'occupant de l'étude, du développement progressif et de la codification du droit international. Depuis vingt-cinq ans, le Comité organise chaque année, à Rio de Janeiro, un stage intensif de droit international, auquel participent des juristes, des diplomates, des enseignants et des praticiens du droit désignés par les États membres de l'OEA. Le réseau de relations établi à l'occasion de ce stage permet de renforcer le dialogue avec les milieux du droit des pays intéressés.

16. Comme le Comité consacre une bonne part de ses travaux au droit commercial international, il s'efforce de rapprocher droit public international et droit commercial international, voire de faire la synthèse des deux. Les tra-

<sup>1</sup> Signée à Bogota le 30 avril 1948 (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 119, p. 3); modifiée par le « Protocole de Buenos Aires » du 27 février 1967 (*ibid.*, vol. 721, p. 324).

vaux qu'il mène sur le droit commercial international en Amérique l'ont conduit à constater que celui-ci progressait plus vite que n'importe quelle autre branche du droit public international. Cette évolution a des conséquences inattendues dans des domaines relevant du droit international public classique. Dans le domaine de la responsabilité des États, par exemple, le droit commercial international est doté d'un régime parfaitement codifié de responsabilité des États, y compris face à des situations de non-violation, en application du principe d'annulation ou de réduction des avantages sans violation dans le cadre de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce.

17. En conclusion, M. Fried invite la Commission à examiner avec le Comité les moyens de renforcer leurs relations et, notamment, de procéder à des échanges de vues réguliers sur les sujets auxquels ils consacrent leurs travaux. À cet effet, les membres de la Commission et ceux du Comité pourraient renforcer les relations qu'ils entretiennent à titre personnel et réfléchir à la possibilité d'institutionnaliser de tels échanges.

18. M. CANDIOTI répond à l'Observateur pour le Comité juridique interaméricain en le mettant au courant de l'état d'avancement des travaux de la Commission sur les six sujets inscrits à son ordre du jour. À l'instar du Comité, la Commission revoit continuellement ses méthodes de travail. Elle réexamine chaque année son plan de travail à long terme et propose à l'Assemblée générale de nouveaux sujets. Quel que soit le sujet considéré, le Comité a toujours apporté des contributions très utiles aux travaux de la Commission, d'où la nécessité de trouver les moyens d'améliorer concrètement les contacts, les liens et les échanges d'information, de témoignages et d'idées entre les deux organes.

19. M. LUKASHUK fait remarquer que le Comité accomplit, avec un très haut niveau de professionnalisme, un travail très important sur des sujets qui, comme la lutte contre la corruption ou l'approfondissement de la démocratie, intéressent de nombreux pays. Toutefois, les documents issus de ce travail ne parviennent pas suffisamment à temps à tous ceux qu'ils pourraient intéresser. Le manque de ressources, problème commun au Comité et à la Commission, explique en partie cet état de choses, mais il y a aussi le fait que la communication entre les deux organes reste souvent purement formelle et devrait donc être restructurée sur la base de véritables relations de travail.

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

[Point 2 de l'ordre du jour]

PREMIER RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (suite)

ARTICLES 5 À 8 ET 10 (suite)

<sup>2</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>3</sup> Reproduit dans *Annuaire... 1998*, vol. II (1<sup>re</sup> partie).

<sup>4</sup> Ibid.

20. M. HERDOCIA SACASA dit que, dans une matière fondamentale pour le développement du droit international, le Rapporteur spécial a su, avec rigueur et précision, tout à la fois maintenir les acquis de la Commission et leur apporter les aménagements et précisions qui s'imposaient. La tâche n'était pas facile, car définir les conditions dans lesquelles le comportement d'un organe ou d'une entité de l'État est attribuable à ce dernier exigeait de dénouer les tensions induites par quatre couples antinomiques : droit interne ou droit international; limites de la responsabilité des États ou moyens de contrôle plus précis et plus souples, en matière de lutte contre la pollution en particulier; unité de l'État ou décentralisation; et droit du monde réel ou droit-fiction.

21. S'agissant des rapports entre droit interne et droit international, l'article 3 (Éléments du fait internationalement illicite de l'État), pièce maîtresse du projet d'articles, pose que l'attribution d'un comportement à l'État est régie par le droit international, ce qui a des conséquences importantes au regard de l'article 5 (Attribution à l'État du comportement de ses organes), qui fait référence au droit interne. Laisser au seul droit interne le soin de définir ce qu'est un organe de l'État revient à saper le principe fondamental selon lequel la responsabilité des États est régie par des règles de droit international adoptées par la communauté des États. C'est aussi se contenter de règles qui ouvrent la porte à toutes les interprétations. Cela étant, le droit interne a un rôle à jouer à cet égard, mais il ne faut ni exagérer ce rôle, ni l'extraire de son contexte, ni renoncer à la primauté du droit international.

