

Document:-
A/CN.4/SR.2103

Compte rendu analytique de la 2103e séance

sujet:
Responsabilité des Etats

Extrait de l'Annuaire de la Commission du droit international:-
1989, vol. I

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

l'élément réparation et l'élément compensation. Cette approche est tout à fait conforme au principe général de droit en vertu duquel l'auteur d'un fait illicite est tenu de réparer toutes les conséquences de son comportement illicite en rétablissant la situation qui aurait prévalu s'il n'y avait pas eu violation, ce qui justifie, le cas échéant, une compensation pécuniaire en plus de la restitution en nature *stricto sensu*.

La séance est levée à 13 h 5.

2103^e SÉANCE

Mercredi 17 mai 1989, à 10 heures

Président : M. Bernhard GRAEFRATH

Présents : M. Al-Khasawneh, M. Arangio-Ruiz, M. Barboza, M. Barsegov, M. Calero Rodrigues, M. Díaz González, M. Eiriksson, M. Francis, M. Hayes, M. Koroma, M. Mahiou, M. McCaffrey, M. Ogiso, M. Pawlak, M. Sreenivasa Rao, M. Razafindralambo, M. Roucounas, M. Sepúlveda Gutiérrez, M. Shi, M. Solari Tudela, M. Thiam, M. Tomuschat, M. Yankov.

Responsabilité des Etats (suite) [A/CN.4/416 et Add.1¹, A/CN.4/L.431, sect. G]

[Point 2 de l'ordre du jour]

Deuxième et troisième parties du projet d'articles²

RAPPORT PRÉLIMINAIRE DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (suite)

ARTICLE 6 (Cessation d'un fait internationalement illicite à caractère continu) et

ARTICLE 7 (Restitution en nature)³ [suite]

1. M. RAZAFINDRALAMBO, poursuivant l'intervention commencée à la séance précédente, note que le Rapporteur spécial rejette, dans le projet d'article 7 de la deuxième partie, présenté par son prédécesseur, la proposition qui tendait à établir un régime spécial en cas de violation des règles sur le traitement des étran-

gers : pour le Rapporteur spécial, toutes les mesures prises pour faire cesser le fait illicite dont peut avoir été victime un ressortissant étranger relèvent de la réparation d'un dommage subi par l'Etat d'allégeance lui-même, et de la restitution en nature. Sans doute existe-t-il des degrés dans l'étendue du dommage, et peut-il arriver, par exemple, que la violation d'une règle sur le traitement des étrangers soit en même temps un acte commis dans l'intention de porter préjudice à l'Etat : c'est dans cette hypothèse qu'on peut peut-être parler de « préjudice direct ». C'est ce qui se produit souvent en cas de violation des droits civils, économiques, sociaux et culturels des travailleurs immigrés venant des pays du tiers monde. Il n'en demeure pas moins que, dans tous les cas, il ne peut et ne doit exister en principe qu'un seul mode de réparation en conséquence d'un fait ou d'un comportement illicite. C'est donc avec raison que le Rapporteur spécial propose de faire de la restitution en nature une règle de portée générale.

2. En ce qui concerne les exceptions à cette règle, le rapport préliminaire du Rapporteur spécial (A/CN.4/416 et Add.1) contient des considérations intéressantes sur les cas d'impossibilité de la restitution en nature, auxquelles M. Razafindralambo ne peut que souscrire. Comme le Rapporteur spécial, il estime qu'aucun obstacle légal ne peut découler du droit interne. C'est aussi à juste titre, lui semble-t-il, que le Rapporteur spécial écarte l'opinion exprimée par son prédécesseur, selon laquelle l'Etat auteur ne serait pas tenu de l'obligation de restitution en nature si celle-ci était en violation de sa compétence nationale : l'argument développé à ce sujet (*ibid.*, par. 89) paraît tout à fait convaincant. Le Rapporteur spécial propose cependant, dans le nouveau projet d'article 7, d'admettre comme obstacle à la restitution le caractère trop onéreux de la charge imposée à l'Etat auteur, qui mettrait en cause le juste équilibre entre les intérêts antagonistes en présence. Cette proposition fait application du principe de la proportionnalité entre, d'une part, la gravité de la violation et du dommage et, d'autre part, la qualité et la quantité de la réparation — par exemple dans l'hypothèse où la restitution risquerait de menacer sérieusement le système politique, économique ou social de l'Etat. Visant à la sauvegarde de la stabilité et de la paix internationales, elle relève du développement progressif du droit international et mérite donc que l'on s'y rallie.

