

Document:-
A/CN.4/SR.2122

Compte rendu analytique de la 2122e séance

sujet:
<plusiers des sujets>

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>)*

dont le texte était conçu de manière à viser les exceptions qui pourraient naître, à l'avenir, des modifications ou de l'évolution du droit international coutumier, et aussi à tenir compte des écarts éventuels entre les articles à l'examen et le droit interne. La seconde solution n'a été acceptée par personne. Aucune des deux solutions proposées ne peut donc servir de base de travail. Le Rapporteur spécial n'a pas retenu la proposition de l'Australie de reformuler la phrase entre crochets à l'article 6 (A/CN.4/410 et Add.1 à 5), parce que, quant au fond, elle semblait peu différente de la phrase elle-même. Il espère que le Comité de rédaction s'attachera à trouver une formule qui comblera, ne fût-ce que pour le moment, les écarts entre le projet d'articles et les législations nationales, en utilisant, par exemple, un protocole additionnel.

70. La plupart des membres qui ont pris la parole sur l'article 7 approuvent le nouveau texte proposé (A/CN.4/415, par. 79), mises à part certaines réserves de forme ou la suppression éventuelle du paragraphe 3. Ce paragraphe a déjà été simplifié par rapport au texte adopté, mais le Rapporteur spécial ne voit pas d'inconvénient à ce que le Comité de rédaction le simplifie encore.

71. Le Rapporteur spécial note, à propos de l'article 8, que plusieurs membres appuient sa proposition relative à l'alinéa *c* (*ibid.*, par. 93), mais d'autres proposent de le remanier, par exemple en assouplissant la procédure envisagée de manière à admettre le consentement exprès par la voie diplomatique. Bien que l'alinéa *a* lui paraisse suffisant à cet égard, il ne s'oppose pas à ce que la question soit soumise au Comité de rédaction. M. Koroma (2118^e séance) n'a pas accepté les explications concernant l'alinéa *b* données dans le rapport préliminaire (A/CN.4/415, par. 89) et a dit qu'il fallait prévoir les changements fondamentaux de circonstances en cas de force majeure. Le Rapporteur spécial n'est pas très favorable à cette théorie, parce qu'elle fait beaucoup dépendre de l'appréciation unilatérale d'une partie et parce que historiquement elle a été invoquée de façon abusive avant ou pendant la seconde guerre mondiale — dans un contexte différent, il est vrai. Il s'en tient donc à ce qu'il disait sur ce point dans son rapport préliminaire.

72. En ce qui concerne, enfin, l'article 9, le Rapporteur spécial précise que la réserve qu'il recommandait d'ajouter au paragraphe 1 (*ibid.*, par. 100), à savoir « Cependamment, si l'Etat prouve au tribunal [...] à condition de le faire sans retard », ne vise que l'alinéa *b* dudit paragraphe, et il note qu'elle a été acceptée par plusieurs membres. Plusieurs membres ont également accepté le nouveau paragraphe 3 proposé, relatif à l'effet de la comparution comme témoin d'un représentant d'un Etat devant le tribunal d'un autre Etat. Quelques membres s'y sont déclarés opposés, mais sans que les motifs de cette opposition apparaissent clairement. Pour sa part, il persiste à trouver nécessaire ce nouveau paragraphe. Quant aux modifications de forme qui ont été faites à propos de cet article, elles pourront être examinées par le Comité de rédaction.

La séance est levée à 13 heures.

2122^e SÉANCE

Mercredi 21 juin 1989, à 10 heures

Président : M. Bernhard GRAEFRATH

Présents : le prince Ajibola, M. Al-Baharna, M. Al-Khasawneh, M. Al-Qaysi, M. Arangio-Ruiz, M. Barboza, M. Barsegov, M. Beesley, M. Bennouna, M. Calero Rodrigues, M. Díaz González, M. Eiriksson, M. Francis, M. Hayes, M. Koroma, M. Mahiou, M. McCaffrey, M. Njenga, M. Ogiso, M. Pawlak, M. Sreenivasa Rao, M. Razafindralambo, M. Reuter, M. Roucounas, M. Shi, M. Solari Tudela, M. Thiam, M. Tomuschat, M. Yankov.

Immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens (*fin*) [A/CN.4/410 et Add.1 à 5¹, A/CN.4/415², A/CN.4/422 et Add.1³, A/CN.4/L.431, sect. F]

[Point 3 de l'ordre du jour]

DEUXIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*fin*)

EXAMEN DU PROJET D'ARTICLES⁴ EN DEUXIÈME LECTURE (*fin*)

1. M. OGISO (Rapporteur spécial), poursuivant le résumé du débat, note qu'un membre a appuyé la suggestion de l'Australie (A/CN.4/410 et Add.1 à 5) de combiner les paragraphes 1 et 2 de l'article 10. Cette question est d'ordre rédactionnel et le mieux est de la renvoyer au Comité de rédaction.

2. Certains membres ont exprimé des doutes quant à l'applicabilité du nouveau paragraphe 4 (A/CN.4/415, par. 107) que le Rapporteur spécial recommande d'ajouter pour tenir compte d'une suggestion du Gouvernement thaïlandais. Ce paragraphe a pour objet de limiter l'effet d'une demande reconventionnelle formée contre un Etat étranger. L'article 10 tel qu'adopté s'applique aux demandes reconventionnelles formées contre un Etat étranger qui a intenté une action devant un tribunal d'un autre Etat ou est intervenu dans cette action. Les paragraphes 1 et 2 disposent que, si un Etat étranger, qui est lui-même en droit d'invoquer l'immunité, engage une procédure dans l'Etat du for ou y intervient, et qu'une demande reconventionnelle est formée contre lui, cet Etat ne jouira pas de l'immunité à l'égard de cette demande reconventionnelle si celle-ci est fondée sur le même rapport de droit ou sur les mêmes faits que la demande principale. En vertu du paragraphe 4 proposé, la demande reconventionnelle formée contre un Etat étranger n'aura d'effet juridique que pour autant qu'elle aura un objet dont le quantum ne dépassera pas celui de la demande principale. Si le quantum de l'objet visé par la demande reconvention-

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

² *Ibid.*

³ Reproduit dans *Annuaire... 1989*, vol. II (1^{re} partie).

⁴ Pour le texte, voir 2114^e séance, par. 31.

nelle dépasse celui de la demande principale, l'effet juridique de la demande reconventionnelle se traduira, dans la pratique, par une compensation. Si toutefois la demande ou la demande reconventionnelle devient l'objet d'un litige, l'évaluation de cette demande ou de cette demande reconventionnelle posera des problèmes complexes. Le Rapporteur spécial n'est pas expert en affaires contentieuses et se dit prêt à retirer sa proposition, si elle doit se heurter à une vive opposition. On peut néanmoins citer, à titre d'exemple, le cas d'un Etat étranger qui engage une procédure devant un tribunal de l'Etat du for ou y intervient. Le défendeur B peut alors acquérir, auprès de diverses sources, des dettes attribuables à l'Etat A et s'en servir pour introduire contre l'Etat A une demande reconventionnelle qui aura un objet dont le quantum dépassera de loin celui de l'objet visé par la demande initiale dudit Etat. C'est cette éventualité que le Rapporteur spécial entendait empêcher en formulant le nouveau paragraphe 4, dont la forme demande certes à être améliorée.

3. Bien que la majorité des membres préfèrent l'expression « Exceptions à », dans le titre de la troisième partie du projet, le Rapporteur spécial demeure convaincu qu'il ne faut trancher la question qu'au stade de la deuxième lecture, lorsque le projet tout entier sera devenu plus clair. On pourrait renvoyer au Comité de rédaction l'intéressante suggestion de M. McCaffrey de remanier le texte de ce titre comme suit : « Cas dans lesquels l'immunité des Etats ne peut être invoquée devant les tribunaux d'un autre Etat » (2117^e séance, par. 91).

4. La recommandation du Rapporteur spécial de remplacer, au paragraphe 1 de l'article 11, le membre de phrase « est censé avoir consenti à l'exercice de cette juridiction » par « ne peut invoquer l'immunité à l'égard de cette juridiction » a rencontré un large appui. En revanche, certains membres désapprouvent la notion de lien juridictionnel qu'expriment les mots « en vertu des règles applicables de droit international privé ». Sur ce point, le Rapporteur spécial maintient sa position initiale en raison des divergences qui pourraient exister, entre divers Etats du for, sur le droit applicable aux contrats commerciaux transnationaux. D'aucuns ont suggéré d'assortir de la réserve « A moins que les Etats concernés n'en conviennent autrement » la disposition en cause. Mais, celle-ci étant fondamentale, il serait extrêmement inopportun d'autoriser la moindre dérogation, que ce soit par la voie des accords bilatéraux ou des accords régionaux ou par celle des contrats écrits. Il croit comprendre qu'il n'y a pas de règles de la coutume internationale exigeant l'existence d'un lien suffisant entre le contrat commercial et la compétence du tribunal national. La condition énoncée au paragraphe 1 de l'article 7 de la Convention européenne de 1972 sur l'immunité des Etats est bien trop stricte. Il suffirait donc, pour les besoins en l'espèce, de dire que le tribunal local a généralement des règles ordinaires propres de compétence en ce qui concerne un contrat commercial conclu entre un citoyen du pays et une personne ou une entité étrangère.

