

CHAPITRE IX

LA RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT DANS LE DROIT INTERNATIONAL

1. La croissance qualitative et quantitative du droit international¹

MON EXPÉRIENCE personnelle sur ce sujet a été une découverte incessante. Quand j'étais encore à l'Université, le droit international était une matière complètement éloignée du monde de l'avocat moyen. Cette situation n'a pas beaucoup évolué, car il y a encore aujourd'hui des avocats qui obtiennent leur diplôme en étudiant le droit international avec le même livre que j'utilisais dans les années cinquante. Et pourtant, le droit international a beaucoup changé, que nous nous en rendons compte ou non. La quantité de traités en vigueur dépasse notre entendement et, des fois, nous oublions encore qu'aujourd'hui, en Argentine, ces traités sont placés, de droit et de fait, au-dessus de la Constitution.

2. L'évolution-involution de la responsabilité

Un phénomène assez curieux est que, alors que la responsabilité interne de l'Etat diminue (en opposition à la tendance historique vers la responsabilité croissante de l'Etat), sa responsabilité internationale augmente. Ceci est contradictoire, parce qu'il ne semble pas très cohérent que la responsabilité augmente dans un domaine et diminue dans un autre.

Au niveau interne, l'explication pour cela peut être trouvée dans l'expérience vécue par d'autres pays, certains il y a quelques siècles de cela: une banqueroute totale ou partielle. Comme un moyen de sortir de la faillite, les Etats essaient d'augmenter les impôts jusqu'à ce qu'il n'y ait plus d'ar-

¹ Nous renvoyons aux chapitres IV et VI de notre *Tratado de derecho administrativo*, vol. 1, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2003, 8ème éd.; et chap. XX du vol. 2, *La defensa del usuario y del consumidor*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2003, 6ème éd.

gent à recouvrer, réduire les dépenses jusqu'à ce qu'il n'y ait aucune possibilité de les restreindre, et emprunter des crédits jusqu'à ce que la capacité d'endettement soit dépassée. Ce qui reste alors c'est le remède héroïque de ne plus payer toutes les dettes mais seulement quelques unes, ou simplement les ajourner.

Des fois, de vieux livres d'histoire apparemment obsolètes, deviennent incroyablement actuels. En 1840, M. de Cormenin² a écrit les deux volumes de son *Droit Administratif*, dans lequel racontait comment, au XVIII^{ème} siècle l'Etat français tomba en flèche, comme tombe maintenant l'Argentine, plus de deux siècles plus tard. A cette époque-là, de nombreuses lois ont été créées par rapport aux catégories des créanciers qui n'allaient pas être payés, puis d'autres catégories ont été ajoutées, puis on arriva à une exclusion générale. En effet, la liste des créanciers exclus par l'Etat français à cette époque remplit les premières cinquante pages du livre. Ce phénomène est semblable à la situation que vit aujourd'hui l'Argentine, mais dans un autre contexte, avec un autre langage et en utilisant d'autres explications.

3. Responsabilité pour violation des droits de l'homme

La responsabilité de l'Etat pour violation des droits de l'homme commence à apparaître sous l'égide des droits de l'homme inclus dans la Convention américaine des droits de l'homme. Quand l'Argentine signa cette convention, elle statua aussi, à travers un décret du pouvoir exécutif, une réserve par rapport à la faculté de la Cour de condamner le gouvernement argentin à verser des dommages-intérêts. De toute façon, ce n'est pas le fait d'obliger la République Argentine à payer un certain montant qui va faire fonctionner le mécanisme international de réparation des dommages causés par l'Etat; il fonctionne d'une manière plus informelle.

Les parties intéressées - ou même les tiers, dans une sorte d'action populaire - portent plainte devant la Commission interaméricaine des droits de l'homme, à Washington. Après avoir accompli quelques formalités, on arrive généralement à des solutions à l'amiable, à travers lesquelles le gouvernement d'Argentine (ou de tout autre pays) s'engage à créer les mécanismes nécessaires pour se tenir responsable des dommages allégués; l'alternative est de subir un rapport condamnatore. Dans les deux cas, les do-

² M. DE CORMENIN, *Droit Administratif*, vol. II, Paris, Thorel et Pagnerre 1840, 5ème éd.

cuments sont en premier lieu réservés: le premier de fait, le deuxième de droit.

Si le gouvernement ne donne pas une réponse satisfaisante et s'il n'y a pas de solution à l'amiable, le rapport condamatoire est publié dans le rapport annuel de la Commission, dont la publication et la diffusion sont limitées. Si le gouvernement conclut un accord à l'amiable, le pays reste sous la juridiction de la Commission et, si l'accord n'est pas accompli, le Comité peut ouvrir une procédure devant la Cour interaméricaine des droits de l'homme³. En général, ce stade n'est pas atteint.