3. Le Rapporteur spécial propose une autre innovation importante, qui consisterait à donner à l'Etat lésé la faculté de choisir entre la restitution en nature et la réparation pécuniaire, choix auquel l'Etat auteur serait tenu de consentir — ce que le Rapporteur spécial justifie en disant que c'est à la faute de l'Etat auteur qu'est dû le dommage. M. Razafindralambo se demande s'il n'y a pas là une contradiction avec l'idée de fonder la restitution en nature sur la nécessité de rétablir la situation qui aurait prévalu si le fait illicite n'était pas survenu. L'affaire de l'*Usine de Chorzów*, citée par le Rapporteur spécial à l'appui de sa proposition (*ibid.*, par. 110), n'est pas tout à fait concluante, vu qu'en l'espèce il n'y avait plus identité entre l'état de l'usine lors de la prise de possession et son état au moment de la demande en réparation : on peut donc y voir un cas d'impossibilité matérielle de restitution, plutôt que la

¹ Reproduit dans *Annuaire... 1988*, vol. II (1^{re} partie).

² La première partie du projet d'articles (Origine de la responsabilité internationale), dont les articles 1 à 35 ont été adoptés en première lecture, figure dans *Annuaire... 1980*, vol. II (2^e partie), p. 29 et suiv.

Les articles 1 à 5 de la deuxième partie du projet (Contenu, formes et degrés de la responsabilité internationale), adoptés provisoirement par la Commission à ses trente-cinquième et trente-septième sessions, figurent dans *Annuaire... 1985*, vol. II (2^e partie), p. 24. Pour le texte des autres articles de la deuxième partie du projet — art. 6 à 16 — que la Commission a renvoyés au Comité de rédaction à ses trente-sixième et trente-septième sessions, *ibid.*, p. 20, note 66.

Les articles 1 à 5 et l'annexe de la troisième partie du projet (« Mise en œuvre » de la responsabilité internationale et règlement des différends) ont été examinés par la Commission à sa trente-huitième session et renvoyés au Comité de rédaction. Pour le texte, voir *Annuaire... 1986*, vol. II (2^e partie), p. 37 et 38, note 86.

³ Pour le texte, voir 2102^e séance, par. 40.

volonté réelle de l'Etat demandeur de renoncer à la restitution.

4. Quoi qu'il en soit, la liberté de choix de l'Etat lésé risque de conduire à des abus, et la condition dont le Rapporteur spécial propose de l'assortir — l'Etat auteur ne doit pas être injustement désavantagé — semble difficile à mettre en œuvre. Ne serait-il pas préférable de prévoir que l'Etat lésé et l'Etat auteur peuvent s'entendre sur une indemnisation pécuniaire en remplacement de la restitution en nature ? Il suffirait pour cela de modifier le début du paragraphe 4 du projet d'article 7, en remplaçant le mot « demander » par le mot « accepter » et l'expression « en temps opportun » par l'expression « le cas échéant » ou « dans tous les cas ».

5. M. Razafindralambo pense que les nouveaux projets d'articles 6 et 7 peuvent être renvoyés au Comité de rédaction.

6. M. CALERO RODRIGUES approuve, dans l'ensemble, les changements que le Rapporteur spécial, dans son rapport préliminaire (A/CN.4/416 et Add.1), suggère d'apporter au plan de travail des deuxième et troisième parties du projet d'articles. En particulier, le Rapporteur spécial a raison de proposer que l'on examine séparément les conséquences des délits internationaux et celles des crimes. Au lieu de rechercher le plus petit dénominateur commun entre les deux catégories, mieux vaut adopter d'abord les dispositions relatives aux délits, et voir ensuite dans quelle mesure elles s'appliquent aussi aux crimes.

