



Assemblée générale

Distr. limitée
7 août 1998
Français
Original: anglais

Commission du droit international

Cinquantième session

Genève, 20 avril-12 juin 1998

New York, 27 juillet-14 août 1998

Projet de rapport

9. Introduction par le Rapporteur spécial du rapport concernant les projets d'articles 5 à 8 et 10 du chapitre II de la première partie (A/CN.4/490/Add.5)

a) Introduction

1. Le Rapporteur spécial a noté que le chapitre II définissait les conditions dans lesquelles un comportement était attribuable à l'État d'après le droit international. Les articles contenus dans ce chapitre devaient être examinés dans le contexte de l'article 3, qui énonçait les deux conditions essentielles de la responsabilité de l'État, à savoir : a) un acte ou une omission attribuable à l'État; b) une violation d'une obligation internationale de ce même État. Le chapitre II traitait de la première de ces conditions.

2. Les projets d'articles contenus dans le chapitre II avaient fait l'objet d'un examen des plus approfondis, mais il était rassurant d'observer que leur structure de base et nombre de leurs formulations n'avaient pas été mises en question par la pratique des États ou des décisions judiciaires au cours des 20 dernières années. Les modifications qu'il était proposé d'apporter aux projets d'articles visaient davantage, pour l'essentiel, à clarifier certains aspects et à aborder certains problèmes nouveaux plutôt qu'à apporter de véritables modifications substantielles.

3. Le Rapporteur spécial a fait valoir l'intérêt qu'il y avait à se pencher pour commencer sur les articles 5, 6, 7, 8 et 10, qui concernaient les conditions d'attribution ordinaires et générales, avant de passer aux articles 9 et 11 à 15, qui traitaient de certains problèmes spéciaux, y compris la proposition d'un nouvel article 15 *bis*.

b) Observations des gouvernements

4. Les observations des gouvernements concernant les articles 5 à 15 étaient tout à fait substantielles et étaient examinées de manière exhaustive dans le rapport. Un certain nombre de gouvernements avaient exprimé le souci que l'attribution se fasse à partir d'une base suffisamment large pour garantir que l'État ne puisse pas éluder sa responsabilité en se fondant sur des définitions formelles de ses organes constitutifs, eu égard en particulier à une évolution récente consistant à déléguer de plus en plus des fonctions publiques au secteur

privé, comme la gestion des établissements pénitentiaires. Par ailleurs, il ne s'était trouvé jusqu'ici aucun gouvernement pour soutenir que les conditions d'attribution devraient être définies de manière plus restrictive.

c) Pratique récente des États

5. Depuis l'adoption, dans les années 70, des articles contenus dans le chapitre II, il y avait eu un certain nombre de décisions importantes concernant ce domaine du droit international qui avaient donné lieu également à une pratique pertinente. Il convenait de s'assurer que toute évolution importante était pleinement prise en compte.

d) Terminologie

6. Le Rapporteur spécial a noté que la Commission avait choisi d'employer le terme «attribution» plutôt que celui d'«imputation». Le Comité de rédaction pourrait envisager d'utiliser le terme «imputation», sachant qu'il a été utilisé dans des décisions ultérieures de la Cour internationale de Justice et d'autres tribunaux, ce qui pourrait donner à penser que le terme «attribution» n'est pas parvenu à s'imposer. Toutefois, le Rapporteur spécial préférerait conserver le terme «attribution», qui traduisait le fait que le processus était un processus légal; par contraste, le terme «imputation», à tout le moins en anglais, impliquait bien inutilement un élément de fiction.

7. Le Rapporteur spécial a proposé également de remplacer le titre du chapitre II «Le «fait de l'État» selon le droit international» par celui de «Attribution d'un comportement à l'État selon le droit international», par souci de concordance avec l'article 3 et pour éviter de rappeler une notion différente, celle de l'«acte de gouvernement» reconnue dans certains systèmes juridiques internes.

e) Principes fondamentaux qui régissent la notion d'attribution

8. Le Rapporteur spécial a appelé l'attention sur certains principes fondamentaux qui sous-tendent la notion d'attribution, à savoir la responsabilité limitée de l'État, la distinction entre les secteurs étatique et non étatique, l'unité de l'État, le principe de la *lex specialis* en vertu duquel les États peuvent par accord établir des principes différents pour régir leurs relations mutuelles, et la distinction entre attribution et violation d'une obligation, qui était d'une importance fondamentale.

f) Article 5

9. Malgré la proposition faite par un gouvernement de remplacer le terme «organe» par l'expression «organe ou agent», le Rapporteur spécial préférerait conserver la distinction entre organes et agents, ceux-ci faisant l'objet d'un traitement distinct dans les articles 5 et 8, vu que des considérations différentes s'appliquaient aux organes par rapport aux agents.