Un des problèmes de cette procédure est que les décisions ne sont pas publiées et qu'il n'est pas facile d'y avoir accès.

4. In re Birt

L'affaire la mieux connue au niveau interne, qui a invité l'Argentine à comparaître devant la Cour interaméricaine des droits de l'homme, est le cas *Birt*. Le nom de cette affaire vient du nom figurant en tête de la liste d'une action collective sur la responsabilité de l'Etat face à ceux qui avaient été privés illégitimement de la liberté pendant la dernière dictature militaire. Selon le système juridique argentin, on sanctionne d'abord une loi et après un décret de l'exécutif pour la mettre en vigueur; finalement un arrêt de la Cour Suprême d'Argentine, qui porte le même nom, *Birt*, a appliqué la jurisprudence interaméricaine⁴. Dans cet arrêt, il y avait trois groupes de votes et, même si tous les trois affirmaient la même chose, leurs fondements étaient différents. Les deux premiers votes, signés par huit membres de la Cour, semblent n'être qu'un débat sur l'administration publique et sur les salaires des fonctionnaires. Le troisième vote, en revanche, identifie parfaitement le sujet en question et déclare que la République Argentine doit payer les dommages à la partie offensée, parce que

³ Qui peut finir par une condamnation. Voy. CURIEL ALICIA / GIL DOMÍNGUEZ ANDRÉS, Corte Interamericana de Derechos Humanos: el primer fallo contra el Estado argentino, *Revista Jurídica del Centro de Estudiantes*, n° 8, pp. 36 et seq. Voy. aussi, en général, MARTINS DANIEL HUGO, Los Tratados Internacionales como fuente del Derecho Administrativo, dans le livre collectif *Homenaje al Dr. Miguel S. Marienhoff*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, chap. I. Voy. CURIEL, Corte Interamericana de Derechos Humanos: el caso 'Guillermo José Maqueda vs. República Argentina', *LL*, 1997-E, 515.

⁴ CSJN, *in re Birt*, que nous avons commenté dans *LL*, 1995-D, 292. Voy. aussi GORDILLO AGUSTÍN, *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 1999, § 2, "¿Una excepción a la ley 24.447?", pp. 33-36.

le pays s'est engagé devant la Commission interaméricaine à traiter en bonne foi les problèmes découlant de la dictature militaire.

Après cette affaire, plusieurs lois ont été promulguées et de nouveaux jugements de la Cour Suprême ont été prononcés, afin de proroger les délais pour entamer les demandes. Ceci a eu pour conséquence un déboursement important pour le trésor de l'Etat, qui continue encore. C'est un exemple de la responsabilité de l'Etat gérée, apparemment, par les législateurs et les juges internes, mais le vrai moteur est, en réalité, l'existence d'organismes internationaux.

5. In re Verbitsky vs. Belluscio

5.1. Son origine

L'affaire *Verbitsky vs. Belluscio*⁵ illustre l'exemple de la force informelle des procédures menées devant la Commission interaméricaine des droits de l'homme. Verbitsky est un journaliste qui a été accusé par le juge Belluscio pour diffamation. Le tribunal a requalifié le délit comme outrage et condamné Verbitsky. Le journaliste a eu recours, alors, à la Commission interaméricaine et il est arrivé à une solution à l'amiable avec le gouvernement argentin: le dernier s'est engagé à rectifier la situation en éliminant le délit d'outrage du droit argentin. La loi a été dûment abrogée, mais personne n'a appris, dans le pays, que c'était la conséquence de cet accord qui engageait la responsabilité de l'Etat devant l'organisme international.

5.2. Effets résiduels

Plus tard, quand un projet de loi de censure, appelé *loi bâillon*, commença à circuler, Verbitsky s'est présenté de nouveau à la Commission en alléguant que l'esprit de l'accord était sur le point d'être violé. La Commission a jugé cette plainte recevable, la République Argentine a mis le projet au placard et on n'en a plus parlé.

6. Mendoza

Il s'agit du cas de deux personnes qui ont été assassinées dans la province de Mendoza. Il y a eu recours à la Commission interaméricaine des

⁵ Rapport sur le cas 11.012 (*Verbitsky vs. Belluscio*).

droits de l'homme et la République Argentine est arrivée à un accord selon lequel elle acceptait sa responsabilité. Les parties, d'un commun accord, ont alors soumis la question d'indemnisation à un tribunal local *ad hoc*. Comme la question s'attardait, un crédit que la province de Mendoza était en train de négocier dans un autre organisme international fut aussi ajourné. Cet organisme n'avait rien à voir avec le système interaméricain des droits de l'homme, mais les représentants provinciaux furent avertis que les fonctionnaires considéraient gênant d'octroyer des crédits à cette province qui n'avait pas encore résolu l'affaire de l'indemnisation en faveur des personnes assassinées à Mendoza. A bon entendre...!