5. Le Rapporteur spécial n'a rien à objecter à l'idée de M. Al-Qaysi selon laquelle une disposition d'un contrat commercial qui prévoit que celui-ci sera régi par le

droit d'un autre Etat ne doit pas être interprétée comme constituant un consentement à la juridiction du tribunal de cet Etat. Le Comité de rédaction pourrait examiner cette suggestion, soit à propos de l'article 11, soit à propos de l'article 8.

6. Le nouvel article 11 *bis*, sur les biens d'Etat séparés (A/CN.4/415, par. 122), que le Rapporteur spécial a proposé pour tenir compte des observations de l'Union soviétique et de la République socialiste soviétique de Biélorussie, a soulevé un certain nombre de questions. Au cours du débat, M. Barsegov (2116^e et 2117^e séances) et M. Graefrath (2120^e séance) ont, dans une large mesure, fourni les éclaircissements demandés au sujet de la notion d'« entreprise d'Etat ». En sa qualité de rapporteur spécial, il s'efforcera de donner une définition générale des expressions « entreprise d'Etat » et « biens d'Etat séparés », en s'inspirant de la loi soviétique de 1988 sur les entreprises d'Etat, si on veut bien la lui communiquer. Certains membres ont critiqué l'emploi de l'expression « au nom de l'Etat », en faisant valoir que c'est pour leur propre compte que les entreprises d'Etat concluent des contrats commerciaux avec des sociétés nationales ou étrangères. A la lumière des explications qui ont été fournies au cours du débat, le Rapporteur spécial reconnaît qu'il est préférable de supprimer cette expression.

7. Certains membres ayant souligné qu'il était difficile de distinguer l'entreprise d'Etat de l'Etat lui-même, le Rapporteur spécial espère que l'étude de la loi soviétique sur les entreprises d'Etat permettra d'y voir plus clair. M. Al-Baharna (2119^e séance, par. 1) a fait une suggestion intéressante en proposant un nouveau titre pour l'article 11 *bis*, à savoir « Entreprises d'Etat ». Certains membres se sont demandé si la présence de l'article 11 *bis* était indispensable dans le projet. Cette question est liée à celle de la définition du terme « Etat », dans le nouveau projet d'article 2 relatif aux expressions employées. Il faudrait poursuivre les recherches et soumettre au Comité de rédaction la documentation nécessaire pour lui permettre d'examiner diverses variantes, et notamment les définitions des expressions « entreprises d'Etat » et « biens d'Etat séparés ».

8. Deux variantes d'un texte, correspondant à l'article 11 *bis*, ont été proposées, l'une par M. Shi (2115^e séance, par. 24) et l'autre par M. Barsegov (2117^e séance, par. 1); elles seront renvoyées au Comité de rédaction en même temps que le texte proposé par le Rapporteur spécial. Les deux variantes proposées soulignent que l'entreprise d'Etat est une entité morale distincte de l'Etat. Dans ces conditions, aucune action ne saurait être intentée contre l'Etat lui-même à propos d'un contrat commercial conclu par l'entreprise d'Etat. Si une telle action était intentée à un Etat, celui-ci pourrait invoquer son immunité. Bien qu'ayant jugé utiles les deux propositions, plusieurs membres ont déclaré qu'elles demandaient à être examinées plus avant. Certains membres se sont plus particulièrement interrogés sur la mesure dans laquelle il convenait de reproduire la pratique des pays socialistes dans un instrument qui s'adresse à la communauté internationale en général. S'agissant de cette question de l'applicabilité générale de l'article 11 *bis*, d'autres membres ont préconisé un

examen attentif et détaillé de ses conséquences juridiques pour les pays en développement.

9. Deux membres ont affirmé que l'article 12 était nécessaire, alors que deux autres le jugeaient superflu. Certains membres ont donné leur appui à la recommandation du Rapporteur spécial tendant à supprimer les alinéas *a* et *b* du paragraphe 2 (A/CN.4/415, par. 132), tandis que d'autres s'y sont opposés. En fait, après avoir affirmé au paragraphe 1 que l'immunité des Etats ne s'applique pas en ce qui concerne les contrats de travail en général, l'article 12 tel qu'adopté rétablit en grande partie cette immunité aux alinéas *a* à *e* du paragraphe 2. Plus particulièrement, l'alinéa *b* de ce paragraphe réduit la possibilité d'appliquer la législation locale du travail, en soustrayant au jeu du paragraphe 1 « l'engagement, le renouvellement de l'engagement ou la réintégration d'un candidat », de sorte qu'il devient très difficile de protéger la situation de l'employé en vertu de cette législation. Il convient de noter que ni la Convention européenne de 1972 sur l'immunité des Etats, ni le *State Immunity Act 1978* du Royaume-Uni ne contiennent de dispositions analogues. Dans une affaire récente, qui a été jugée par le tribunal d'arrondissement de Tokyo, une employée japonaise de la Commission des Communautés européennes avait intenté une action à son employeur pour annulation de son licenciement. Elle avait sollicité une ordonnance temporaire de paiement de son salaire, mais l'employeur avait objecté que, si le tribunal rendait une telle ordonnance, il porterait atteinte à l'immunité de juridiction prévue à l'article 32 de la Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques. Dans sa décision, rendue en 1982, le tribunal a conclu que la Commission des Communautés européennes avait renoncé à son immunité en spécifiant dans le contrat de travail que la législation japonaise était la loi applicable au contrat. Quant au fond, le tribunal a décidé que le licenciement était justifié à la lumière du contrat de travail, qui prévoyait un engagement à l'essai ou un engagement temporaire de la plaignante. Comme M. Graefrath l'a relevé, un Etat étranger ne saurait être contraint par l'Etat du for d'employer telle ou telle personne. Pour répondre à cette préoccupation, on pourrait supprimer le terme « engagement », à l'alinéa *b* du paragraphe 2.

10. Dans son deuxième rapport (A/CN.4/422 et Add.1, par. 22), le Rapporteur spécial signalait qu'il fallait revoir la portée de l'article 13. Certains membres ont proposé de supprimer cet article tout entier — certains parce que les cas envisagés dans ce texte sont très peu nombreux, d'autres parce que ces cas sont régis par des accords bilatéraux ou par d'autres traités internationaux. Un membre a souligné qu'on pouvait généralement s'assurer contre les atteintes à l'intégrité physique de la personne ou contre les dommages aux biens ; un autre, que les lois récemment adoptées par un nombre très restreint d'Etats étaient le seul fondement juridique de l'article.

11. S'agissant de la responsabilité de l'Etat, on a dit que l'attribution d'un acte ou d'une omission à un Etat préjugerait la question de la responsabilité des Etats, et qu'il fallait par conséquent préciser la portée de l'article 13. A cet égard, on a souligné qu'il fallait élaborer davantage la portée possible de l'article par rapport à un

certain domaine d'activité attribué à l'Etat étranger et la mesure dans laquelle un tribunal interne pouvait traiter de ce domaine. Plusieurs membres, cependant, se sont déclarés partisans de garder l'article, puisqu'il avait pour but de permettre un procès normal et d'offrir réparation à une personne victime d'une atteinte à son intégrité physique à la suite d'une action menée par un Etat étranger sur le territoire de l'Etat du for.

12. Afin de résoudre les difficultés découlant de l'article 13, on pourrait notamment en limiter le champ aux accidents de la circulation, comme le Rapporteur spécial l'avait d'ailleurs suggéré. Quant à la condition dite de la « présence », d'aucuns ont vivement recommandé de garder le membre de phrase « et si l'auteur de l'acte ou de l'omission était présent sur ce territoire au moment de l'acte ou de l'omission », comme il l'avait également proposé, puisque l'article ne traite pas des cas de dommage transfrontière. Sur ce point, le Rapporteur spécial est ouvert à toutes les suggestions. On a affirmé que le nouveau paragraphe 2 proposé (A/CN.4/415, par. 143) était superflu, sans cependant dire pourquoi. De toute façon, il faudra examiner plus avant l'article, afin de trancher la question fondamentale de sa relation avec la responsabilité des Etats. Etant donné la diversité des vues qui ont été exprimées sur ce point, le Rapporteur spécial réserve ses autres commentaires jusqu'à la prochaine session.