10. Tout en relevant que le droit interne était très approprié pour résoudre le point de savoir si une personne ou une structure était un organe, le Rapporteur spécial s'est dit d'accord avec un certain nombre de gouvernements qui avaient proposé de supprimer la référence au droit interne, pour éviter de donner l'impression qu'il s'agissait nécessairement du critère décisif. Il y avait plusieurs raisons à cela. Tout d'abord, la référence au seul droit interne pouvait s'avérer trompeuse, car la pratique et la convention jouaient également un rôle important dans de nombreux systèmes juridiques. En deuxième lieu, le droit interne pouvait déterminer de manière non exhaustive les organes de l'État et utiliser le terme «organe» dans un autre sens que le droit international aux fins de la responsabilité de l'État. Troisièmement, dans certains cas, des classifications étroites des «organes» au regard du droit interne pourraient équivaloir

à une tentative de l'État d'éluider sa responsabilité, ce qu'en vertu du principe énoncé à l'article 4 il ne devrait pas être en mesure de faire. La pertinence du droit interne en tant que critère important pourrait être exposée dans le commentaire.

g) Article 6

11. Cet article était moins une règle d'attribution qu'une explication de la portée du terme «organe» dans l'article 5. Il posait clairement que les organes de l'État pouvaient appartenir aux branches de gouvernement constituante, législative, exécutive, judiciaire ou à toute autre branche de gouvernement, qu'ils pouvaient exercer des fonctions internationales ou des fonctions ayant un caractère exclusivement interne et qu'ils pouvaient se situer à n'importe quel niveau de gouvernement. Toute incertitude concernant ces questions avait été levée bien avant 1945, mais deux au moins des éléments étaient suffisamment importants pour qu'on les reconnaisse explicitement. En outre, l'article 6 confirmait que *tout* comportement d'un organe d'État agissant comme tel était attribuable à l'État, sans impliquer aucune limitation tenant aux pouvoirs énumérés. Pareillement, il ne devrait y avoir aucune limitation ou distinction aux fins de l'attribution d'un comportement à l'État, par opposition à d'autres domaines du droit comme l'immunité des États.

12. La mention, à l'article 6, de la non-pertinence de la distinction entre les fonctions ayant un caractère international ou interne n'était cependant pas nécessaire; elle suggérait une distinction trop catégorique entre les domaines «international» et «interne». Cet élément était suffisamment clair et non contesté; il pourrait être examiné de manière suffisante dans le commentaire.

13. La mention de la position «supérieure ou subordonnée» d'un organe n'était pas suffisante, car elle pourrait être interprétée comme excluant des organes intermédiaires ou indépendants et autonomes. Le Rapporteur spécial estimait préférable de clarifier cette disposition en parlant de tous les organes de l'État «quelle que soit la position qu'ils occupent dans l'organisation de l'État».

14. Le Rapporteur spécial a recommandé que les articles 5 et 6 soient maintenus avec les modifications de forme proposées et qu'ils soient réunis en un seul article, l'article 6 constituant en réalité une explication de l'article 5 plutôt qu'une règle distincte d'attribution.

h) Article 7

15. Le paragraphe 1 posait le principe bien établi que le comportement d'un organe d'une collectivité publique territoriale faisait partie de la structure de l'État, même s'il jouissait d'une certaine autonomie au sein de celui-ci. Cette disposition pourrait cependant être supprimée, car les actes de pareille collectivité étaient attribuables à l'État en vertu de l'article 5 libellé plus clairement.