Le comité *ad hoc* a finalement fixé le montant de l'indemnisation et la décision fut publiée dans les journaux locaux, mais non dans ceux du reste du pays ni dans les recueils de jurisprudence que nous connaissons. Nous en avons pris connaissance par pur hasard.

7. Les accords internationaux sur les investissements étrangers⁶

Il existe plus de quarante traités bilatéraux, visant à protéger les investissements étrangers, qui concernent l'arbitrage international pour les litiges pouvant surgir entre un investisseur étranger, au sens large, et l'Etat argentin.

La formation et les décisions d'un tribunal d'arbitrage ne sont pas nécessairement publiées dans des journaux officiels ou dans des revues juridiques et, souvent, la presse ne le mentionne que très brièvement. De toute façon, ces traités et les arbitrages postérieurs sont une source incontestable de la responsabilité internationale de l'Etat.

8. Tribunaux étrangers

Des fois, on apprend qu'il y a eu des accords transactionnels dans un tribunal étranger ou des arrêts condamnant l'Etat argentin, mais l'information qu'on reçoit est peu systématique et peu complète.

Ce qui est important c'est de savoir que l'Argentine accepte souvent la juridiction étrangère. Dans le journal officiel, qui publie les sommaires des jugements des tribunaux argentins, on peut s'informer quelquefois sur des décrets de constitution du Procureur du Trésor de la République Argentine comme avocat pour une affaire en cours à l'étranger, qui est habilité à con-

⁶ Nous expliquons cette question dans le chapitre XVIII, "El arbitraje administrativo internacional", du vol. 2, *La defensa...*, *op. cit.*

tracter sur place les services professionnels nécessaires. C'est un grand changement dans la politique argentine, qui traditionnellement suivait les lignes établies par Goldschmidt, selon lesquelles l'Argentine ne devait pas traiter les plaintes et même s'opposer à la juridiction, parce que, disait-on, s'opposer à la juridiction c'était en quelque sorte la reconnaître. Même si le pays présenta une plainte diplomatique, il resta néanmoins judiciairement en défaut. De nos jours, en revanche, les demandes sont traitées, la juridiction⁷ est acceptée et finalement on arrive aux tribunaux du pays en question, que ce soit par jugement ou par arbitrage.

En parlant de jugements, il y a une célèbre affaire qui a deux différentes lectures, une dans la jurisprudence nord-américaine, l'autre dans la jurisprudence argentine: *Weltover vs. la République Argentine* fut jugé par la Cour Suprême des Etats-Unis, qui trouva l'Argentine responsable d'un manquement de contrat. En Argentine, l'arrêt a été publié et a reçu des commentaires semblables à ceux du cas *Alvarez Machaín*⁸, qui, dans les cercles de juristes de l'Argentine, a été âprement critiqué par des nombreux articles, dont un portait le titre: "La república imperial"⁹. Un des auteurs de tels articles va jusqu'à demander malicieusement si les plaignants auraient pu exécuter le jugement. Mais le système ne fonctionne pas comme ça, parce que si un pays ne se conforme pas à un arrêt international, son risque pays, évalué par cinq ou six entreprises qualificatrices

⁷ Pourtant, la défense de l'Etat devant les tribunaux étrangers est très médiocre: les avocats de l'Etat n'ont pas de pouvoirs pour bien conduire l'affaire et ils utilisent donc principalement, ou exclusivement, des défenses formelles. Si elles sont rejetées, l'Etat reste sans défense.

⁸ Il s'agit du principe *male captus, bene detentus*: le délinquant avait été détenu à tort dans le pays où il demeurerait (Noriega, Eichmann, etc.), mais il a été justement arrêté dans le pays qui l'avait capturé à l'étranger, et qui lui a appliqué sa juridiction: *Alvarez Machaín*, 1992, publié dans *ED*, 148: 155, avec des notes de ZUPPI ALBERTO LUIS, Los Estados Unidos a contramano: el voto de Rehnquist en el caso *Alvarez Machaín*; OUTEDA MABEL N., El fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos como violatorio de la integridad territorial y de la soberanía de los Estados, *ED*, 148: 170; BIDART CAMPOS GERMÁN J., Secuestro de presuntos delincuentes en un Estado extranjero y juzgamiento en los Estados Unidos, *ED*, 148: 170; BIANCHI ALBERTO B., La Corte de los Estados Unidos ingresa a la lucha contra el narcotráfico, *ED*, 148: 173; LEGARRE SANTIAGO, ¿Es realmente monstruosa la sentencia *Alvarez Machaín*?, *ED*, 148: 187.