13. Le Rapporteur spécial constate que sa recommandation de réexaminer les alinéas *c*, *d* et *e* du paragraphe 1 de l'article 14 a été largement appuyée. A ce propos, d'aucuns ont fait valoir qu'il n'y avait pas de lien entre les biens mentionnés aux alinéas *b* à *e* du paragraphe 1 et l'Etat du for. Cette observation s'applique peut-être aux alinéas *c*, *d* et *e*, mais il doute qu'elle s'applique à l'alinéa *b*. Certains membres ont suggéré de supprimer le paragraphe 2 parce qu'il risquait d'être contradictoire avec le paragraphe 3 de l'article 7. Il a aussi été dit que l'on pourrait remplacer le mot « intérêt » par un terme plus satisfaisant. Ces deux propositions devraient être renvoyées au Comité de rédaction.

14. Certains membres se sont dits partisans de garder l'article 16, tandis que d'autres mettaient en doute son utilité. Le Rapporteur spécial préférerait commenter la question après avoir entendu d'autres avis.

15. L'article 17 réaffirme une règle établie de l'immunité souveraine, et la seule question qui se pose ici porte sur la nécessité de rédiger l'alinéa *b* du paragraphe 1 dans des termes plus généraux, question qui pourra être examinée au Comité de rédaction.

16. Tous les membres qui ont pris la parole sur ce point, sauf deux, ont approuvé la recommandation du Rapporteur spécial de supprimer le terme « non gouvernemental » aux paragraphes 1 et 4 de l'article 18. M. Mahiou (2119^e séance) a dit qu'il y avait une nette différence entre les expressions « commercial [non gouvernemental] » et « gouvernemental non commercial », en ajoutant que, dans le contexte de l'article 18, la première expression pouvait être interprétée comme s'appliquant aussi au cas d'un service commercial, mais également gouvernemental. On a toutefois reproché à cet argument d'entraîner des conséquences juridiques

trop complexes. S'agissant toujours de l'article 18, plusieurs membres ont souscrit à l'idée du Rapporteur spécial que la question de l'immunité des aéronefs dont un Etat est le propriétaire ou l'exploitant devait être réglée dans le cadre des accords internationaux existants (A/CN.4/422 et Add.1, par. 31 *in fine*). Enfin, le paragraphe 6 de l'article semble créer des malentendus : on pourrait en effet le considérer comme s'appliquant exclusivement aux navires, alors qu'en réalité l'Etat peut évidemment invoquer tous les moyens de défense dont un particulier peut se prévaloir en ce qui concerne des biens autres que des navires. C'est pour prévenir un tel malentendu que le Rapporteur spécial propose de supprimer ce paragraphe.

17. Le Rapporteur spécial est d'avis que la Commission a tendance, à l'article 19, à attacher trop d'importance au choix entre les expressions « contrat commercial » et « matière civile ou commerciale ». La portée de l'arbitrage et la mesure dans laquelle un Etat renonce à son immunité à la suite d'un accord d'arbitrage sont fonction du contenu même de l'accord. La Commission devrait faire porter son attention sur l'étendue de la renonciation à l'immunité par l'Etat étranger aux termes des accords d'arbitrage, car ils pourraient jouer un rôle de plus en plus important en réglant les différends susceptibles de naître de diverses activités transnationales. En ce qui concerne la proposition du Rapporteur spécial d'ajouter à l'article un nouvel alinéa *d* conçu comme suit : « la reconnaissance de la sentence arbitrale », les avis sont partagés. On pourrait résoudre le problème de la place à donner à cet alinéa en se mettant d'accord sur le fait qu'il ne faut pas l'interpréter comme entraînant une renonciation à l'immunité d'exécution.

18. Si le Rapporteur spécial avait d'abord recommandé de conserver l'article 20, c'est simplement parce que cet article n'avait pour ainsi dire pas été modifié en première lecture. Il est évident que, si la majorité des membres préfèrent le supprimer, il respectera leur vœu. Par contre, il hésiterait à accepter de placer cet article — qui ne fait en somme que formuler une réserve d'ordre général — dans l'introduction du projet. Le sujet de l'article 20 n'est pas le sujet principal du projet, et donner à cet article une place éminente pourrait être une erreur.

19. Un membre a suggéré de remanier le texte de l'article 21 en le calquant sur celui de l'article 23 de la Convention européenne de 1972 sur l'immunité des Etats, afin d'affirmer plus explicitement le principe de l'immunité des Etats à l'égard des mesures de contrainte. Un autre membre a suggéré de donner à l'article la forme d'une disposition générale, plutôt que celle d'une exception, et s'est en outre déclaré partisan d'y introduire une disposition faisant obligation aux Etats de respecter les décisions finales que les tribunaux pourraient rendre contre eux sur la base de la future convention. Le Rapporteur spécial examinera ces suggestions plus avant. Les avis ont divergé sur la question de la suppression du membre de phrase « ou des biens dans lesquels il a un intérêt juridiquement protégé », ainsi que sur l'emploi de l'adjectif « non gouvernementales », à l'alinéa *a*. Certains membres ont proposé de remplacer les mots « dans lesquels il a un intérêt juridi-

quement protégé » par « sur lesquels il a un droit réel ». Il espère qu'à la prochaine session d'autres observations seront consacrées à la question de la suppression du membre de phrase « et n'aient un lien avec l'objet de la demande ou avec l'organisme ou l'institution contre lequel la procédure a été intentée », à l'alinéa *a*, ou de l'introduction éventuelle du membre de phrase « A moins que les Etats concernés n'en décident autrement », au début de l'article.

20. Le Rapporteur spécial note que sa recommandation d'omettre, au paragraphe 1 de l'article 22, le membre de phrase qui y figure entre crochets a été appuyée ; un membre a toutefois suggéré d'y substituer l'expression « droit réel » à « intérêt juridiquement protégé » ; un autre membre a proposé un nouveau texte pour l'article 22 comme suite à sa proposition de modifier l'article 21.

21. Quant à l'article 23, le Rapporteur spécial rappelle avoir proposé dans son rapport préliminaire (A/CN.4/415, par. 240) un texte modifié du paragraphe 2, en vue d'exclure des mesures de contrainte certaines des catégories de biens mentionnées au paragraphe 1. Toutefois, dans son deuxième rapport, il approuve le texte adopté du paragraphe 2, qui a été appuyé également par deux membres. Deux membres ont désapprouvé la suggestion d'ajouter, à la fin de l'alinéa *c* du paragraphe 1, les mots « et servent à des fins monétaires », pour la raison que tout compte bancaire, notamment les comptes des banques centrales, est ouvert à des fins monétaires, et que ces mots seraient donc source de confusion. Sur ce point, il estime que les comptes des banques centrales sont généralement censés être ouverts à des fins monétaires et qu'ils jouissent de l'immunité d'exécution, à moins qu'ils ne soient affectés ou utilisés à des fins commerciales.

22. Deux membres ont jugé acceptable le texte modifié que le Rapporteur spécial a proposé pour le paragraphe 1 de l'article 24 (*ibid.*, par. 248) et ont suggéré de supprimer les mots « s'il y a lieu » au paragraphe 3. Ils ont proposé également de supprimer ces mots au paragraphe 2 de l'article 25, l'un d'eux suggérant en outre que la Commission réexamine, par précaution, le paragraphe 1 de l'article 25 afin de veiller à ce qu'aucun jugement par défaut ne puisse être rendu par un tribunal sans que soient établis la compétence et le droit à réparation sur la base des éléments de preuve fournis par le demandeur. A propos de ce même paragraphe, un autre membre a souligné que les pièces de procédure ne devaient pas être supprimées reçues.

23. L'un des membres opposés à la proposition du Rapporteur spécial de modifier le paragraphe 2 de l'article 27, de manière qu'il ne s'applique qu'à l'Etat défendeur, a fait valoir que la limitation proposée disuaderait les Etats de se porter demandeurs.

24. On a soutenu que le paragraphe 1 de l'article 28 ne traitait pas vraiment de la discrimination. L'utilité de l'article 28 dans son ensemble, et de son paragraphe 2 en particulier, a été évoquée à propos de la question de la suppression éventuelle, à l'article 6, de la phrase entre crochets « et des règles pertinentes du droit international général ». Certains ont fait valoir que, si l'on supprimait cette phrase, il faudrait garder l'article 28, alors que d'autres émettaient des doutes sur son main-

rien, craignant qu'une application restrictive fondée sur la réciprocité n'entraînant des dérogations à la future convention et n'affaiblît l'effort de codification. Un membre a dit aussi que l'article 28 était superflu parce que presque toutes les dispositions relatives aux exceptions commençaient par les mots « A moins que les Etats concernés n'en conviennent autrement ». De toute évidence, un échange de vues supplémentaire s'impose, notamment sur les effets juridiques de l'article 28.