16. Le paragraphe 2 traitait de collectivités qui ne faisaient pas partie de l'État, mais exerçaient néanmoins des prérogatives de la puissance publique, une situation qui revêtait une importance pratique croissante eu égard à la tendance récente consistant à déléguer des prérogatives de la puissance publique à des entités du secteur privé. Cette disposition n'avait fait l'objet d'aucune critique des gouvernements; le seul souci était que la disposition soit suffisamment large pour tenir compte de la prolifération de ces diverses entités. Mais, en définitive, la disposition existante paraissait tenir compte des difficultés diverses, surtout si on la lisait en conjonction avec l'article 8. Le Rapporteur spécial a recommandé que la disposition soit conservée et que la notion de puissance publique soit mieux explicitée dans le commentaire, entre autres afin de traduire les diverses facettes de la pratique récente.

i) Article 8

17. Lorsqu'une entité agissait pour le compte de l'État conformément à des instructions expresses, ses actes étaient manifestement attribuables à l'État en vertu du paragraphe a). La question se posait de savoir si le comportement était également attribuable à l'État lorsque l'entité agissait sous la direction et le contrôle de celui-ci. La jurisprudence ultérieure semblait aller dans le sens de substituer au critère de l'autorisation expresse le critère plus large du contrôle effectif. Le Rapporteur spécial a recommandé de clarifier le paragraphe de manière qu'il recouvre des situations où il existait des instructions de fait et des cas de contrôle direct et effectif où il y avait un lien avec l'acte en question. Par ailleurs, le libellé de la disposition ne devrait pas être à ce point large qu'il englobe les activités de sociétés appartenant à l'État, alors que ces activités ne se trouvaient pas en fait sous la direction et le contrôle de l'État.

18. Le paragraphe b) visait le cas rare mais important dans lequel une personne ou une entité exerçait des prérogatives de la puissance publique en l'absence d'un gouvernement fonctionnant effectivement. Toutefois, le libellé de cette disposition était quelque peu paradoxal en ce qu'il donnait à penser qu'un comportement potentiellement illicite engendrant la responsabilité de l'État était néanmoins «justifié». Le Rapporteur spécial a recommandé de maintenir cette disposition moyennant un amendement de clarification visant à remplacer le terme «justifiaient» par le terme «commandaient».

j) Article 10

19. Cet article visait des cas de comportement non autorisé ou *ultra vires*, qui était néanmoins attribuable à l'État dès lors que le comportement était placé «sous le couvert» de la qualité officielle. Le droit conventionnel adoptait une position stricte concernant la mesure dans laquelle des États pouvaient se prévaloir de leur droit interne pour éluder leurs obligations internationales; a fortiori, ceci devait être le cas du droit de la responsabilité des États. La jurisprudence ultérieure et des observations des gouvernements montraient que ce principe était universellement accepté. Le Rapporteur spécial a recommandé de maintenir la disposition; le Comité de rédaction pourrait cependant envisager d'employer la phrase «agissant en qualité officielle ou sous le couvert de celle-ci» pour inclure la notion de qualité apparente, et de modifier la fin de l'article, qui devrait se lire «même si, en l'occurrence, l'organe ou l'entité a excédé son pouvoir ou contrevenu aux instructions concernant l'exercice de celui-ci» pour des raisons de clarté et par souci de cohérence avec la proposition tendant à supprimer la référence au droit interne dans l'article 5.

10. Résumé du débat sur les projets d'articles 5 à 8 et le projet d'article 10 du chapitre II de la première partie

a) Observations générales

20. Un vaste appui est apparu en faveur de l'approche générale suivie par le Rapporteur spécial au sujet des articles du chapitre II de la première partie. On s'est déclaré satisfait qu'aucune modification importante n'ait été apportée au projet, lequel avait rencontré l'approbation des organes judiciaires du plus haut niveau et recueilli une large acceptation.

b) Terminologie

21. Un appui s'est exprimé en faveur du maintien du mot «attribution» de préférence à «imputation», suivant la recommandation du Rapporteur spécial.