22. Les éléments d'éclaircissement et d'équilibrage apportés par l'article 6 (Non-pertinence de la position de l'organe dans le cadre de l'organisation de l'État) à la définition donnée dans l'article 5 confirment la nécessité de modifier l'intitulé du chapitre II (Le « fait de l'État » selon le droit international), pour bien montrer qu'il s'agit de définir non pas le fait de l'État mais les conditions de l'attribution de ce fait en droit international. Cela permettrait de supprimer la dichotomie artificielle entre droit international et droit interne, qui risque d'être utilisée pour se dégager d'obligations internationales. La fin de l'article 5 — « pour autant que, en l'occurrence, il ait agi en cette qualité » — peut ouvrir la voie à de multiples interprétations, voire faire intervenir le droit interne, alors qu'il s'agit de comportements des organes de l'État. La formulation plus neutre proposée par le Rapporteur spécial est à cet égard judicieuse.

23. La référence au droit interne dans l'article 7 (Attribution à l'État du comportement d'autres entités habilitées à l'exercice de prérogatives de la puissance publique) se justifie, en revanche, car il faut dans ce cas un lien de causalité : les entités visées ne font pas partie de la structure formelle de l'État et seul le droit interne peut les habiliter à exercer des prérogatives de la puissance publique. Le maintien de cette référence au droit interne ne répond pas seulement à des considérations de forme, il restreint substantiellement le champ de la règle d'attribution, en excluant les faits dont le droit interne ne permet pas l'attribution à l'État. L'article 8 (Attribution à l'État du comportement de personnes agissant en fait pour le compte de l'État) élargit au contraire ce champ en rendant attribuable à l'État le comportement de personnes ou de groupes de personnes qui agissaient en fait sur les instruc-

tions ou sous la direction de cet État. Il faut donc se demander aussi si cet élargissement introduit le degré de souplesse voulu.

24. La mission de la Commission est de contribuer à l'élaboration d'un droit international qui traite des réalités et envisage toutes les situations concrètes possibles. De ce point de vue, l'abandon de la notion d'« imputation » au profit de celle d'« attribution » n'est pas un simple changement terminologique. Il permet de sortir de la « fiction » et de combler les lacunes qui peuvent être source d'impunité ou de non-responsabilité. L'orientation nouvelle du projet d'articles va dans ce sens, puisqu'elle rend attribuable à l'État le comportement non seulement de ses organes officiels mais également de toute entité agissant pour son compte. Un souci de transparence et de morale affleure dans cette volonté de soumettre à l'empire du droit le comportement de personnes ou de groupes de personnes dont le lien juridique avec l'État est parfois difficile à déterminer. Il faut pour cela trouver un équilibre qui permette d'attribuer ces comportements à l'État sans arbitraire, mais sans ambiguïté non plus.

25. Divers arrêts de la CIJ, en l'affaire relative aux *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, notamment, sont pertinents à cet égard, mais le critère du « contrôle » qu'ils mettent en avant, même s'il est très important, ne saurait être le seul. L'affaire relative aux *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* doit d'ailleurs être replacée dans un contexte plus large que celui du seul droit humanitaire. Ayant connu une époque, heureusement révolue, où certains États étaient liés à des groupes paramilitaires responsables de milliers de disparitions forcées, l'Amérique latine s'est dotée, dans le cadre de l'OEA, d'une importante convention sur le sujet, la Convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes, qui assimile la disparition forcée à la privation de liberté, que l'auteur de cette privation soit un agent de l'État ou une personne ou un groupe de personnes agissant avec l'autorisation, l'appui ou l'assentiment de l'État. On trouve donc ici d'autres critères qui permettent plus de souplesse.

26. En ce qui concerne les effets de la décentralisation, le Rapporteur spécial a eu raison de réaffirmer l'unité et la singularité de l'État au regard du droit international, ainsi que l'indivisibilité de sa responsabilité. Procéder différemment reviendrait à saper l'intégrité du droit international. Ayant analysé et défini tous les éléments découlant de toutes ces antinomies, il ne manquera certainement pas, à l'avenir, avec le concours de la Commission, de résoudre la dernière des difficultés, celle qui consiste à concrétiser la volonté de l'État dans le cadre juridique que la Commission a entrepris de définir.

27. M. HAFNER, se félicitant que le Rapporteur spécial ait souligné dans son premier rapport sur la responsabilité des États (A/CN.4/490 et Add.1 à 7) tous les problèmes soulevés par les projets d'articles, dit que son intervention portera exclusivement sur les modifications que le Rapporteur spécial a apportées aux articles 5 à 8 et 10.