7. M. Calero Rodrigues pense également que la Commission devrait, du moins pour le moment, suivre la proposition du Rapporteur spécial et considérer la troisième partie du projet du point de vue du règlement pacifique des différends découlant de la responsabilité des Etats, et non du point de vue de la mise en œuvre (*ibid.*, par. 19) — ce qui suppose que certains des articles proposés par le précédent Rapporteur spécial, en particulier les articles 1, 2 et 3, seront retirés de la troisième partie pour être placés dans la deuxième partie.

8. En ce qui concerne le plan proposé par le Rapporteur spécial (*ibid.*, par. 20), deux nouveaux articles ont été jusqu'ici présentés pour la section I (Droits fondamentaux de l'Etat lésé et obligations correspondantes de l'Etat « auteur ») du chapitre II (Conséquences juridiques découlant d'un délit international) de la deuxième partie du projet.

9. Le texte proposé par le Rapporteur spécial pour l'article 6, relatif à la cessation, est plus concis et plus satisfaisant que celui de l'alinéa *a* du paragraphe 1 du projet d'article 6 proposé par le précédent Rapporteur spécial, bien qu'il n'y ait pas, sur le fond, de différence entre les deux textes. M. Calero Rodrigues est tout à fait convaincu par l'argumentation dans le rapport (*ibid.*, par. 39 à 62), qui montre que la cessation a des caractéristiques propres, par lesquelles elle se distingue de la réparation. Il ne partage pas sur ce point l'opinion de M. Barboza (2102^e séance). La considération essentielle, comme le dit le Rapporteur spécial, est que l'obligation primaire — celle dont la violation constitue le fait illicite — continue d'exister, et que la cessation

du fait illicite est une conséquence de cette obligation primaire. Par contre, M. Calero Rodrigues pense que le projet d'article 6 n'a pas sa place dans le chapitre II de la deuxième partie, relatif aux conséquences juridiques des délits internationaux, et qu'il faudra plutôt l'inclure dans le chapitre I^{er}, consacré aux principes généraux. Il y a des arguments théoriques qui militent en faveur de cette suggestion : ce sont ceux que donne le Rapporteur spécial lui-même dans son rapport (A/CN.4/416 et Add.1, notamment par. 31 et 40). Mais l'argument décisif est d'ordre pratique. En effet, le Rapporteur spécial dit que, dans la réparation, « c'est par une décision de l'Etat lésé qu'un mécanisme juridique secondaire est mis en branle. Si l'Etat lésé ne présente pas de demande de réparation, la relation juridique secondaire ne peut pas apparaître » (*ibid.*, par. 55). On peut en déduire que les dispositions du chapitre II ne seront pas appliquées dans un tel cas, tandis que l'obligation de cessation, toujours selon le Rapporteur spécial, doit être considérée « non seulement comme présente, mais aussi comme effective, sur la seule base de la règle primaire, indépendamment de toute représentation ou demande de l'Etat lésé » (*ibid.*). La disposition sur la cessation doit donc bien figurer dans le chapitre I^{er}.

10. Passant au projet d'article 7, relatif à la restitution, M. Calero Rodrigues pense que, comme le Rapporteur spécial l'a remarqué (*ibid.*, par. 114), la restitution en nature prime tout autre mode de réparation, puisqu'elle permet de réparer le préjudice de manière « naturelle », « directe » et « intégrale ». Pourtant, la notion de restitution en nature n'est pas définie de façon uniforme. Pour certains, elle s'entend du rétablissement de la situation qui existait au moment où l'acte illicite a été commis ; d'autres l'interprètent comme le rétablissement de la situation qui aurait existé si l'acte illicite n'avait pas été commis. M. Calero Rodrigues préfère cette seconde interprétation, comme semblent le faire aussi le Rapporteur spécial et les membres de la Commission — M. Reuter et M. Graefrath notamment — qui ont écrit sur la question. Cependant, et c'est une lacune, le Rapporteur spécial ne précise pas, dans le projet d'article 7, laquelle de ces deux interprétations doit être retenue. M. Calero Rodrigues pense de toute façon qu'il serait préférable d'éviter l'expression « restitution en nature », qui n'est pas assez explicite. La formule utilisée à l'alinéa *c* du paragraphe 1 du projet d'article 6, proposée par le précédent Rapporteur spécial, qui mentionnait le rétablissement de l'« état qui existait avant que la violation n'ait été commise », présente, bien que préférable, un double défaut : elle convient pour le cas où le fait illicite était une action, mais pas pour celui où c'était une omission ; et elle consacre la première interprétation du mot « restitution ». Il faudrait plutôt mentionner, par exemple, le rétablissement de l'« état qui aurait existé si l'acte illicite n'avait pas été commis ».