25. Pour terminer, le Rapporteur spécial recommande à la Commission de renvoyer les articles 1 à 11 *bis* au Comité de rédaction, étant entendu qu'à la prochaine session elle commencera par procéder à un examen des articles 12 à 28 en vue de les renvoyer ensuite au Comité de rédaction.

26. M. REUTER, appuyé par M. McCAFFREY, souscrit de façon générale à la proposition qui vient d'être faite, tout en se demandant s'il ne conviendrait pas de s'arrêter à l'article 11 plutôt qu'à l'article 11 *bis*. En effet, la Commission n'a pas eu le temps d'examiner les textes fort intéressants proposés par M. Barsegov et M. Shi pour l'article 11 *bis*.

27. Le PRÉSIDENT dit qu'il serait difficile de dissocier l'article 11 *bis* du reste des articles renvoyés au Comité de rédaction, car ce texte est étroitement lié à l'article 2.

28. M. CALERO RODRIGUES est prêt à accepter la proposition du Rapporteur spécial, sous réserve que toute décision que le Comité de rédaction pourrait prendre sur l'article 11 *bis* le soit à titre provisoire et que la Commission réexamine cet article à sa session suivante.

29. Le PRÉSIDENT confirme qu'il en sera ainsi.

30. M. NJENGA, appuyé par le prince AJIBOLA et M. BENNOUNA, suggère que le nouvel article 6 *bis*, qui n'a pas été examiné en première lecture et que la Commission n'a pas appuyé, ne soit pas renvoyé au Comité de rédaction.

31. M. REUTER s'oppose en principe à ce qu'un texte dont la Commission a débattu soit écarté.

32. M. DÍAZ GONZÁLEZ désapprouve la tendance qui consiste à confier au Comité de rédaction des questions qui relèvent normalement de la Commission.

33. Après un débat auquel participent M. KOROMA, le prince AJIBOLA et M. AL-BAHARNA, le PRÉSIDENT propose de renvoyer au Comité de rédaction, pour une deuxième lecture, les articles 1 à 11, ainsi que les articles 6 *bis* et 11 *bis* proposés par le Rapporteur spécial. La Commission examinera les articles 12 à 28 au début de sa prochaine session.

Il en est ainsi décidé.

34. M. KOROMA, se référant à la première partie du résumé du débat, présenté par le Rapporteur spécial à la séance précédente, souligne que, en défendant une optique plus générale, il n'entendait pas reprocher au Rapporteur spécial de suivre une démarche inspirée par des décisions judiciaires provenant d'une région donnée. Il voulait seulement dire qu'il n'était pas souhaitable que les projets d'articles fussent fondés sur des

décisions qui n'étaient pas d'acceptation universelle. Quant à sa proposition d'introduire, dans les projets d'articles, une disposition sur le principe *rebus sic stantibus*, M. Koroma n'a pas d'opinion arrêtée sur les abus auxquels l'application de ce principe a pu donner lieu, et dont a parlé le Rapporteur spécial, mais il persiste à penser que ce principe repose sur des fondements juridiques solides, reconnus par presque tous les auteurs modernes. Ce principe devrait trouver sa place dans le projet d'articles comme un des principes sur lesquels fonder l'invalidation du contrat commercial.

Responsabilité des Etats (suite*) [A/CN.4/416 et Add.1⁵, A/CN.4/L.431, sect. G]

[Point 2 de l'ordre du jour]

Deuxième et troisième parties du projet d'articles⁶

RAPPORT PRÉLIMINAIRE DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (suite)

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

ARTICLE 7 (Restitution en nature)⁷ [suite]

35. M. AL-BAHARNA remercie le Rapporteur spécial pour son rapport préliminaire érudite (A/CN.4/416 et Add.1), dans lequel il propose de nouveaux articles sur la cessation et la restitution en nature, compte tenu à la fois de la doctrine juridique et de la pratique des Etats.

36. La question de la cessation soulève trois questions connexes : quelles sont la nature et la portée de la cessation ? Est-il possible en droit international contemporain d'imposer cette obligation ? Quel est son rapport avec la réparation ?

37. Le mot « cessation » n'étant pas un terme de technique juridique, il faut le définir. Le Rapporteur spécial semble assimiler la cessation, en tant que réparation destinée à mettre fin aux conséquences d'un fait internationalement illicite, à l'arrêt du fait illicite (*ibid.*, par. 29). Mais, comme il considère que l'arrêt vaut à la fois pour les faits illicites actifs et passifs, il définit ainsi la portée de la cessation, ou de l'arrêt :

Pour ce qui est des premiers, la cessation correspondra à l'obligation (négative) de « cesser de faire » ou de « ne plus faire ». [...] Dans le cas des faits illicites passifs, la cessation doit viser l'obligation non encore accomplie de l'Etat auteur de « faire » ou de « faire d'une certaine façon ». (*Ibid.*, par 58.)

* Reprise des débats de la 2105^e séance.

⁵ Reproduit dans *Annuaire... 1988*, vol. II (1^{re} partie).

⁶ 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.

⁷ Pour le texte, voir 2102^e séance, par. 40.

38. Bien que le mot « cessation » ne semble pas avoir la double signification que lui attribue le Rapporteur spécial, aucun obstacle d'ordre juridique n'interdit de l'admettre. Dans les systèmes juridiques que connaît M. Al-Baharna, l'« injonction » vise à la fois l'obligation de « s'abstenir de faire » et l'obligation de « faire quelque chose ». Quant à la question de savoir si le mot « cessation » a déjà été employé dans ce double sens dans la doctrine internationale et dans la pratique des Etats, c'est une autre chose.

39. Le droit international contemporain ne semble pas s'être développé au point de reconnaître l'obligation de cessation d'un fait illicite au sens de « faire » ou de « faire d'une certaine façon ». Ainsi que le soulignait Gunnar Lagergren, seul arbitre dans l'affaire *BP Exploration Company (Libya) Limited c. Gouvernement libyen* : « L'étude de la jurisprudence montre, elle aussi, que la responsabilité du chef de l'inexécution d'un engagement contractuel se traduit par l'obligation pour la partie fautive de payer des dommages-intérêts » (*ibid.*, par. 46). Il est probable que les Etats recourent aux dommages-intérêts parce que cela est plus pratique. Mais il peut arriver que la réparation sous forme de dommages-intérêts soit inutile ou impropre comme, par exemple, dans le cas de la détention illicite de ressortissants de l'Etat lésé. Le droit international doit donc être développé de façon à prévoir cette éventualité. La proposition tendant à étendre la « cessation » aux faits illicites passifs a cet avantage et, à ce titre, elle mérite d'être examinée, et peut-être d'être appuyée. Quant à la question de savoir si les Etats s'acquitteront d'une telle obligation en l'absence d'un mécanisme international institutionnel, elle vaut pour toutes les branches du droit international, et pas seulement pour la matière à l'étude : en tout état de cause, il y a lieu de l'étudier.

40. Logiquement, cessation et réparation sont distinctes — encore que dans certains cas elles soient inextricablement liées. En droit interne, elles sont assurément distinctes. Le Rapporteur spécial, apparemment, développe le droit international en procédant par analogie : il existe d'abondantes sources justifiant une telle démarche, y compris la sentence sur la *Fonderie de Trail (Trail Smelter)*, citée par le Rapporteur spécial (*ibid.*, note 65). M. Al-Baharna convient avec le Rapporteur spécial que « les deux modes de réparation sont soit concrètement distincts, soit intimement associés, tout en ayant leur caractère propre » (*ibid.*, par. 52).

41. Vu la nécessité d'élaborer des règles et des procédures qui renforcent l'ordre juridique international, M. Al-Baharna appuie l'effort que le Rapporteur spécial a fait, en s'écartant de son prédécesseur, pour proposer un nouvel article 6 de la deuxième partie, intitulé « Cessation d'un fait internationalement illicite à caractère continu », sous deux réserves cependant : a) il faudrait énoncer de façon plus précise l'obligation de s'abstenir de commettre un fait illicite et l'obligation d'agir conformément aux obligations du droit international ; b) il faudrait remplacer le mot « cessation » soit par le mot « arrêt », soit par un autre terme plus satisfaisant.

42. Le Rapporteur spécial a proposé pour le nouvel article 7, consacré à la restitution en nature, un texte qui semble ingénieux à certains égards et discutabile à

d'autres points de vue. La jurisprudence type en l'occurrence est celle de l'affaire de l'*Usine de Chorzów*⁸, qui énonce les principes du droit relatif à la réparation. Deux points en ressortent : premièrement, la réparation a pour objet d'effacer autant que possible toutes les conséquences du fait illicite et de rétablir la situation qui aurait existé si ledit fait n'avait pas été commis ; et deuxièmement, à défaut, la compensation accompagnée ou non de dommages-intérêts doit être accordée. Mais, comme l'a dit Eduardo Jiménez de Aréchaga, ancien juge de la CIJ, bien que la restitution en nature reste le principal mode de réparation, elle est remplacée dans la pratique et dans la grande majorité des cas par les dommages-intérêts⁹.