22. En sens contraire, certains membres ont demandé si la notion d'imputation ne convenait pas mieux dans les cas tels que ceux visés par l'article 10 ou dans les cas de responsabilité du fait d'autrui. Un certain appui s'est manifesté également en faveur du mot «imputation»,

compte tenu de la jurisprudence pertinente. On a estimé qu'il était possible d'utiliser, selon les besoins, les deux mots dans les projets d'articles et dans le commentaire.

c) Titre du chapitre II

23. Un appui s'est exprimé en faveur du nouveau titre proposé pour le chapitre parce qu'il décrivait mieux son contenu et qu'il permettait d'éviter une confusion éventuelle avec la doctrine de «l'acte de gouvernement».

d) Article 5

24. On a déploré le choix malheureux et le manque de clarté de la version française de l'expression «*shall be considered*», qui, notamment, n'indiquait pas par qui. On a suggéré de remplacer ces mots par la formule «*is considered*». On a cependant exprimé une préférence pour le maintien de l'expression dans la version anglaise, où elle posait moins de problèmes, à charge de trouver éventuellement une solution différente pour le texte français.

25. Un certain appui s'est exprimé en faveur de la proposition tendant à supprimer la mention du droit interne, jugée trop vague et trompeuse : mieux vaudrait élucider cet aspect dans le commentaire. On a estimé que le rôle important joué par le droit interne pour déterminer la structure de l'État ne devait pas être surestimé puisque c'était le droit international qui avait un poids décisif dans la détermination des fins de la responsabilité des États, comme il ressortait de la jurisprudence pertinente citée dans le rapport. Parmi les autres cas où le droit interne n'avait pas prévalu, on pouvait citer celui des Bantoustans sous l'ancien régime d'apartheid en Afrique du Sud. Le droit sud-africain avait qualifié les Bantoustans d'entités indépendantes et non d'organes de l'État mais la communauté internationale et les tribunaux des États tiers avaient rejeté cette qualification. Un appui s'est exprimé en faveur de la suppression qui avait été proposée dans l'intérêt de la certitude juridique mais on a déclaré également que l'expression «droit interne» était suffisamment vaste pour englober la pratique et la convention.

26. Une forte préoccupation s'est manifestée cependant au sujet de la proposition de supprimer cette référence car le droit interne était fondamentalement pertinent pour déterminer quels étaient les organes d'un État. On a fait observer que les organes d'un État ne pouvaient être définis que par le droit interne de celui-ci. On a relevé également que la mention du droit interne était la raison d'être de cette disposition, laquelle était conforme au droit des États de déterminer leur propre structure interne en l'absence de toute définition a priori de la structure de l'État dans le droit international. Des opinions différentes se sont exprimées quant à la pertinence du principe de l'autodétermination et de la personnalité morale de l'État à cet égard.

27. Les opinions ont divergé également quant à savoir si la suppression de la mention du droit interne était justifiée par la possibilité que les États tentent d'échapper à la responsabilité en s'appuyant sur leurs structures juridiques internes et, particulièrement, en les modifiant *ex post facto*. On a estimé que ces aspects étaient suffisamment couverts par les articles 4, 7 et 8.

28. On a déclaré que la formule introductive «Aux fins des présents articles» n'était peut-être pas nécessaire; en sens contraire, on a souligné que cette attribution aux fins de la responsabilité des États se distinguait de l'attribution aux fins du droit des traités ou des actes unilatéraux.

29. Un appui s'est exprimé en faveur du maintien du dernier membre de phrase de l'article 5, mais cette même clause a été jugée aussi superflue et exagérément restrictive. Des opinions différentes se sont exprimées au sujet du nouveau libellé proposé pour ce membre

de phrase. D'une part, un appui s'est manifesté en faveur du libellé nouveau parce qu'il précisait utilement la disposition en utilisant des termes plus neutres. En revanche, on a mis en doute qu'il fût nécessaire ou utile de mentionner les fonctions et la position des organes de l'État. Dans cette dernière optique, l'article 6 pouvait être purement et simplement supprimé et son contenu transféré dans le commentaire.