11. Comme le Rapporteur spécial, M. Calero Rodrigues pense que la restitution est un mode de réparation qui doit être appliqué de manière aussi large et universelle que possible, et qu'il n'y a pas lieu de prévoir un régime spécial pour les violations des règles sur le traitement des étrangers, comme le faisait le précédent Rapporteur spécial dans le projet d'article 7 qu'il avait

proposé. Les arguments présentés dans le rapport (*ibid.*, par. 104 à 108 et 121) sont, à cet égard, tout à fait convaincants. Mais, si la restitution doit s'appliquer à tous les faits illicites, elle ne peut pour autant s'appliquer dans toutes les circonstances. On pourrait dire, en simplifiant à l'extrême, que la restitution ne doit pas s'appliquer lorsqu'il est impossible d'y procéder : c'est la formule utilisée par le Rapporteur spécial (*ibid.*, par. 85). La chose est évidente dans les cas où la nature de l'événement et de ses effets nocifs rend la *restitutio* physiquement impossible : l'impossibilité matérielle entraîne alors une impossibilité juridique. Mais ce qu'il faut se demander, c'est s'il peut y avoir impossibilité juridique, alors même que la restitution est matériellement possible. Dans le nouveau projet d'article 7 (par. 1, al. *b*), le Rapporteur spécial admet cette impossibilité lorsque la restitution serait contraire à une norme impérative du droit international général, et notamment à la Charte des Nations Unies. On ne peut que l'approuver, encore qu'une telle situation paraisse peu probable. On voit mal, en effet, comment la restitution pourrait être contraire à une norme impérative, à moins que l'obligation primaire dont elle découle ne le soit aussi — auquel cas elle serait dépourvue d'effets juridiques, et la question ne se poserait pas.

12. D'autre part, le Rapporteur spécial refuse de considérer comme des cas d'impossibilité juridique celui où la restitution serait contraire à une obligation de l'Etat auteur à l'égard d'un Etat tiers, et celui où elle serait contraire au droit interne de l'Etat auteur. M. Calero Rodrigues l'approuve entièrement. Par contre, il est hostile à l'exception prévue dans l'alinéa *c* du paragraphe 1 et dans le paragraphe 2 du projet d'article 7, qui écarterait la restitution lorsque celle-ci est « trop onéreuse » pour l'Etat auteur, ou « représente une charge disproportionnée par rapport au dommage », ou « menace sérieusement le système politique, économique ou social » de l'Etat auteur. Etant donné que la restitution en nature est en quelque sorte l'exécution tardive d'une obligation, les arguments doctrinaux cités à cet égard par le Rapporteur spécial (*ibid.*, par. 99 et 100) manquent de force convaincante. Quant au principe de la proportionnalité entre la gravité du dommage et l'étendue de la réparation (*ibid.*, par. 103), il ne peut s'appliquer que dans la relation secondaire entre l'Etat lésé et l'Etat auteur ; mais on ne saurait en faire dépendre la restitution envisagée comme étant l'exécution tardive de l'obligation primaire. Si, par ailleurs, la restitution paraît trop onéreuse, c'est sans doute que l'exécution de l'obligation primaire l'eût été aussi, et qu'une indemnisation pécuniaire le serait également.

13. En outre, il ne faut pas oublier que la Commission a adopté provisoirement l'article 33 de la première partie du projet, qui permet à l'Etat auteur d'invoquer l'état de nécessité lorsque le fait illicite constituait pour lui « le seul moyen de sauvegarder un intérêt essentiel [...] contre un péril grave et imminent » (par. 1, al. *a*). On peut penser que l'Etat qui se trouverait dans la situation visée à l'alinéa *b* du paragraphe 2 du projet d'article 7 serait fondé à invoquer les dispositions de l'article 33, ce qui aurait pour effet d'exclure l'illicéité du fait, sans préjudice des questions que peut poser l'indemnisation du dommage (première partie, art. 35).