28. À l'article 5, le Rapporteur spécial propose de supprimer la référence au droit interne lorsqu'il s'agit d'un organe. Il est manifeste qu'un organe de l'État ne peut être ainsi qualifié qu'au regard du droit interne car, comme l'a

déjà fait observer M. Pellet, le terme d'organe est lui-même d'ordre juridique et relève du droit interne : ce n'est pas le droit international qui définit ce qu'est un organe, mais le droit national de l'État considéré. Si l'on parlait d'« organe » sans autre précision, on pourrait facilement faire valoir que le type d'organe visé à l'article diffère du type d'organe que définit le droit international. On finirait donc par dire qu'un acte est attribuable à l'État parce que c'est le fait d'un organe et que c'est le fait d'un organe parce qu'il est attribuable à l'État, ce qui n'est pas très satisfaisant.

29. L'argument de certains États tendant à ce que le renvoi au droit interne autorise les États à se dégager de leur responsabilité n'est ni pertinent ni applicable en l'espèce. Si un État institue une entité séparée afin de lui confier des fonctions étatiques, il reste responsable des actes accomplis par cette entité en vertu de l'article 7. On peut citer le cas des banques centrales qui, dans de nombreux pays, sont dotées d'un statut juridique distinct et qui, parfois même, ne sont pas liées par les politiques de l'État, qu'elles ne sont pas contraintes d'appliquer. Il n'en reste pas moins que les actes de ces entités sont attribuables à l'État, comme plusieurs cas ont déjà permis de l'établir. Or, ce cas de figure ne tombe pas sous le coup de l'article 5, mais sous celui de l'article 7. D'autre part, si un État adopte une loi donnant à une entité le statut d'organe, sa responsabilité est engagée pour les actes de cette entité, d'où la nécessité de renvoyer au droit interne. On trouve à l'article 7 un autre motif de conserver ce renvoi puisqu'il y est question de la « structure même de l'État ». La mention du droit interne à l'article 5 facilitera l'interprétation de cette expression à l'article 7.

30. Le Rapporteur spécial a en partie raison lorsqu'il fait une distinction entre les actes *de jure imperii* aux fins du droit des immunités des États, et les faits de l'État aux fins de la responsabilité des États. Toutefois, il ne faut pas oublier qu'il existe des liens entre ces deux figures juridiques, puisqu'un fait ne peut être considéré comme *de jure gestionis* ou *imperii* que si c'est un fait de l'État. Quant à l'expression « en cette qualité », le Rapporteur spécial a dit qu'il préciserait ses intentions à propos de l'article 10 (Attribution à l'État du comportement d'organes agissant en dépassement de leur compétence ou en contradiction avec les instructions concernant leur activité), mais le commentaire de l'article 10<sup>5</sup> ne donne pas réellement d'explication : le cas qui y est cité n'est pas vraiment éclairant pour l'article 5.

31. En revanche, M. Hafner approuve la fusion des articles 5 et 6 en un nouvel article 5. Mais il juge nécessaire de maintenir la « clause fédérale » à l'article 7. En effet, on peut de nouveau faire le parallèle avec les règles régissant l'immunité des États, qui offrent beaucoup de similitudes avec celles régissant la responsabilité des États.

32. Lorsqu'elle a examiné le sujet des immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, la Commission a elle-même défini l'État par l'attribut d'unité territoriale<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> Pour les commentaires des articles 10 à 15, voir *Annuaire... 1975*, vol. II, doc. A/10010/Rev.1, p. 65 et suiv.

<sup>6</sup> Pour les projets d'articles et les commentaires y relatifs, voir *Annuaire... 1991*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), doc. A/46/10, p. 13 et suiv.

On peut donc se demander pourquoi cette référence se justifie dans la matière des immunités mais pas dans celle de la responsabilité. On peut soutenir également qu'aux fins de l'immunité un État n'est rien d'autre qu'un État et n'appelle pas d'autre définition.

33. Pour illustrer le cas de figure des collectivités publiques territoriales bénéficiant d'une autonomie au sein de l'État, on peut citer le cas des *Länder* (provinces) qui, en Autriche, peuvent conclure des traités avec d'autres États dans la mesure où le sujet relève de leurs compétences d'entités autonomes. Ce qui soulève d'ailleurs la question de savoir contre qui les autres États contractants doivent prendre des contre-mesures en cas de violation : la province ou l'État ? Selon M. Hafner, c'est l'État tout entier qui est responsable de l'application des traités. Aussi serait-il utile de faire référence aux collectivités territoriales à l'article 7 pour mieux préciser les règles à appliquer dans des situations de ce type.