30. On a suggéré qu'il serait utile, dans les dispositions proposées pour les définitions, de définir le mot «État» comme désignant «tout État en vertu du droit international, quelle que soit sa structure ou son organisation, qu'il soit unitaire, fédéral ou autre». On a suggéré également que la mention de la structure formelle de l'État apparaissant à l'article 7 soit prise en compte dans la mention d'une entité étatique à l'article 5. On a estimé également que la notion d'entité étatique pourrait être précisée dans le commentaire.

e) Article 6

31. Un soutien s'est exprimé en faveur de la suppression de l'article 6 et de sa fusion avec l'article 5, suivant la proposition du Rapporteur spécial. Cependant, on a déclaré également qu'il fallait conserver l'article 6 comme une disposition séparée à cause de l'importance du principe qu'il exprimait.

f) Article 7

32. On a estimé que l'importance donnée par le Rapporteur spécial à l'inclusion de dispositions au sujet du problème complexe de la délégation des fonctions publiques au secteur privé était justifiée. On a demandé cependant s'il fallait traiter de cet aspect au paragraphe 2 de l'article 7 ou dans une autre disposition. On a estimé qu'il était difficile de définir a priori les fonctions d'un État, à cause de l'évolution permanente de la répartition des fonctions entre celles qui sont réservées au secteur public et celles qui sont déléguées au secteur privé. On a également attiré l'attention sur trois situations différentes dans cette évolution : a) l'État conservait un monopole sur ces fonctions, tout en déléguant l'exercice de certaines d'entre elles à des entités publiques ou privées; b) l'État abandonnait entièrement ses fonctions et les remettait au secteur privé; c) l'État conservait ses fonctions mais permettait simultanément que des fonctions parallèles soient exercées par le secteur privé afin d'encourager la concurrence.

33. Des opinions différentes se sont exprimées au sujet de la proposition tendant à supprimer la mention des collectivités publiques territoriales. Certains membres ont estimé qu'il fallait inclure les collectivités publiques territoriales, telles que les unités constitutives d'un État fédéral, qui n'étaient pas la même chose que des organes d'un État. On a estimé qu'il importait particulièrement de confirmer que les faits de ces organes étaient attribuables à l'État sur la même base que ceux des organes du gouvernement central, quand bien même ces organes jouissaient de la plus grande autonomie et avaient une capacité juridique indépendante suffisante pour agir d'eux-mêmes à l'échelon international, par exemple en concluant des accords. On a également attiré l'attention sur la situation des entités régionales d'un État qui pouvaient conclure des accords transfrontaliers. On a estimé que cet aspect était suffisamment important pour être pris en considération dans l'article à l'examen. Le risque d'un éventuel chevauchement avec l'article 5 pouvait être évité en introduisant la mention des collectivités publiques territoriales dans l'article 5 lui-même. Toutefois, on a fait observer que la mention de cet élément à l'article 5 pouvait compliquer le travail de rédaction, nuire à la clarté de cet article et créer des conséquences *a contrario* indésirables.

34. On a déclaré qu'il vaudrait mieux employer le mot «fonctions», qui avait une acception plus vaste que la formule «puissance publique», ou au moins préciser dans le commentaire les raisons pour lesquelles cette formule était utilisée.

35. Un appui s'est exprimé en faveur du maintien de la restriction exprimée dans le dernier membre de phrase, moyennant une précision qui consisterait à ajouter, après les mots «pour autant que», les mots «il est établi que».

g) Article 8

36. Pour certains membres, les situations visées par cet article devaient être précisées à la fois dans le texte et dans le commentaire. Il importait de veiller à ce que cet article fût suffisamment vaste pour englober des situations comme celles dont la Cour internationale de Justice avait eu à connaître dans l'affaire du *Nicaragua* et dans les affaires des disparitions en Amérique latine, qui soulevaient des problèmes de preuve particulièrement difficiles et où les preuves d'instructions effectives seraient, par nature, difficiles ou impossibles à obtenir. On a attiré l'attention sur les situations dans lesquelles les États encourageaient des individus ou des groupes de personnes à commettre des faits illicites sans donner d'instructions explicites formelles ou sans même exercer un contrôle direct, ou facilitaient de tels faits.

37. Un appui s'est exprimé en faveur de la proposition faite par le Rapporteur spécial de modifier l'article 8 a) pour introduire le critère du contrôle, en accordant cependant toute l'attention nécessaire au degré variable de contrôle suffisant qui serait exigé dans les différents contextes juridiques spécifiques. Tout en se déclarant favorable au texte proposé, on a demandé s'il s'appliquerait aux situations où l'État créait un État fantoche qui était soumis à son contrôle politique, sans qu'il y ait un contrôle militaire patent, alors que le droit interne du premier État prévoyait que celui-ci n'était pas responsable du second. On a souligné que les «États fantoches» ne pouvaient pas être mis sur le même pied que les collectivités publiques territoriales.