M. Calero Rodrigues n'est donc pas partisan de retenir le caractère trop onéreux de la restitution comme exception à l'obligation de restituer.

14. S'agissant enfin de la question de savoir s'il faut laisser à l'Etat lésé la faculté de choisir entre restitution en nature et indemnisation pécuniaire (*ibid.*, par. 109 à 113), M. Calero Rodrigues est d'avis d'adopter, pour le moment, la position prise par le Rapporteur spécial, et de revenir sur la question lorsqu'un projet d'article sur l'indemnisation pécuniaire sera présenté. Par contre, il ne pense pas qu'il faille donner à l'Etat lésé la possibilité d'exiger qu'une partie de la réparation soit fournie sous forme d'indemnisation pécuniaire, alors que la restitution intégrale en nature est possible.

15. M. MAHIOU dit que les membres n'ont pu que bénéficier du délai qui leur a été donné entre la présentation et l'examen de l'excellent rapport préliminaire du Rapporteur spécial (A/CN.4/416 et Add.1).

16. Faisant quelques observations d'ordre général avant de passer aux projets d'articles, M. Mahiou relève que l'approche suivie par le Rapporteur spécial pour les deuxième et troisième parties du projet se rattache, à quelques points près, à celle de son prédécesseur et au plan général du sujet retenu par la Commission à sa vingt-septième session, en 1975⁴. Le Rapporteur spécial propose, cependant, des corrections d'ordre méthodologique qui entraînent une nouvelle articulation de la deuxième partie. La première de ces corrections porte sur la distinction à faire entre les conséquences des crimes internationaux et celles des délits. M. Mahiou approuve cette façon d'aborder la question, d'autant plus que le Rapporteur spécial signale qu'il sera toujours possible d'y renoncer si elle s'avère peu utile. Le rapport est d'ailleurs clair à ce sujet (*ibid.*, par. 18) : il y est souligné que l'aspect méthodologique du travail de la Commission ne doit pas influencer sur ses options de fond. L'autre correction concerne la question du règlement des différends. Ici, le Rapporteur spécial prend un certain recul par rapport à son prédécesseur, qui traitait en même temps de deux choses peut-être différentes : les conditions à remplir pour qu'un Etat lésé puisse légalement agir contre l'Etat auteur, et les procédures de règlement des différends proprement dites. Mieux vaut en effet en traiter séparément, puisque les conditions à remplir relèvent de la deuxième partie du projet, alors que les procédures de règlement des différends relèvent de la troisième partie.

17. Passant aux projets d'articles, M. Mahiou note que le Rapporteur spécial pense, non sans raison, que les difficultés rencontrées par la Commission et le Comité de rédaction au sujet du projet d'article 6 de la deuxième partie, proposé par le précédent Rapporteur spécial, résultent d'une autre difficulté, liée à la distinction entre la cessation et les autres modes de réparation. Après examen de la doctrine et de la pratique, le Rapporteur spécial parvient à trois conclusions : premièrement, la cessation doit être expressément prévue dans le projet ; deuxièmement, il faut en expliciter la portée ; et, troisièmement, elle doit faire l'objet d'un projet d'article distinct de ceux relatifs aux autres

⁴ *Annuaire... 1975*, vol. II, p. 60 et 61, doc. A/10010/Rev.1, par. 38 à 44.

modes de réparation. M. Mahiou n'a rien à redire aux première et troisième conclusions. Mais le problème de la portée de la cessation est plus délicat. Le Rapporteur spécial se livre, à ce propos, à une démonstration dans laquelle il relève les rapprochements et, parfois, les confusions entre cessation et restitution, en disant notamment (*ibid.*, par. 31) qu'« il est malaisé de cerner la notion de cessation », qui ne se rattache pas aux règles secondaires, mais plutôt aux règles primaires. Si tel est le cas, il ne devrait pas en être question dans la deuxième partie. Mais le Rapporteur spécial admet également que : « Bien qu'elle n'entre pas dans le champ étroit de la réparation ou des conséquences juridiques du fait illicite, la cessation se rattache à ces dernières au sens large. » (*Ibid.*, par. 32.) A ce point de vue, la cessation aurait sa place dans la deuxième partie. M. Barboza a esquissé (2102^e séance) un intéressant débat doctrinal à cet égard, dans lequel M. Mahiou évitera cependant de se lancer, de crainte d'éloigner la Commission de ses préoccupations immédiates, qui consistent à formuler une disposition sur la cessation ; la place de cette disposition sera décidée plus tard.