43. En formulant les règles applicables, la Commission devrait donc tenir compte des impératifs pratiques, et M. Al-Baharna relève avec satisfaction que le Rapporteur spécial a adopté une démarche souple en ce qui concerne les modes de réparation auxquels peut recourir l'Etat lésé. Le Rapporteur spécial a raison de dire que la réparation prescrite doit être proportionnée aux dommages (*ibid.*, par. 117), et d'affirmer ensuite (*ibid.*, par. 126) que, en énonçant la règle sur la restitution en nature, il conviendra de tenir compte du principe de la proportionnalité entre le dommage et la réparation.

44. Compte tenu de ces principes, le projet d'article 7 paraît bien conçu. Il appelle cependant un examen plus approfondi — en particulier l'alinéa b du paragraphe 1, ainsi que l'alinéa b du paragraphe 2.

45. L'alinéa b du paragraphe 1 semble écarter la restitution en nature lorsqu'elle entraîne la violation d'une norme impérative du droit international général. Une telle disposition ferait de la restitution en nature une procédure aléatoire et imprécise. La définition des normes impératives du droit international général est en effet controversée, et énoncer une telle règle dans le cas de la responsabilité des Etats serait d'une utilité douteuse. M. Al-Baharna se demande donc s'il existe des raisons de garder cet alinéa.

46. Quant à l'alinéa b du paragraphe 2, où il est question de circonstances atténuantes liées au « système politique, économique ou social de l'Etat qui a commis le fait internationalement illicite », M. Al-Baharna doute que cette disposition puisse être étayée par les principes ou par la pratique étatique. L'affirmation d'Anzilotti citée par le Rapporteur spécial (*ibid.*, par. 98), selon laquelle il peut y avoir « des obstacles d'ordre interne que les Etats sont disposés à prendre en considération pour convertir la restitution en nature en une indemnité », ne saurait faire autorité en la matière. Anzilotti pensait ici au cas des Etats qui tiendraient compte d'obstacles de nature interne pour déterminer la modalité de la réparation, et ses paroles ne peuvent être interprétées comme signifiant qu'un « système politique, économique et social » peut constituer une circonstance atténuante.

47. De plus, puisqu'un Etat ne peut, en vertu du droit international, se soustraire à la responsabilité internationale en invoquant son droit interne, il y a lieu de se

⁸ Voir 2105^e séance, note 5.

⁹ Texte original anglais dans E. Jiménez de Aréchaga, « International responsibility », *Manual of Public International Law*, M. Sorensen, éd., Londres, Macmillan, 1968, p. 567.

demander s'il faut vraiment conserver le paragraphe 3 ; il pourrait fort bien être supprimé.

48. En ce qui concerne le paragraphe 4, consacré à la réparation par équivalent, M. Al-Baharna préférerait une formule plus simple qui, comme dans l'arrêt rendu en l'affaire de l'*Usine de Chorzów*, vise : a) la réparation ; et b) les dommages-intérêts, lesquels feraient l'objet d'un article distinct, sous le titre générique de « indemnisation pécuniaire ».

49. De façon générale, on pourrait améliorer l'article 7 en y apportant des modifications de forme. Par exemple, M. Al-Baharna préférerait l'expression latine *restitutio in integrum* aux mots « restitution en nature », et remplacerait les mots « trop onéreuse » et « réparation par équivalent » par des expressions mieux adaptées.

50. M. BENNOUNA souligne les qualités du rapport préliminaire du Rapporteur spécial (A/CN.4/416 et Add.1), qui est fort bien documenté, savant et éminemment subtil. Il souscrit, sur le plan technique, à toutes les propositions du Rapporteur spécial, tout en différenciant parfois avec lui quant à la démarche suivie et aux distinctions établies.

51. Le Rapporteur spécial propose un plan de travail pour la deuxième partie du projet (*ibid.*, par. 20). M. Bennouna regrette cependant que l'article 19 de la première partie doive servir de base au reste du projet d'articles, car, à son avis, il complique considérablement la codification et le développement progressif du droit international en la matière. Cet article est une projection intellectuelle type, inspirée de catégories du droit pénal qui sont complètement détachées des réalités internationales, et il créera des difficultés s'agissant de la répression des délits et des crimes. On peut déjà observer dans le rapport (*ibid.*, par. 15) certaines tendances dangereuses ; le Rapporteur spécial introduit une nouvelle catégorie de délits, à savoir les délits « particulièrement graves ». Ces délits devraient sans doute appeler des sanctions particulièrement lourdes, mais il est difficile de concevoir comment la Commission pourra réussir à imposer de telles sanctions là où le Conseil de sécurité a échoué. Le Rapporteur spécial a d'ailleurs raison de souligner (*ibid.*, par. 16) que ses propositions n'impliquent de sa part aucune prise de position sur l'une quelconque des questions pratiques ou théoriques qui se posent quant à la manière d'appréhender des délits et des crimes.

52. La distinction entre la cessation du fait internationalement illicite et la restitution en nature est purement artificielle, tant du point de vue théorique que du point de vue des conséquences pratiques. Au début de son argumentation, le Rapporteur spécial indique que la cessation relève de l'application permanente et normale de la règle primaire (*ibid.*, par. 31) et, à la fin, il conclut que l'obligation de cessation pourrait être considérée comme une disposition située à mi-chemin entre les règles primaires et les règles secondaires (*ibid.*, par. 61).

53. Le seul cas de jurisprudence que le Rapporteur spécial a pu invoquer à l'appui de la distinction qu'il propose entre cessation et restitution en nature concerne la détention illicite des ressortissants d'un Etat : il s'agit de l'affaire relative au *Personnel diploma-*

*tique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*¹⁰. Mais cet exemple n'est nullement convaincant, car les mesures ordonnées par la CIJ pour résoudre l'affaire étaient non pas des mesures de cessation, mais simplement des mesures de restitution en nature. Le Gouvernement iranien y était enjoint de remettre les locaux de l'ambassade des Etats-Unis à Téhéran, de libérer tous les ressortissants américains et de reconnaître leurs privilèges et immunités.

54. Poursuivant son argumentation, le Rapporteur spécial affirme (*ibid.*, par. 57) qu'aucune des difficultés susceptibles d'entraver ou d'empêcher la restitution en nature ne saurait affecter l'obligation de faire cesser le comportement illicite. En d'autres termes, les exceptions possibles à la restitution en nature ne s'appliqueraient pas toutes à la cessation. Or, les obligations en matière de cessation sont souvent les mêmes qu'en matière de restitution en nature. En conséquence, prévoir, dans le projet, un article relatif à la cessation reviendrait à vider de leur contenu toutes les exceptions à la restitution en nature qui sont visées dans le nouveau projet d'article 7. Sur le plan pratique, il vaudrait mieux qu'un Etat demande des mesures de cessation — aucune exception n'étant admise — que la restitution en nature. Si un juge estime qu'un fait illicite a été commis, il peut imposer des mesures conservatoires dans l'attente de sa décision définitive. Une fois celle-ci prononcée, la cessation sera inutile, car la restitution en nature ou la compensation auront été ordonnées. Il n'est donc pas besoin d'intercaler des mesures de cessation entre les mesures conservatoires et la restitution en nature ou la compensation. Le nouveau projet d'article 6, consacré à la cessation, ne sert aucun but utile : en fait, au lieu de clarifier les questions, il ne fait qu'ajouter à la confusion. Quant à l'article 7, qui porte sur la restitution en nature, il est admirablement rédigé.

55. M. AL-QAYSI, après avoir félicité le Rapporteur spécial pour son excellent rapport préliminaire (A/CN.4/416 et Add.1), approuve dans l'ensemble les propositions avancées au sujet du plan des deuxième et troisième parties du projet (*ibid.*, par. 20). Ces propositions comprennent deux points au sujet desquels le Rapporteur spécial a l'intention de s'éloigner du plan précédemment envisagé par la Commission.

56. Le premier point concerne la distinction qui s'impose entre les conséquences juridiques des délits internationaux et celles des crimes internationaux, et les arguments convaincants avancés par le Rapporteur spécial à cet égard (*ibid.*, par. 10 à 15) reflètent une approche claire et pragmatique, qui mérite d'être approuvée sans réserve.