38. En revanche, on a déclaré craindre que la précision qui était proposée risque, contrairement aux intentions qui la motivaient, d'aboutir à une règle d'attribution plus étroite et plus rigide qui rendrait plus difficile la détermination de la responsabilité. En réponse à l'idée que le libellé nouveau pût être trop restrictif, on a appelé l'attention sur deux éléments complémentaires : le nouvel article 15 *bis* qui était proposé et la responsabilité d'un État pour le fait de n'avoir pas prévenu les actions de groupes ou d'individus qui ne lui étaient pas attribuables.

39. On a estimé qu'il valait mieux conserver le mot «justifiaient», à l'article 8 b).

40. Une question a été posée à propos de l'utilisation des mots «en fait», aux alinéas a) et b) de l'article 8.

h) Article 10

41. On a estimé que les collectivités publiques territoriales ne devaient pas être mentionnées dans cet article.

42. On a jugé préférable de conserver le mot «compétence», sous réserve que des précisions supplémentaires soient données dans le commentaire, plutôt que d'employer le mot «pouvoir» qui risquait d'être plus étroit. On a fait observer également que la version française du mot «competence» désignait un pouvoir exercé dans un cadre juridique, par opposition à un pouvoir exercé de fait.

11. Observations finales du Rapporteur spécial sur le débat au sujet des projets d'articles 5 à 8 et du projet d'article 10 du chapitre II de la première partie

43. À propos du titre du chapitre II, le Rapporteur spécial a noté l'existence d'un accord général concernant l'amendement proposé.

44. Dans le cas de l'article 5, il fallait répondre aux préoccupations graves soulevées par les gouvernements qui souhaitent éviter qu'un État échappe à la responsabilité du fait d'une entité qui était en réalité un organe, pour la seule raison qu'elle n'était pas désignée comme telle en droit interne ou qu'elle était désignée de manière erronée. À ce sujet, il fallait reconnaître le rôle complémentaire que jouaient le droit national et le droit international relativement à la notion d'organe d'un État. D'un côté, le mot «organe» avait une signification particulière en droit international. De l'autre, les caractéristiques de l'organe de l'État dépendaient largement de la structure interne de l'État déterminée par le droit interne, y compris la pratique et la convention dans cet État.

45. On a jugé utile d'employer à l'article 5 la formule «ait agi en cette qualité» pour mettre en évidence la distinction entre les cas habituels faisant intervenir des organes de l'État visés par l'article 5 et les cas exceptionnels faisant intervenir d'autres entités visées par l'article 7 2).

46. À propos de l'article 6, un vaste appui semblait exister en faveur de la fusion de cette disposition avec l'article 5.

47. Quant à l'article 7, mieux valait traiter des collectivités publiques territoriales à l'article 5 afin d'éviter tout risque de chevauchement entre les deux dispositions, tout en répondant aux préoccupations soulevées par la proposition de supprimer l'article 7 1). D'autre part, la conduite des entités visées par l'article 7 2) nécessitait de toute évidence un examen plus détaillé.

48. Au sujet de l'article 8, il fallait veiller à ce que l'alinéa a) ait une portée suffisamment large et soit suffisamment précis, étant donné l'importance de cette disposition et les questions soulevées par la jurisprudence ultérieure. La proposition de préciser le libellé de l'article 8 a) avait pour objet d'élargir, et non de rétrécir, la portée du texte, eu égard, en particulier, au débat sur les questions apparues dans l'affaire du *Nicaragua*. Toutefois, le Comité de rédaction pourrait examiner si une autre formulation était préférable.

49. Il ne semblait pas y avoir d'objections à l'article 8 b), qui énonçait un principe bien établi, reconnu dans la jurisprudence pertinente. Il fallait toutefois se demander si le titre proposé pour l'article 8 rendait correctement compte du contenu de cette disposition.

50. L'article 10, quant à lui, exprimait un principe universellement accepté mais sa rédaction pouvait être améliorée et des suggestions utiles avaient été faites à ce sujet lors du débat.