18. Un point de l'analyse du Rapporteur spécial mérite néanmoins que l'on s'y arrête, à savoir l'introduction de l'idée (A/CN.4/416 et Add.1, par. 38 *in fine*) d'une action ou d'une omission comportant une phase initiale propre à conduire au fait illicite lui-même — phase initiale qui autoriserait l'Etat susceptible d'être lésé à prendre certaines mesures, et notamment à avertir l'Etat potentiellement auteur qu'il doit renoncer à cette phase initiale sous peine d'engager sa responsabilité. Tout en comprenant le souci du Rapporteur spécial, M. Mahiou trouve difficile de lui donner une place dans le projet, car il s'agit plutôt d'un problème de prévention. En somme, dans la mesure où l'on se trouve au seuil de la responsabilité internationale, la question relèverait plutôt du sujet confié à M. Barboza. Tout compte fait, la notion de phase initiale risque de poser plus de problèmes qu'elle n'en résoudrait et M. Mahiou hésite d'autant plus à la faire sienne qu'il lui paraît bien difficile d'identifier l'Etat potentiellement lésé : identifier l'Etat effectivement lésé n'est déjà pas si facile dans certains cas.

19. En ce qui concerne la *restitutio in integrum*, les travaux du Rapporteur spécial aident à tirer au clair les éléments de base qui doivent guider les travaux de la Commission, et M. Mahiou souscrit dans l'ensemble à son raisonnement, y compris lorsqu'il rectifie certaines analyses de son prédécesseur, voire certains commentaires de la Commission elle-même. Il est logique, par exemple, de considérer que la restitution en nature prime sur tout autre mode de réparation (*ibid.*, par. 116). Il est normal aussi de prévoir les cas où cette restitution en nature n'est pas possible, comme le Rapporteur spécial l'a fait au paragraphe 1 du nouveau projet d'article 7. Mais il reste quelques points sur lesquels les doutes de M. Mahiou ne sont pas entièrement dissipés.

20. C'est ainsi que, d'après le Rapporteur spécial, l'obligation de restitution ne saurait être affectée, ni par un obstacle juridique découlant du droit interne de l'Etat auteur, ni par l'existence d'une autre obligation internationale, sauf si celle-ci découle d'une règle impérative. Pour illustrer le second cas, le Rapporteur spé-

cial a cité l'exemple d'un Etat A qui, devant opérer une restitution en faveur d'un Etat B, s'en abstient pour se conformer à une obligation envers un Etat C, en ajoutant qu'il y aurait là « un obstacle de caractère factuel plutôt que juridique » (*ibid.*, par. 87). Mais pourquoi qualifier la première situation de juridique, et la seconde de factuelle ? Sur quelle base l'Etat A, confronté à deux obligations, devrait-il admettre la primauté de l'une d'entre elles ? En fait, il semble bien qu'en l'occurrence les deux obligations soient équivalentes et qu'aucune raison ne milité contre la liberté de choix de l'Etat A. C'est peut-être que, dans ce cas de figure, le Rapporteur spécial ne prend pas en considération la nature et l'objet de l'obligation, alors qu'il faudrait en tenir compte pour déterminer laquelle de ces deux obligations internationales et équivalentes doit prévaloir. Si, par exemple, l'action de l'Etat A qui lèse l'Etat B est simplement atteinte d'un vice de forme, et si la restitution est de nature à porter atteinte à une obligation tout aussi importante de l'Etat A envers l'Etat C, ce simple vice de forme entraînera-t-il la *restitutio in integrum* ? Il est ainsi des situations où la règle de la *restitutio in integrum*, invoquée avec rigidité, pourrait avoir des conséquences paradoxales.