⁹ L'arrêt *Weltover*, publié dans *LL*, 1992-D, 1124, avec note de ZUPPI, La inmunidad soberana de los Estados y la emisión de deuda pública, *LL*, 1992-D, 118. Notre opinion dans *Después de la reforma del Estado*, Buenos Aires, FDA, 1998, 2ème éd., chap. IV.

internationales, augmente ainsi que les taux d'intérêt flottant que le pays devra payer pour *toutes* ses dettes externes¹⁰. En effet, si un Etat se pourvoit formellement contre un jugement respectable, son attitude peut lui coûter à la fin plus cher que de payer la condamnation.

*9. Contrats de crédit externe*¹¹

Il y a eu plusieurs voix locales soutenant l'inconstitutionnalité de soumettre le pays à une juridiction étrangère. Certes, le Code Civil argentin statue que les contrats sont réglés par les lois et soumis à la juridiction du lieu de leur exécution. Mais, personne ne va nous prêter de l'argent (sauf nos investisseurs internes) à moins que le contrat soit conclu dans un pays développé et que les déboursements soient faits aussi dans ce même lieu à travers des dépôts dans une agence locale de la Banque Centrale de la République Argentine.

C'est là aussi, dans le pays étranger, que les billets à ordre sont signés, que la juridiction est stipulée et que le Procureur du Trésor de la République Argentine approuve l'acte en statuant, par le biais d'un avis raisonné, élaboré et convaincant, que le contrat est constitutionnel selon notre propre système juridique et qu'on peut le faire valoir dans cet autre pays, et que les tribunaux de notre pays n'ont aucune objection au contrat, ni au fait que toute demande sera entamée dans le pays en question au cas où un litige devrait surgir à cause du manquement audit contrat.

En vertu du principe de bonne foi, l'Etat ne sera pas en mesure, à l'avenir, de contester avec succès les actions entamées pour manquement de contrat devant des tribunaux étrangers. D'autre part, les avis du Procureur du Trésor sont devenus de plus en plus élaborés, car chaque fois que le créancier (ou même le débiteur) imagine des nouveaux arguments contraires sur ce sujet, on demande au pays de les inclure dans le prochain avis obligatoire pour renouveler un crédit.

¹⁰ Parce qu'elles sont interconnectées à un degré variable et ont une clause de *cross-default*.

¹¹ Nous expliquons ce sujet dans notre livre *Después...*, *op. cit.*, chap. IV. Il ne s'agit pas seulement du fait que le pays ait conclu un contrat d'emprunt externe à l'étranger: c'est là qu'il a reçu l'argent et accordé les paiements, donc il y a sans doute une base incontestable, de droit et de fait, pour la juridiction étrangère. Mais il s'est aussi soumis volontairement aux autorités étrangères à travers d'autres actes, comme par l'inscription de bons publics au SEC, décret de l'exécutif 395/97, J.O. 11-IX-97, p. 5, parmi d'autres.

10. Comment toucher les crédits

Cette matière s'enrichit continuellement et il existe toute une série de mécanismes qui ne sont pas du tout connus publiquement. Lorsqu'un pays a des intérêts économiques qui ne sont pas dûment honorés par l'Etat argentin, son ambassadeur fait un *lobby* intense, et il importe peu qu'il s'agisse ou non de l'ambassadeur d'un pays développé ou dominant¹². Nous avons appris des cas d'ambassadeurs de pays qui ne sont pas d'une grande importance pour nous, qui ont réussi à faire céder le gouvernement argentin, national ou local selon le cas, dans des questions où il n'aurait pas dû normalement avoir cédé.

En somme, dans le contexte actuel, la responsabilité internationale de l'Etat est remarquable, même si elle n'apparaît pas clairement dans la jurisprudence. En même temps, grand paradoxe, la responsabilité interne ne cesse de diminuer.

¹² Cette pratique internationale est tellement étendue que son interdiction, contenue dans les contrats, est pratiquement inutile. Voy. loi 25.350, accord avec Guatemala, art. IX, alinéa 6: "Les parties signataires devront s'abstenir de traiter par la voie diplomatique des questions se rapportant à des litiges soumis à des procédures judiciaires ou à des arbitrages internationaux, en vertu du présent article, jusqu'à ce que lesdites procédures soient finies. Sauf dans le cas où l'autre partie du litige n'ait pas accompli le jugement judiciaire ou la peine arbitrale dans les conditions stipulées."