34. S'agissant du terme « prérogatives de la puissance publique », M. Hafner ne souscrit pas entièrement à l'interprétation qui en est donnée dans le premier rapport. Les commentaires du Rapporteur spécial semblent assimiler ce que couvre cette expression à la « fonction étatique ». Or, il s'agit de deux notions différentes dans la mesure où, par « prérogative de la puissance publique », on entend plutôt la pratique, et par « fonction », plutôt le contenu. Or, selon le paragraphe 190, il s'agit, dans le cas présent, du contenu et non de la pratique.

35. L'expression en question pose aussi un problème du fait qu'elle ne fait référence qu'aux prérogatives gouvernementales, alors qu'elle sous-entend sans doute bien davantage. Or, les prérogatives de la puissance publique ne sont qu'une partie des prérogatives de l'État. Il est intéressant de noter que le projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens a recours à la même expression à l'article 11, où les actes d'un agent de l'État n'engagent sa responsabilité que s'il assume des fonctions étroitement liées à l'exercice de l'autorité publique. Ces fonctions se limitent manifestement à des actes *de jure imperii*, de sorte que le terme de « prérogatives » à l'article 8 n'englobe que les actes *de jure imperii* de l'État.

36. Si le terme « fonctions » n'est pas acceptable, on devrait faire figurer une explication dans le commentaire, par exemple en citant l'usage qui est fait de cette expression dans le contexte des immunités juridictionnelles des États et de leurs biens. Exception faite de ces considérations, qui sont évoquées au paragraphe 190 de son premier rapport, M. Hafner approuve en substance le contenu du projet d'article 7.

37. Au paragraphe 198 du premier rapport, en référence à l'article 8, le Rapporteur spécial propose de supprimer l'expression « il est établi que ». Or, cette mention peut être nécessaire étant donné qu'il y a une différence entre les organes créés par la loi et les autres agents, comme l'indique la terminologie utilisée par la France. Dans le premier cas, l'existence d'une loi portant création de l'organe suffit à établir la responsabilité. Dans le deuxième, l'État requérant doit prouver que l'auteur du fait a agi en l'espèce pour le compte de l'autre État. La

procédure d'établissement de la preuve sera tout autre si l'on a à faire à un organe.

38. Le problème soulevé par le Rapporteur spécial dans ce contexte à propos de l'affaire *Loizidou c. Turquie* est très important, car il se pose beaucoup plus souvent qu'on ne le voudrait. On peut citer, par exemple, le cas où la Chambre des Lords a qualifié la République démocratique allemande d'entité dépendante ou subordonnée créée par l'Union soviétique pour exercer indirectement un contrôle. Étant donné les incidences politiques et juridiques de ce type de situation, il vaudrait mieux ne pas en négliger l'éventualité. Avant d'invoquer la responsabilité d'un État, les autres États devraient d'abord donner des preuves irréfutables de l'existence d'une telle situation dans le contexte particulier de l'espèce.

39. M. Hafner mentionne aussi une autre question d'actualité plus récente, qui amène à se demander si un organe de l'État agissant sur instruction du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie tombe sous le coup de l'article 8. Sans aller jusqu'à dire que les actes de l'organe sont attribuables au Tribunal et non à l'État concerné, on pourrait mentionner ce cas, ou d'autres exemples analogues, dans le commentaire de l'article 8.

40. Passant pour terminer à l'article 10, M. Hafner dit qu'il n'est pas très judicieux d'y remplacer « compétence » par « pouvoir ». Comme il vient de le signaler, ce dernier mot vise exclusivement les actes *de jure imperii* et ne se définit pas en termes de contenu, contrairement à ce qui est envisagé à l'article 10. On aboutit donc à un rétrécissement excessif d'une terminologie qui doit pouvoir s'appliquer à des organes ordinaires. Il vaudrait peut-être mieux garder le terme de « compétence » en apportant quelques éclaircissements dans le commentaire.

41. M. GOCO s'interroge sur la définition exacte du « gouvernement ». On a dit qu'un gouvernement n'était qu'une partie de l'État, ou que c'était une institution composée de tous les agents chargés de la conduite des affaires publiques. Or, il semblerait que le Rapporteur spécial préconise une nouvelle qualification du terme. Pour M. Goco, un gouvernement représente l'ensemble de l'État et, à ce titre, revêt une grande importance en matière d'attribution de responsabilité.

42. M. HAFNER répond que c'est Montesquieu qui a parlé le premier de la séparation des pouvoirs. Certes, le gouvernement ne représente qu'une partie de l'État. Le pouvoir judiciaire, par exemple, est indépendant du gouvernement, mais il fait également partie de l'État. C'est pourquoi il faut adopter une définition plus large du terme. Malheureusement, il est difficile de trouver une autre formule et la seule manière de résoudre le problème, c'est de donner une explication dans le commentaire.

43. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) dit qu'il faut entendre par « gouvernement » l'exécutif, le législatif et le judiciaire et que l'expression « prérogatives de la puissance publique » a une acception tout aussi large.