57. M. Al-Qaysi partage le point de vue de M. Graefrath (2104^e séance), qui, tout en reconnaissant que la distinction entre conséquences de fond et conséquences de forme n'est pas absolue, ne peut accepter l'idée que la réparation soit considérée comme une conséquence de fond et le droit de représailles comme une conséquence de procédure dans la mesure où il contribue à assurer la cessation ou la réparation, et à empêcher la répétition. D'ailleurs, le rapport ne contient, semble-t-il, aucune indication que le Rapporteur spécial procède à

¹⁰ Voir 2104^e séance, note 7.

une telle catégorisation. Par exemple, le Rapporteur spécial déclare que : « Dans un sens [...], les mesures sont essentiellement de forme, alors que les divers modes de réparation (et la cessation) visent le fond. » (A/CN.4/416 et Add.1, par. 14.) Le Rapporteur spécial avait donc apparemment à l'esprit le type de disposition proposée par son prédécesseur aux projets d'articles 1 à 3 de la troisième partie, compte tenu, en particulier, de l'explication qu'il donne de l'utilisation du terme « de fond » (*ibid.*, note 11).

58. Le second point au sujet duquel le Rapporteur spécial a l'intention de s'éloigner du plan précédent est qu'il faut voir, dans la troisième partie du projet, des dispositions relatives au règlement pacifique des différends plutôt que des dispositions consacrées à la mise en oeuvre. Le Rapporteur spécial justifie sa position par le fait que la mise en oeuvre recouvre à la fois les mesures et les obligations dont l'Etat ou le lésé doit s'acquitter avant de pouvoir recourir en toute légitimité à des mesures. M. Al-Qaysi peut, du moins pour l'instant, approuver cette suggestion. Dans ces conditions, comme l'a proposé M. Calero Rodrigues (2103^e séance), il faudrait reprendre dans la deuxième partie, sous la forme voulue, les articles 1 à 3 de la troisième partie proposés par le précédent Rapporteur spécial.

59. Le nouveau projet d'article 6 de la deuxième partie est à la fois plus concis et plus satisfaisant que le texte correspondant du projet d'article 6 proposé par le précédent Rapporteur spécial. M. Al-Qaysi se range pleinement aux arguments exposés dans le rapport (A/CN.4/416 et Add.1, par. 39 à 60) d'après lesquels la cessation devrait faire l'objet d'une disposition expresse et se distinguer plus clairement des dispositions concernant les autres aspects des conséquences des violations du droit international. Il ne pense pas, comme M. Barboza (2102^e séance), que les vues du Rapporteur spécial favoriseraient un clivage conceptuel dans la distinction faite entre règles primaires et règles secondaires. D'après le Rapporteur spécial, la cessation « doit être, en fait, considérée [...] comme relevant non pas de la règle « secondaire » [...], mais de l'application permanente et normale de la règle « primaire » (A/CN.4/416 et Add.1, par. 31). M. Barboza aurait certainement raison s'il n'était dit dans le rapport 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 ». Et aussi, que la cessation « est pertinente, même du point de vue des conséquences du fait illicite et de la réparation *stricto sensu* » (*ibid.*, par. 32).

60. Le nouveau projet d'article 6 devrait conserver sa place dans le chapitre II de la deuxième partie, malgré le lien qui existe entre la cessation et la règle primaire. M. Al-Qaysi est de cet avis pour les raisons données par le Rapporteur spécial dans son rapport (*ibid.*, par. 55), sur lesquelles plusieurs membres se sont pourtant fondés pour faire valoir que l'article devait être placé dans le chapitre I^{er} relatif aux principes généraux. Le but de ce raisonnement est de démontrer la nécessité d'une disposition distincte sur la cessation. La cessation est une conséquence du comportement illicite ; en l'absence de pareil comportement, nul besoin de cessation. En même temps, si la cessation est indépendante des

autres conséquences en raison de son lien avec l'obligation originale qui a été violée, elle n'est pas sans rapport avec ces conséquences, puisqu'elle les annonce en quelque sorte. A cet égard, le Rapporteur spécial déclare avec force qu'« il ne faut pas exclure du projet d'articles une règle de cette nature », parce que la distinction faite entre règles primaires et règles secondaires n'a après tout qu'une valeur relative et qu'il s'ensuit qu'« une règle relative à la cessation pourrait être considérée comme une disposition située à mi-chemin, pour ainsi dire, entre les règles primaires et les règles secondaires » (*ibid.*, par. 61).

61. Les aspects doctrinaux du débat suscitent deux autres remarques. Premièrement, peut-on parler de cessation dans le cas de faits illicites par omission ? Certains répondent à cette question par la négative, considérant à bon droit qu'en pareil cas ce qui importe, c'est l'action proprement dite. Mais il est vrai aussi que les faits par omission peuvent fort bien relever de la catégorie des faits illicites ayant un caractère continu, comme le Rapporteur spécial l'explique dans son rapport (*ibid.*, par. 42 et 43). Compte tenu du fait que l'action et la cessation touchent l'une et l'autre à l'obligation primaire, n'est-ce pas le caractère continu du fait illicite qui est le facteur déterminant ?

62. La seconde remarque de M. Al-Qaysi touche la « phase initiale » par rapport au moment où peut être présentée une demande de cessation (*ibid.*, par. 38). Tout en convenant avec M. Mahiou (2103^e séance) que le problème sous-jacent est un problème de prévention, M. Al-Qaysi pense qu'il s'agit d'empêcher l'achèvement du fait illicite — et non pas les conséquences dommageables découlant de faits qui ne sont pas interdits par le droit international, question qui relève d'un autre sujet à l'ordre du jour de la Commission.

63. Comme M. Razafindralambo (2102^e séance), M. Al-Qaysi estime que le texte du projet d'article 6 devrait être aligné sur celui de l'article 25 de la première partie du projet. Le texte remanié, où serait utilisée l'expression « un fait ou une omission s'étendant dans le temps », serait alors suffisamment vaste pour viser les faits et les omissions simples, composés ou complexes.

64. S'agissant du nouveau projet d'article 7, M. Al-Qaysi convient avec le Rapporteur spécial que « la restitution en nature prime tout autre mode de réparation *lato sensu* et, en particulier, la réparation par équivalent » (A/CN.4/416 et Add.1, par. 114). Entre les deux formes de restitution possibles — rétablissement du *statu quo ante* ou de la situation telle qu'elle aurait été en l'absence du fait illicite —, il préfère la seconde. Elle est en effet conforme au principe affirmé dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów*, d'après lequel l'Etat auteur est tenu d'« effacer » toutes les conséquences juridiques et matérielles de son fait illicite (*ibid.*, note 235). C'est pourquoi il faut réparer le préjudice de manière « naturelle », « directe » et « intégrale » (*ibid.*, par. 114).

65. Le projet d'article 7 n'indique pas le sens à attribuer à la *restitutio*, comme le faisait le projet d'article 6 proposé par le précédent Rapporteur spécial. Mais, quant à savoir s'il faut critiquer le projet d'article 7 sur ce point, la réponse dépendra dans une large mesure de l'interprétation à donner au paragraphe 4 et de la

rédaction des projets d'articles sur la réparation par équivalent. On contribuerait néanmoins à dissiper les doutes qui se sont fait jour en explicitant dans le projet le sens de la restitution, de façon à présenter, comme il est dit dans le rapport, une « notion « intégrée » de la réparation en nature, opérant la fusion entre l'élément réparation et l'élément compensation » (*ibid.*, par. 67). De la sorte, on tiendrait compte également de la position de M. Graefrath, qui préférerait définir la *restitutio* comme étant le « rétablissement du *statu quo ante*, clairement déterminé, sans préjudice d'une indemnisation éventuelle au titre du *lucrum cessans* » (2104^e séance, par. 32).

66. M. Al-Qaysi souscrit pleinement aux arguments avancés par le Rapporteur spécial concernant le traitement des étrangers (A/CN.4/416 et Add.1, par. 104 à 108 et 121 et 122). Bien que la *restitutio* s'applique à tous les faits illicites, elle ne s'applique pas, par exemple, en cas d'impossibilité matérielle ou juridique. Il faudrait donc supprimer le projet d'article 7 proposé par le précédent Rapporteur spécial.