21. Pour ce qui est de la règle dite de la compétence nationale, qui pose en particulier le problème des nationalisations, le Rapporteur spécial, prenant une position différente de celle de son prédécesseur, dit ne pas voir dans la notion de compétence nationale une exception possible à l'obligation de restitution. Il rejette donc l'exception qu'avait prévue son prédécesseur en matière de traitement des étrangers, en réfutant la distinction entre dommages directs et indirects. M. Mahiou partage cette analyse : la distinction entre dommages directs et indirects n'est pas une base assez solide pour qu'on puisse en déduire une exception à l'obligation de restitution. D'ailleurs, le précédent Rapporteur spécial n'en paraissait pas lui-même parfaitement convaincu. En revanche, le problème suivant, que posait le précédent Rapporteur spécial, à savoir s'il faut permettre la restitution en cas de nationalisation opérée en violation d'une règle de droit international, est bien réel, et l'on ne peut pas l'esquiver. Le Rapporteur spécial actuel est conscient de cet écueil, et, pour ne pas se laisser enfermer dans la règle rigide de la *restitutio in integrum*, suggère une solution fondée sur le caractère excessif de la charge imposée : il est d'avis que ce critère permettrait de protéger la liberté des Etats de procéder aux réformes économiques et sociales qu'ils jugent nécessaires. En fait, cependant, il faut bien constater que c'est moins l'aspect trop onéreux de la charge qui est en jeu que le respect des options politiques, économiques et sociales des Etats. Il y a donc quelque chose d'un peu artificiel à établir un lien entre l'exception à la restitution et la charge excessive, et mieux vaudrait fonder cette exception sur le respect du système politique, économique et social des Etats. Du reste, c'est ce que fait le Rapporteur spécial dans le nouveau projet d'article 7 lui-même, où apparaissent les deux formules. En définitive, M. Mahiou approuve donc ce texte, même si le raisonnement qui est à sa base ne lui semble pas assez clairement exposé dans les explications du Rapporteur spécial. Par ailleurs, à l'alinéa b du paragraphe 2 de l'article, le terme « menace » ne paraît pas convenir, et il

serait plus normal de parler de l'« incompatibilité » entre la restitution et le système politique, économique et social de l'Etat auteur.

22. M. Mahiou pense que les nouveaux projets d'articles 6 et 7 proposés peuvent être renvoyés au Comité de rédaction.

23. M. ROUCOUNAS félicite le Rapporteur spécial pour le remarquable travail de synthèse de son rapport préliminaire (A/CN.4/416 et Add.1). Il approuve son option méthodologique, fondée sur la distinction retenue par la Commission à l'article 19 de la première partie du projet entre « crimes internationaux » et « délits internationaux », qui consiste à examiner séparément les conséquences juridiques de ces deux catégories de faits illicites, de manière à faire apparaître clairement, d'une part, les droits et les devoirs des parties quant aux diverses formes de réparation et à la cessation du fait illicite et, d'autre part, les droits et les facultés de l'Etat lésé d'obtenir réparation et/ou d'imposer des sanctions. Cette démarche intellectuelle et pratique, qui correspond à l'évolution du droit international contemporain, se justifie, malgré les hésitations exprimées par certains milieux et ce, pour essayer d'y voir plus clair.

24. Passant à la question de la cessation du fait internationalement illicite, M. Roucounas dit que le Rapporteur spécial présente un état plein de pertinence de la doctrine et de la pratique internationale en la matière, pour en dégager, en dépit des divergences parfois fondamentales que l'on peut constater, la règle qu'il propose d'énoncer dans le nouveau projet d'article 6. M. Roucounas approuve *a priori* cette proposition, et souscrit à l'idée que la cessation en tant que telle remplit une fonction correctrice qui relève d'un ordre différent de celui de la réparation, et mérite, à ce titre, de faire l'objet d'une disposition distincte. A cet égard, M. Roucounas souligne le vif intérêt de l'analyse que M. Barboza a faite (2102^e séance) de l'« obligation primaire » et de l'« obligation secondaire ». Il note aussi que le Rapporteur spécial, dans son rapport (A/CN.4/416 et Add.1, par. 61), indique que la question de la cessation n'est nécessairement liée ni à une obligation primaire ni à une obligation secondaire. Il note aussi que, selon Combacau et Alland, l'obligation de cessation est un substitut de l'obligation primaire (*substitute primary obligation*)⁵ : elle ne serait donc ni une obligation primaire, ni une obligation secondaire. M. Roucounas en déduit qu'il serait préférable de placer le projet d'article 6 dans la partie du projet consacrée aux principes généraux, plutôt que dans la partie réservée aux conséquences juridiques à proprement parler du fait internationalement illicite.