44. M. DUGARD n'est pas plus satisfait que le Rapporteur spécial de l'expression « fait de l'État » non plus que des guillemets qui l'encadrent dans le titre du chapitre II du projet d'articles. Ce terme risque de semer la confusion

chez les spécialistes de la « common law » habitués à la doctrine du fait de l'État (*Act of State*). S'il doit être conservé, il faudra supprimer les guillemets, mais il vaudra mieux alors adopter le nouveau titre « Attribution d'un comportement à l'État selon le droit international » proposé au paragraphe 147 du premier rapport.

45. Pour ce qui est de la référence au droit interne à l'article 5, elle peut aussi prêter à confusion dans le commentaire qui affirme d'un côté que les États risquent de se réfugier derrière le droit interne pour se soustraire à leurs obligations pour affirmer ensuite le contraire. Il est intéressant à cet égard de rapprocher les déclarations du précédent Rapporteur spécial, Roberto Ago, aux paragraphes 7 et 8 du commentaire de cet article<sup>7</sup> : au paragraphe 7, il dit que chaque État a le droit de s'organiser comme il l'entend, et au paragraphe 10, il ajoute que cela n'a aucune incidence au regard du droit international, ce qui est la position la plus pertinente. Il conviendrait malgré tout de supprimer la référence au droit interne et le Rapporteur spécial devrait modifier le commentaire pour clarifier la question.

46. Les difficultés apparaissent surtout lorsqu'on se trouve en présence d'entités illicites. Le Rapporteur spécial a évoqué la situation de la République turque de Chypre du Nord (« RTCN ») dans l'affaire *Loizidou c. Turquie*. M. Hafner a évoqué le cas de la République démocratique allemande. On peut ajouter aussi celui de l'Afrique du Sud. Ainsi, il faut mentionner la notion de direction et de contrôle à l'article 8, alinéa a, afin de couvrir le cas de la « RTCN », État créé à la suite d'une intervention militaire.

47. En revanche, il n'est pas certain que l'on couvre aussi bien les situations où le contrôle militaire est moins manifeste, comme dans le cas des bantoustans, les foyers nationaux d'Afrique du Sud. À l'époque, plusieurs gouvernements ont jugé que le Gouvernement sud-africain était responsable des actes des gouvernements des foyers nationaux bien qu'aucun contrôle militaire ne se soit véritablement exercé et qu'au regard du droit interne de l'Afrique du Sud ces entités aient été entièrement indépendantes (ce qui n'était pas tout à fait le cas dans la réalité politique). Le droit interne a été intelligemment manipulé pour occulter la subordination de ces entités. Malgré cela, en 1987, le Gouvernement français a protesté auprès du Gouvernement sud-africain après qu'un ressortissant français, Pierre Albertini, eut été incarcéré par le Gouvernement du Ciskei et condamné à quatre ans de prison pour avoir refusé de témoigner dans un procès politique<sup>8</sup>. Le Gouvernement sud-africain a répondu qu'il n'avait aucun contrôle sur le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire du Ciskei et que le Gouvernement français devait donc adresser ses griefs au gouvernement de l'État en question. Le Gouvernement français a refusé de le faire et a indiqué qu'il n'accepterait pas les lettres de créance du nouvel ambassadeur d'Afrique du Sud en France tant que Pierre Albertini resterait incarcéré au Ciskei. Suite à cette protestation, le ressortissant français a été rapidement libéré.

<sup>7</sup> Ibid.

<sup>8</sup> Voir J. Charpentier et E. Germain, « Pratique française du droit international », *Annuaire français de droit international*, 1987, Paris, vol. 33, p. 1009 et 1010.

48. Le Gouvernement britannique a également tenu le Gouvernement sud-africain responsable des pratiques de ses foyers nationaux dans un certain contentieux commercial avec la Trust Bank of South Africa. En 1992, la Commission d'investigation et de conciliation en matière de liberté syndicale concernant la République sud-africaine, créée par l'OIT pour examiner les pratiques de l'Afrique du Sud dans le domaine du travail, a jugé le Gouvernement sud-africain responsable du respect du droit international du travail dans les bantoustans<sup>9</sup>.

49. Il n'est pas certain que les dispositions proposées par le Rapporteur spécial couvriraient les cas où un État crée une entité fantôme et cache le fait qu'il exerce une autorité politique sur cette entité, son droit interne l'exonérant de toute responsabilité pour les actes de l'État fantôme. Pour ce qui est de l'article 5, le libellé en est particulièrement malvenu du fait de sa double référence au droit interne. Aussi faudrait-il la supprimer. En ce qui concerne l'article 8, les amendements proposés couvriraient sans doute les cas où un contrôle, en particulier un contrôle militaire, s'exerce manifestement, comme dans le cas de la « RTCN ». Mais si l'État qui tire les ficelles se borne à exercer un contrôle politique et si le droit interne le dégage de toute responsabilité, il n'est pas certain que les dispositions élaborées règlent de manière satisfaisante le problème de l'attribution de responsabilité.

50. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) conclut des interventions précédentes que la notion de « collectivités publiques territoriales » doit être maintenue à l'article 5, car aucune distinction n'est faite entre les actes des entités gouvernementales territoriales exerçant certains aspects des prérogatives de la puissance publique et les autres actes. Ces entités sont actuellement visées au paragraphe 1 de l'article 7 dans les mêmes termes que les organes de l'État le sont à l'article 5. Le Rapporteur spécial fait sienne la proposition tendant à faire figurer ces entités à l'article 5.

51. Si on adopte cette solution, on pourra couvrir le cas où l'État qui constitue des collectivités publiques territoriales se soustrait à ses responsabilités. On notera à ce propos que si un État crée une collectivité publique et que celle-ci obtient son indépendance et constitue un nouvel État, elle devient responsable de ses actes. En revanche, comme dans les cas des bantoustans, lorsque l'entité n'acquiert pas son indépendance et demeure une collectivité publique territoriale, l'État qui l'a instituée reste responsable de son comportement. La solution consiste donc à insérer le paragraphe 1 de l'article 7 dans l'article 5, afin de régler les problèmes qu'ont signalés M. Dugard et d'autres membres.

52. M. KABATSI dit que la Commission, adoptant la proposition de M. Pellet, pourrait fort bien renvoyer au Comité de rédaction les projets d'articles à l'examen, qui s'inspirent de principes largement acceptés par les plus grands publicistes. Cela dit, M. Kabatsi souhaite faire deux remarques.

<sup>9</sup> Voir Conseil d'administration du BIT : *Rapport de la Commission d'investigation et de conciliation en matière de liberté syndicale concernant la République sud-africaine*, doc. 253/15/7, Bureau international du Travail, Genève, mai-juin 1992.

53. La première concerne la terminologie. Le Rapporteur spécial déclare préférer le terme « attribution » à celui d'« imputation », pour les raisons qu'il donne au paragraphe 146 de son premier rapport. Or, ces deux termes sont interchangeable, sauf que « imputation » est déjà entré dans l'usage et est utilisé par la CIJ. « Attribution » convient sans doute davantage dans certains cas, notamment ceux que vise l'article 10.

54. La deuxième remarque porte sur le projet de fusion de l'article 5 et de l'article 6, fusion que recommandent les exigences d'économie du texte. Mais le sujet dont il s'agit est si important qu'il faut viser à donner au projet la plus grande transparence possible, exigence qui prime en l'occurrence celle de l'économie.

55. M. SIMMA juge que le document à l'examen est d'une clarté remarquable, qualité à laquelle s'ajoute la pertinence des analyses présentées dans le commentaire.

56. À la séance précédente, la Commission s'est demandé s'il fallait maintenir, à l'article 5, le membre de phrase « est considéré comme un fait de l'État ». La formulation de la version française est en effet fort lourde et il s'agirait simplement de la modifier.

57. L'article 5 soulève une question bien importante, celle de la mention du « droit interne ». Dans le paragraphe 163 de son premier rapport, le Rapporteur spécial insiste trop sur la distinction qu'il établit entre le droit et la pratique. Il explique que l'une des raisons de faire disparaître la mention en cause est que, dans beaucoup de systèmes, le statut de certaines entités est déterminé non pas par le droit mais par la pratique ou la tradition. Cela ne semble pas trop problématique pourtant. En revanche, les raisons qui justifient le maintien de la mention sont assez convaincantes. Des considérations de certitude juridique entrent en effet en jeu, qui tendent à restreindre les renvois d'ordre général au droit interne. On voit la même tendance dans le domaine du droit des traités. L'article 7 de la Convention de Vienne de 1969, par exemple, atteste que le droit international lui-même prévoit que certains actes liés à la conclusion des traités, s'ils sont accomplis par certaines personnes, sont considérés comme étant accomplis par l'État. Le mieux serait de ne pas parler du droit interne dans le corps de l'article et de l'évoquer plutôt dans le commentaire. C'est aussi une bonne idée que de fusionner l'essentiel de l'article 6 avec le nouvel article 5.

58. Pour ce qui est de l'article 7, relatif à la « clause fédérale », M. Simma, originaire lui-même d'une subdivision d'un État fédéral, s'étonne de se trouver dans le même cas que l'habitant des bantoustans évoqué par M. Dugard. La plupart des intervenants ont à juste titre insisté pour que l'on réintroduise la mention des entités fédérales. Mais le Rapporteur spécial a bien fait d'expliquer dans sa présentation que cette mention ne serait pas absolument nécessaire, l'article 5 visant « tout organe d'État ». Mais les entités fédérales risquent de ne pas se considérer elles-mêmes comme de simples « organes ». De surcroît, ces entités sont la seule catégorie d'organes, au sens de l'article 5, qui ont une capacité juridique internationale, c'est-à-dire qui peuvent agir de leur propre autorité. Des exemples inspirés de la pratique autri-

chienne ont déjà été donnés à la Commission par M. Hafner.