67. La nécessité de prévoir l'impossibilité matérielle, comme à l'alinéa *a* du paragraphe 1 du nouvel article 7, va de soi. Quant à l'impossibilité juridique, elle peut naturellement découler du droit international ou du droit interne ; mais, à l'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'article, il n'est question que d'un seul type d'impossibilité juridique — qui découle du droit international —, à savoir le cas où la restitution entraînerait la violation d'une obligation découlant d'une règle de *jus cogens*. M. Al-Qaysi partage le point de vue du Rapporteur spécial sur ce point, mais le problème pratique évoqué dans le rapport (*ibid.*, par. 87) — à savoir le cas où une obligation de l'Etat A de fournir une *restitutio* en faveur de l'Etat B entre en conflit avec une obligation résultant d'un traité conclu par l'Etat auteur A avec un troisième Etat C — mérite plus ample réflexion. On ne peut pas écarter simplement le problème en en faisant un obstacle de caractère factuel plutôt que légal, parce que sa source provient d'obligations de droit international et non pas de droit interne. Qui plus est, comme le Rapporteur spécial le note, « Les obstacles juridiques découlant du droit national sont, à la rigueur, des obstacles de fait du point de vue du droit international. » (*Ibid.*, par. 98.) Il ne suffit pas non plus, en pareil cas, de déclarer qu'il appartient à l'Etat auteur de résoudre la difficulté (*ibid.*, par. 124).

68. Quant à savoir si l'impossibilité juridique peut découler de la notion de juridiction nationale, M. Al-Qaysi comprend parfaitement que le Rapporteur spécial, pour les raisons expliquées avec conviction dans son rapport (*ibid.*, par. 89), rejette toute restriction à la *restitutio* par référence à cette notion. Il approuve aussi les vues du Rapporteur spécial concernant les obstacles juridiques découlant du droit national (*ibid.*, par. 98).

69. Il approuve aussi pour l'essentiel la troisième restriction à la *restitutio*, à savoir le caractère excessif de la charge, énoncée à l'alinéa *c* du paragraphe 1 de l'article 7, et plus particulièrement la corrélation entre cette limitation et le rejet de l'impossibilité juridique découlant du droit interne, comme indiqué au paragraphe 3. A cet égard, M. Al-Qaysi ne voit pas comment on peut

faire fond sur l'article 33 de la première partie du projet d'articles, consacré à l'état de nécessité, comme le préconise M. Calero Rodrigues (2103^e séance), plutôt que sur la règle du caractère excessif de la charge. Aux termes de l'article 33, l'état de nécessité est une cause d'exclusion de l'illicéité, ce qui signifie que le fait internationalement illicite n'est jamais achevé, tandis que, en vertu de l'alinéa *c* du paragraphe 1 du projet d'article 7, la règle du caractère excessif de la charge limite l'obligation d'assurer la *restitutio*, ce qui ne se produirait pas en l'absence d'un fait internationalement illicite terminé.

70. Enfin, la Commission est saisie du sujet de la responsabilité des Etats depuis quarante ans, dont neuf années ont été consacrées à l'examen de la deuxième partie du projet. Le Comité de rédaction est actuellement saisi de 16 projets d'articles au moins et il en attend d'autres. Cet état de choses, qui s'explique par de bonnes raisons, risque néanmoins de valoir de nouvelles critiques à la Commission. Mais M. Al-Qaysi est convaincu que, avec le Rapporteur spécial à la barre, la Commission pourra faire le vigoureux effort qui lui est demandé pour progresser en la matière.

71. M. AL-KHASAWNEH félicite le Rapporteur spécial pour un rapport préliminaire qui a fait l'objet de recherches méticuleuses, qui est solidement argumenté (A/CN.4/416 et Add.1), et qui a sa place aux côtés des rapports de ses prédécesseurs.

72. S'agissant de la méthode, il ne voit pas d'inconvénient à accepter la suggestion du Rapporteur spécial de traiter distinctement des conséquences des délits internationaux et de celles des crimes. Cette distinction risque sans doute de susciter des retards et des répétitions, mais ces inconvénients seront compensés par la plus grande précision qui s'ensuivra. Il en va de même de la suggestion du Rapporteur spécial de consacrer la troisième partie au règlement des différends et, par voie de conséquence, de placer les projets d'articles sur la mise en oeuvre dans la deuxième partie du projet. En dernière analyse, il s'agit peut-être plutôt d'une question de goût en matière de rédaction que d'une technique de rédaction établie, et on ne doit pas oublier que *de gustibus non disputandum est*.

73. Le Rapporteur spécial qualifie la cessation de parent pauvre aux yeux des juristes qui analysent les conséquences des faits internationalement illicites (*ibid.*, par. 30), et le rapport préliminaire du précédent Rapporteur spécial donne en effet une idée de l'oubli dans lequel ce parent pauvre était tombé¹¹. Mais il est suffisamment sorti de l'ombre en 1984 pour figurer à l'alinéa *a* du paragraphe 1 du projet d'article 6 proposé par le précédent Rapporteur spécial, et le présent Rapporteur spécial vient de le remettre tout à fait à l'honneur en lui consacrant un article distinct. Personnellement, M. Al-Khasawneh approuve dans l'ensemble cette façon d'établir un lien logique entre un remède spécifique dans la deuxième partie et la catégorie correspondante des faits illicites dans la première partie. Il note, à cet égard, que Combacau et Alland classent apparemment la cessation sous la rubrique des « obligations dont la violation mène à un substitut de l'obligation

¹¹ *Annuaire... 1980*, vol. II (1^{re} partie), p. 105, doc. A/CN.4/330.

primaire »¹². Si le fait de traiter de la cessation dans un article distinct permet de mieux délimiter les catégories, c'est une raison de plus d'appuyer la démarche du Rapporteur spécial.

74. D'après le Rapporteur spécial, la portée d'un fait illicite ayant un caractère continu est très vaste. Ainsi, le Rapporteur spécial dit qu'il ne partage pas l'idée de la Commission selon laquelle, dans le cas d'un acte de confiscation, « le fait de l'Etat comme tel prend fin ici dès que la confiscation a eu lieu, même si les conséquences en sont durables » (*ibid.*, par. 34) ; et il maintient que la cessation s'applique dans le cas de faits illicites consistant autant en un comportement par omission qu'en une action, tout en admettant que la doctrine et la pratique ne vont pas dans le sens d'une telle interprétation (*ibid.*, par. 42).

75. En étendant la portée de la notion de fait illicite ayant un caractère continu, on amènerait la cessation et la restitution à se chevaucher de telle façon que, un article distinct étant prévu ou non, toute distinction entre cessation et restitution serait artificielle. M. Al-Khasawneh en veut pour preuve la thèse de Balladore Pallieri et Dominicé (*ibid.*, par. 69), pour qui la *restitutio in integrum* ne serait pas tant un des modes de réparation, et comme tel un des aspects du lien nouveau résultant du fait illicite, que l'effet continu de la relation juridique initiale. Bien que minoritaire, cette opinion n'est pas sans valeur. Pourtant, le Rapporteur spécial la rejette par ces mots : « Tout en contribuant à préserver l'idée que l'obligation (et la règle dont elle découle) survit à l'infraction, ces vues affectent négativement la distinction entre la *restitutio in integrum* et la cessation du comportement illicite » (*ibid.*, par. 70). Et il ajoute : « La cessation et la restitution en nature doivent rester deux remèdes distincts à la violation d'obligations internationales. » On est tenté de demander si la distinction est une fin en soi.

76. L'autre inconvénient qu'il y aurait à étendre la portée de la cessation est qu'elle pourrait reléguer un autre remède — l'action spécifique — dans l'obscurité, car il semble que, dans le cas des omissions de caractère continu, la cessation soit simplement une façon erronée de dénommer l'exécution tardive. M. Al-Khasawneh souscrit sur ce point à l'opinion de M. Barboza (2102^e séance).

77. Une autre conséquence du fait internationalement illicite est la nullité, qui, comme la cessation, peut être incluse dans la *restitutio in integrum*, mais pourrait être énoncée avec tout autant de force dans un article distinct. La portée de la nullité est naturellement limitée par la nécessité que le fait illicite allégué doit être de caractère juridique, par exemple mesure législative, décret de l'exécutif ou décision judiciaire. Lauterpacht a succinctement décrit son intérêt pratique en disant que « l'absence de moyens de réparation plus directs tend à donner sur le plan international une importance particulière au principe de la nullité des actes illégaux »¹³. Cette importance est encore plus flagrante si l'on songe que les organes politiques de l'ONU, le Conseil de sécu-

rité en particulier, se posent rarement la question de la réparation lorsqu'ils sont saisis d'un fait internationalement illicite. La nullité est évoquée par le Rapporteur spécial dans son rapport, mais le problème reste de savoir si, compte tenu de son importance, elle ne devrait pas faire l'objet d'une disposition expresse.

78. Pour ce qui est de la restitution en nature, le Rapporteur spécial a raison de dire (A/CN.4/416 et Add.1, par. 64) que la notion de risque n'est pas définie de façon uniforme ni dans la doctrine ni dans la pratique. Généralement, on invoque l'affaire du *Traité Bryan-Chamorro*¹⁴ pour affirmer que la restitution en nature est le rétablissement du *statu quo ante*, et la décision classique de la CPJI dans l'affaire de l'*Usine de Chor-zów*¹⁵ pour prétendre qu'elle consiste à rétablir la situation qui, selon toute probabilité, aurait existé en l'absence du fait illicite. Les différences entre ces deux définitions sont plus que théoriques, car elles peuvent avoir des conséquences sur l'évaluation des dommages-intérêts et, par conséquent, sur l'aspect d'intégration de la deuxième définition. Bien qu'il soit difficile d'envisager une situation théorique qui n'a jamais existé, M. Al-Khasawneh n'en préfère pas moins la deuxième définition.