25. Relevant que le Rapporteur spécial fait une distinction entre le fait continu et le fait dont les effets sont continus, et signale que la demande de cessation est recevable à partir du moment où le seuil d'illicéité est franchi, M. Roucounas craint, comme M. Mahiou, que des difficultés ne surgissent, inhérentes à l'action attendue de l'Etat fautif lorsque celui-ci serait appelé à prendre conscience du fait que son comportement va

dégénérer en fait internationalement illicite. C'est en effet s'engager sur un terrain quelque peu périlleux que de supposer que la législation interne, telle qu'elle existe à un moment ou à un autre, soit susceptible de créer des conditions propices à la commission d'un acte illicite. Cette démarche, qui pourrait être qualifiée de monisme « avancé », est peut-être suivie au sein de la Communauté, mais cette organisation est un cas à part, car son ordre juridique même est un cas à part. Pour sa part, M. Roucounas se demande si, en l'état actuel des choses, la communauté internationale est prête à aller aussi loin.

26. Il est intéressant de noter que le Rapporteur spécial fait aussi une distinction fondamentale entre le droit de demander la cessation du fait internationalement illicite — droit qui existe aussi longtemps que la violation se poursuit, mais qui s'éteint avec la cessation — et le droit à réparation, lequel subsiste même si la violation a cessé et tant qu'il n'y a pas été répondu.

27. Réagissant aux remarques du Rapporteur spécial sur la différence de fonction entre les mesures conservatoires et la cessation du fait internationalement illicite, M. Roucounas dit qu'en effet ces mesures ont pour but de faire cesser le fait illicite pour préserver les droits des parties lorsqu'il y a danger de préjudice irréparable, mais qu'elles dépendent de la compétence de l'instance saisie — la CIJ ou le Conseil de sécurité, par exemple. Or, si l'Etat lésé peut toujours demander la cessation du fait internationalement illicite par voie de demande de mesures conservatoires, il se peut aussi que l'instance saisie ne le suive pas sur cette voie. Il n'en demeure pas moins que le droit de l'Etat lésé de demander la cessation, et l'obligation de l'Etat auteur de cesser le fait internationalement illicite subsistent même en l'absence de mesures conservatoires.

28. Il est une autre raison pour laquelle M. Roucounas estime justifiée la présence d'une règle distincte sur la cessation du fait internationalement illicite : elle tient à l'intérêt légitime en cause. En effet, se fondant sur une ébauche de jurisprudence de la CIJ, la Commission, au paragraphe 3 de l'article 5 de la deuxième partie, tel qu'adopté provisoirement, a opposé aux obligations *erga omnes* de l'Etat un droit correspondant appartenant à tous les Etats réputés lésés, si le fait internationalement illicite constitue un crime international. Ainsi, déterminer qui a qualité pour agir en cas de fait internationalement illicite dépend de la qualification du fait illicite lui-même — délit international ou crime international. Si ce fait est un crime, tous les Etats ont qualité pour en demander la cessation, mais ils ne jouissent pas tous du droit à réparation.

29. Notant enfin que le Rapporteur spécial a placé la disposition sur la cessation dans la partie du projet traitant des conséquences juridiques découlant des délits internationaux (chap. II de la deuxième partie) [*ibid.*, par. 20], M. Roucounas fait observer que, si cette disposition n'est pas transférée dans la partie consacrée aux principes généraux (chap. I^{er}), elle devra être reprise sous la même forme dans la partie consacrée aux conséquences juridiques découlant des crimes internationaux (chap. III).

La séance est levée à 11 h 30.

⁵ J. Combacau et D. Alland, « *Primary and secondary rules in the law of State responsibility : Categorizing international obligations* », *Netherlands Yearbook of International Law*, 1985, La Haye, vol. XVI, p. 97.