59. Pour ce qui est des infractions aux traités conclus par ces entités, on peut se demander si le Rapporteur spécial a raison de penser que c'est la responsabilité de l'entité qui est engagée, et non celle de l'État fédéral tout entier. En Allemagne, par exemple, les *Länder* peuvent conclure des traités, avec le consentement du Gouvernement central. La responsabilité de l'État fédéral est clairement engagée. Ainsi, à la fin des années 70, des fonds étaient collectés dans plusieurs universités allemandes pour armer les mouvements de libération africains. La responsabilité internationale de l'Allemagne a alors été mise en cause au titre des relations amicales entre États. Le Ministère des affaires étrangères a répondu que le Gouvernement fédéral n'avait pas le pouvoir constitutionnel d'obliger les *Länder* à interrompre ces collectes, mais que l'Allemagne se considérait responsable de tout acte ou omission de ses éléments constitutifs. Enfin, une dernière raison milite en faveur de la mention des entités fédérales à l'article 5, c'est la disparition de l'article 2.

60. Au paragraphe 188 du rapport, le Rapporteur spécial recommande la suppression du paragraphe 1 de l'article 7, ainsi que de la référence aux collectivités publiques territoriales du paragraphe 2 de l'article 7. À quoi il ajoute, à la note de bas de page relative à cette déclaration, que cette suppression est cohérente avec la position adoptée dans la Convention de Vienne de 1969 et avec la doctrine relative aux États fédéraux en droit international. Mais la raison de la disparition de l'article 6 de la Convention de Vienne de 1969, qui réglait le cas des entités fédérales, tenait aux circonstances historiques de l'époque, plus précisément aux relations entre la province de Québec et le Canada. Faut-il encore s'incliner devant des événements qui ont plus de trente ans ? Quant à la doctrine relative aux États fédéraux citée par le Rapporteur spécial, elle traite non pas du cas des collectivités publiques internationales, mais bien plutôt de la capacité de conclure des traités dont sont investies les entités fédérales.

61. À propos de l'alinéa *a* de l'article 8, M. Simma juge que la nouvelle formule proposée par le Rapporteur spécial dans le paragraphe 284 de son premier rapport circonscrit plus étroitement la personne ou le groupe de personnes dont il s'agit. Plusieurs intervenants ont déjà fait observer que cette formule, peut-être trop restrictive, risquait de laisser certaines situations en dehors du champ d'application du projet. Sans doute négligent-ils certaines considérations complémentaires. Il y a d'abord la nouvelle formulation proposée pour le nouvel article 15 *bis* (Comportement de personnes ou d'entités n'agissant pas pour le compte de l'État, qui est ultérieurement entériné ou fait sien par cet État) qui vise à couvrir certaines de ces situations. Il y a ensuite le fait qu'on ne parle en l'occurrence que d'« attribution »; autrement dit, si les actes des groupes ou des entités sont considérés comme un fait de l'État selon l'alinéa *a* de l'article 8, il y a un vide juridique dans lequel peuvent s'évanouir certaines situations concrètes.

62. M. ROSENTOCK se dit lui aussi disposé à renvoyer les projets d'articles à l'examen au Comité de rédaction et se déclare totalement d'accord avec les recommandations



du Rapporteur spécial. Ceux qui ont mis en doute le travail que celui-ci a consacré au projet d'article 5 ne sont d'ailleurs pas en désaccord avec lui sur le fond. Après n'avoir soulevé aucune objection à propos de l'article 4 qui définit la nature de l'acte dont il s'agit, il serait étrange de créer une lacune juridique en définissant trop lâchement l'identité des auteurs de cet acte.

63. L'importance de la fonction déterminative du droit international, tant du point de vue de l'acte que de celui de l'acteur, a été amplement démontrée dans les affaires citées au paragraphe 6 du commentaire sur l'article 4 adopté en première lecture<sup>10</sup>. C'est le texte même de l'article 5 qui est assez malencontreux en ce qu'il donne involontairement l'impression que, si le droit interne d'un État ne dit pas explicitement que les entités constitutives de celui-ci sont des organes d'État, les actes ne sont pas imputables à l'État. La solution ne consiste pas à s'appuyer ensuite sur l'article 7 pour revenir sur la bonne interprétation de l'article 5. L'importance de la clarté sur ce point est soulignée par l'argumentation présentée dans l'arbitrage opposant la société Texaco Overseas Petroleum Company and California Asiatic Oil Company et le Gouvernement de la République arabe libyenne<sup>11</sup> et dans l'exemple anonyme donné par le Rapporteur spécial (2553<sup>e</sup> séance).