79. Du reste, et quelle que soit la définition qui sera adoptée philosophiquement, la restitution en nature n'est jamais possible — ce dont le précédent Rapporteur spécial était pleinement conscient, comme cela est démontré dans son rapport préliminaire¹⁶ —, car inverser le temps dépasse les possibilités humaines, ou, comme l'a dit Omar Khayyam, « le doigt en mouvement écrit et, ayant écrit, continue son chemin ». Il est donc étonnant de constater que les auteurs sont pratiquement unanimes à y voir le droit normal ou primaire de l'Etat lésé. Parmi les auteurs énumérés par Mann à cet égard¹⁷, seul Brownlie semble considérer la restitution en nature comme « exceptionnelle », et seul Kelsen la rejette véritablement. Cette primauté n'est pas plus sérieusement contestée dans les différents systèmes juridiques. Il est vrai, à l'évidence, que, comme Mann l'a remarqué, la restitution en nature « est largement inconnue de la « common law », qui, en principe, et assez paradoxalement, adhère à la règle *omnis condemnatio est pecuniaria* du droit romain »¹⁸. Cependant, le même auteur a fait observer que « même en Angleterre, par exemple, le plaignant dans une action en restitution (*detinue*) n'est pas obligé de se contenter d'un dédommagement pécuniaire, mais a le droit de réclamer que lui soient remis les biens détenus illégalement »¹⁹. En droit islamique, on peut déduire la primauté de la *restitutio in integrum* de l'ancienne règle *Idha batala-l-aslu yusaru ila-l-badal* (إذا بطل الأصل يصار إلى البديل),

¹⁴ République d'El Salvador c. République du Nicaragua, décision du 9 mars 1917 de la Cour de justice centraméricaine (voir *The American Journal of International Law*, vol. 11, 1917, p. 674 et suiv.).

¹⁵ Voir 2105^e séance, note 5.

¹⁶ Voir *Annuaire... 1980*, vol. II (1^{re} partie), p. 110, doc. A/CN.4/330, par. 29.

¹⁷ Texte original anglais dans F. A. Mann, « The consequences of an international wrong in international and municipal law », *The British Year Book of International Law*, 1976-1977, vol. 48, p. 3 et notes 6 et 7.

¹⁸ *Ibid.*, p. 2.

¹⁹ *Ibid.*, p. 3.

¹² *Loc. cit.* (2103^e séance, note 5), p. 97 et 98.

¹³ Texte original anglais dans H. Lauterpacht, *Recognition in International Law*, Cambridge, The University Press, 1947, p. 421.

c'est-à-dire « si le rétablissement de la situation initiale est impossible, il faut trouver une autre solution ». Cette règle est entrée dans le Code civil ottoman sous la forme de l'article 53. Il y a également lieu de noter qu'en droit islamique le dédommagement pécuniaire constitue une « réparation imparfaite », *al qada'ul naki* (القضاء الناقص).

80. Depuis quelque temps, cependant, les auteurs ont tendance à contester non seulement la primauté de la *restitutio in integrum*, mais aussi son existence. On peut se reporter sur ce point aux deux ouvrages de Christine Gray publiés en 1985 et 1987²⁰. Dans ces ouvrages, l'auteur, après avoir étudié les sentences arbitrales et les décisions de la CIJ et d'autres tribunaux, arrive à la conclusion qu'il y a peu d'éléments, sinon aucun, permettant d'étayer la primauté de la *restitutio in integrum* dans la pratique arbitrale internationale, et que l'arrêt en l'affaire de *l'Usine de Chorzów* ne permet pas de soutenir une théorie générale dans ce sens. Sans vouloir contester cette conclusion, M. Al-Khasawneh pense que l'existence d'autres modes de réparation, le fait que les tribunaux et les arbitres travaillent isolément, et que ces derniers accordent rarement la restitution en l'absence d'une disposition expresse à cet effet peuvent tout aussi bien s'interpréter en faveur de la primauté de la *restitutio*. De toute façon, M. Al-Khasawneh ne croit pas que la fréquence du recours à d'autres modes de réparation peut être contraire à la primauté de la *restitutio in integrum*.

81. La notion de régimes spéciaux est également une source de contestation de la primauté de la *restitutio in integrum*. A cet égard, M. Al-Khasawneh estime lui aussi qu'il n'est pas nécessaire, pour l'instant, de prévoir un régime spécialement applicable aux étrangers, encore que la question mérite d'être examinée plus avant, en particulier du fait que le Rapporteur spécial a attribué une large place à la cessation et, en même temps, n'a pas prévu l'exception de « charge excessive » dans le cas de cessation. Un Etat lésé devra, dans ces circonstances, opter pour la cessation plutôt que pour la *restitutio in integrum*, ce qui constitue une lacune dans la stratégie du Rapporteur spécial. Beaucoup dépendra, en fin de compte, de la mesure dans laquelle la Commission est disposée à permettre au contenu et — pour utiliser le terme de Combacau et Alland — à la valeur « extrinsèque » des règles primaires de déterminer la catégorisation des règles secondaires.

82. M. Al-Khasawneh réserve sa position sur la notion de charge excessive en tant qu'exception à la *restitutio in integrum*, notion introduite par le Rapporteur spécial à la lumière du problème des nationalisations effectuées en violation du droit international.

83. Un autre problème est celui de l'impossibilité juridique. Alors que les règles primaires peuvent, naturellement, prescrire expressément les conséquences de leur violation — comme à l'article 50 de la Convention européenne des droits de l'homme²¹ —, M. Al-Khasawneh pense qu'il n'est pas possible de déduire de tels

exemples que la *restitutio in integrum* n'existe pas, car ce sont là des exceptions qui confirment la règle.

84. Enfin, M. Al-Khasawneh approuve les conclusions du Rapporteur spécial (*ibid.*, par. 109 à 112) sur la faculté de choix de l'Etat lésé. Cette faculté existe à n'en pas douter, mais le fait qu'elle peut conduire à des abus, si elle n'est soumise à aucune limite, donne à penser qu'il faudrait précisément lui en imposer. Il pourrait en effet se produire un état de servitude dans l'hypothèse où un Etat riche polluerait un fleuve international au-delà du niveau du dommage appréciable et où l'Etat ou les Etats lésés accepteraient une indemnisation pécuniaire au lieu de la restitution. Il faudra avoir de tels exemples à l'esprit lors de l'élaboration du projet d'article 7, de façon à veiller à ce que les limites à la liberté de l'Etat tiennent compte non seulement des intérêts des autres Etats, mais aussi des intérêts en matière d'environnement.

La séance est levée à 13 h 10.

2123^e SÉANCE

Jeudi 22 juin 1989, à 10 heures

Président : M. Bernhard GRAEFRATH

Présents : le prince Ajibola, M. Al-Baharna, M. Al-Khasawneh, M. Al-Qaysi, M. Barboza, M. Barsegov, M. Beesley, M. Bennouna, M. Calero Rodrigues, M. Díaz González, M. Eiriksson, M. Francis, M. Hayes, M. Illueca, M. Koroma, M. Mahiou, M. McCaffrey, M. Njenga, M. Ogiso, M. Pawlak, M. Sreenivasa Rao, M. Razafindralambo, M. Reuter, M. Roucouas, M. Shi, M. Solari Tudela, M. Thiam, M. Tomuschat, M. Yankov.

Droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation [A/CN.4/412 et Add.1 et 2¹, A/CN.4/421 et Add.1 et 2², A/CN.4/L.431, sect. C, ILC(XLI)/Conf.Room Doc.4]

[Point 6 de l'ordre du jour]

CINQUIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL

SIXIÈME PARTIE DU PROJET D'ARTICLES

1. Le PRÉSIDENT invite le Rapporteur spécial à présenter la première partie de son cinquième rapport sur le sujet (A/CN.4/421 et Add.1 et 2), à savoir le chapitre I^{er} concernant les risques et dangers provoqués par les eaux, qui contient les articles 22 et 23 de la sixième partie du projet, qui se lisent comme suit :

²⁰ C. D. Gray, « Is there an international law of remedies? », *The British Year Book of International Law*, 1985, vol. 56, p. 25 ; et *Judicial Remedies in International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1987.

²¹ Voir 2104^e séance, note 10.

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

² Reproduit dans *Annuaire... 1989*, vol. II (1^{re} partie).