64. La proposition du Rapporteur spécial consistant à regrouper les articles 5 et 6 et le paragraphe 1 de l'article 7 est à la fois claire et économe. Le Comité de rédaction aura du mal à l'améliorer. Mais il sera difficile de reprendre la question du « droit interne » dans le nouvel article 5 sans en revenir aux formules ambiguës antérieures ou sans mentionner des considérations qui seront mieux à leur place dans le commentaire. Pour ce qui est des entités territoriales, M. Rosenstock pense qu'il ne faut pas en parler à l'article 10. On pourrait le faire à l'article 5 sans prendre trop de risques, à condition de ne pas compliquer encore cet article 5 au point qu'il perdrait de sa clarté et se prêterait à des interprétations erronées.

65. M. LUKASHUK souligne les aspects positifs du projet qui, d'une part, concrétise le principe de la responsabilité de l'État et, de l'autre, consacre celui de la différence entre l'État et ses éléments constitutifs. Étant donné l'importance de ces deux principes qui sont le pivot du texte, le Rapporteur spécial devrait revenir sur un passage du commentaire qui ne semble pas leur rendre justice. À l'alinéa *a* du paragraphe 154, il dit en effet qu'un État est responsable seulement si le comportement en question lui est attribuable et constitue une violation d'une obligation internationale due par l'État aux personnes ou aux entités affectées de ce fait. Mais la responsabilité en droit international concerne les relations entre États; les sujets de droit international sont les États, non les personnes physiques ou morales. Les violations par un organe de l'État des droits de personnes physiques, par exemple les droits garantis par le Pacte international relatif aux droits sociaux, économiques et culturels et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, relèvent de la juridiction de cet État et non d'une juridiction interétatique.

66. Pour ce qui est de l'article 5, M. Lukashuk se félicite que le Rapporteur spécial utilise, dans le paragraphe 157, l'expression « exercer des fonctions internationales ». On sait bien en effet qu'il y a des cas où des partis politiques ou des organisations religieuses ne sont pas des organes d'État, sans que cela les empêche d'exercer des fonctions de pouvoir, parfois très importantes. Il est donc impossible de souscrire aux propos des intervenants qui ont affirmé que seul le droit interne pouvait déterminer le statut d'un organe. Ils se trouvent contredits par la Convention de Vienne de 1969, comme vient de l'expliquer M. Simma.

67. La dernière phrase de l'article 5 — « pour autant que, en l'occurrence, il ait agi en cette qualité » — pourrait être supprimée parce que le cas qu'elle évoque est rare, que la situation créée est de toute manière évidente et que l'on gagne toujours à raccourcir un texte.

68. Passant ensuite à l'article 7, M. Lukashuk s'interroge sur le problème de la responsabilité des éléments constitutifs de l'État fédéral. Ignorer les éléments spécifiques d'une fédération serait une faute injustifiable et provoquerait de grandes complications, comme l'indique le Rapporteur spécial dans ses commentaires. On pourrait donc insérer dans l'article 7 même une clause qui reprendrait la substance du paragraphe 188 du premier rapport où il est dit : « cas exceptionnels où les entités fédérées d'un État fédéral exercent des compétences internationales limitées, aux fins par exemple de conclure des traités sur des questions locales ». On pourrait d'ailleurs élargir encore cette disposition en prenant en considération les régions, et plus seulement des États fédératifs. Les régions ont en effet une dimension transfrontière, et il faudra un jour ou l'autre s'intéresser à leur cas.

69. Pour ce qui est de l'alinéa *b* de l'article 8, il semble trop flou comme le reconnaît aussi le Rapporteur spécial. Il conviendrait de le préciser pour mieux définir les cas qu'il tend à couvrir.

70. Pour terminer, M. Lukashuk se déclare lui aussi d'avis de renvoyer au Comité de rédaction les projets d'articles 5 à 8 et 10.

*La séance est levée à 13 heures.*

## 2555<sup>e</sup> SÉANCE

*Mardi 4 août 1998, à 12 h 10*

*Président* : M. João BAENA SOARES

*Présents* : M. Addo, M. Al-Baharna, M. Al-Khasawneh, M. Bennouna, M. Brownlie, M. Candioti, M. Crawford, M. Dugard, M. Economides, M. Elaraby, M. Ferrari Bravo, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Illueca, M. Kabatsi, M. Kateka, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Melescanu, M. Mikulka,

<sup>10</sup> Voir 2553<sup>e</sup> séance, note 9.

<sup>11</sup> Ibid., note 11.