

Document:-
A/CN.4/SR.2127

Compte rendu analytique de la 2127e 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>)*

sur les autres, et qu'il faut tenir compte de tous les facteurs en cause en vue de déterminer, en cas de conflit entre plusieurs utilisations, laquelle doit l'emporter, ou quelles sont les mesures qui doivent être prises pour résoudre ce conflit conformément aux articles 6 et 7 du projet.

85. Le projet d'article 25 est consacré à la question de la régulation des cours d'eau, notion qui a une signification technique très précise dans le domaine du droit fluvial international et qu'il ne faut pas prendre dans un sens trop large. Dans ce contexte particulier, la régulation est le contrôle du débit du cours d'eau par la construction d'ouvrages ou par d'autres mesures visant à prévenir les effets préjudiciables tels que les inondations ou l'érosion, et à tirer profit au maximum des possibilités offertes par le cours d'eau, par exemple en régularisant le flux de l'eau, ce qui peut être immensément profitable pour l'agriculture. Comme cette question n'est pas au cœur du sujet, le Rapporteur spécial n'a proposé qu'une disposition de portée très modeste, visant à attirer l'attention sur l'importance de la coopération entre les Etats du cours d'eau en matière de réglementation des cours d'eau internationaux. Si, toutefois, la Commission décide que la question mérite d'être traitée plus en détail, il se fera un plaisir de développer cette clause.

86. M. KOROMA dit que les articles que vient de proposer le Rapporteur spécial sont particulièrement bienvenus et pertinents, et qu'ils ont son entier soutien. Ayant eu le privilège de représenter la Commission à une réunion sur le sujet, tenue à Addis-Abeba en 1988, il sait combien toute cette question est importante pour les Etats riverains des cours d'eau et des lacs. Cependant, les obligations édictées dans les projets d'articles ne doivent pas être trop strictes, car cela pourrait faire hésiter les Etats à y souscrire. Mieux vaut encourager les Etats à coopérer pour prévenir les effets préjudiciables.

La séance est levée à 12 h 55.

2127^e SÉANCE

Mercredi 28 juin 1989, à 15 h 10

Président : M. Bernhard GRAEFRATH

Présents : 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. Illueca, M. Koroma, M. Mahiou, M. McCaffrey, M. Njenga, M. Ogiso, M. Pawlak, M. Razafindralambo, M. Reuter, M. Sepúlveda Gutiérrez, M. Shi, M. Solari Tudela, M. Thiam, M. Tomuschat, M. Yankov.

Responsabilité des Etats (*fin**) [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 (*fin*)

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

ARTICLE 7 (Restitution en nature)³[*fin*]

1. M. McCaffrey félicite le Rapporteur spécial pour son rapport préliminaire exemplaire (A/CN.4/416 et Add.1), qui contient une analyse extrêmement fouillée des sources du droit en la matière. Il ne fera des observations que sur le plan général proposé pour le projet, sur les conséquences juridiques du fait internationalement illicite, sur la cessation, et sur le nouveau projet d'article 7 relatif à la restitution en nature.

2. Pour ce qui est du plan général du projet, le Rapporteur spécial a avancé des arguments convaincants en faveur d'un examen distinct des dispositions relatives à la mise en œuvre et de celles concernant le règlement des différends (*ibid.*, par. 4). L'analyse qu'il fait de la question (*ibid.*, par. 19) justifie que l'on place les règles de mise en œuvre dans la deuxième partie du projet plutôt que dans la troisième. Comme M. Ogiso le faisait remarquer à la trente-septième session en 1985⁴, un Etat ne peut que prétendre ou alléguer qu'un fait internationalement illicite a été commis, et le statut juridique d'un fait ne peut être déterminé que lorsque le recours, la demande reconventionnelle ou toute autre procédure de règlement des différends est achevé.

3. Par contre, M. McCaffrey se demande si c'est une bonne idée que d'aborder séparément les crimes internationaux et les délits internationaux, car il lui semble impossible d'accepter la notion de crime international d'Etat, et surtout son corollaire, la responsabilité pénale de l'Etat. S'il est vrai que les violations du droit international sont de gravité différente, il n'est pas moins vrai qu'elles composent un éventail continu, où il paraît difficile de reconnaître deux catégories distinctes. Maintenir la dichotomie entre délits et crimes desservirait plutôt le sujet à l'examen, en ouvrant la porte aux malentendus. Sans doute faut-il faire un sort particulier aux violations des obligations *erga omnes*; c'est à ce point de vue que la Commission peut jouer un rôle

* Reprise des débats de la 2122^e séance.

¹ Reproduit dans *Annuaire... 1988*, vol. II (1^e 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.

⁴ *Annuaire... 1985*, vol. I, p. 117, 1895^e séance, par. 30.

utile, au lieu de poursuivre en vain le fantôme du crime international d'Etat. Mais, pour le reste, M. McCaffrey ne peut souscrire aux arguments avancés par le Rapporteur spécial (*ibid.*, par. 15) afin de justifier la distinction entre deux séries de conséquences, l'une pour les crimes, l'autre pour les délits ; le vocabulaire péremptoire qu'il emploie à ce propos — « imposer la cessation de l'acte », « infliger un châtement » — ne correspond pas aux réalités du monde actuel. C'est au Conseil de sécurité et à la communauté internationale représentée par l'Organisation que revient d'appliquer les moyens de contrainte prévus dans la Charte des Nations Unies et non aux Etats de mener des actions individuelles.

4. La démarche suivie par le Rapporteur spécial pour traiter des conséquences juridiques du fait internationalement illicite est la bonne, et c'est avec raison qu'il dit que « l'ensemble du sujet devrait, autant que possible, être traité à la fois plus en détail et plus en profondeur » (*ibid.*, par. 24). Si elle se réalisait, cette intention serait une contribution positive à l'élucidation du sujet, car les Etats seraient mieux à même de déterminer les conséquences de leurs propres actes et des actes des autres Etats. Il faut en la matière être aussi précis que possible, et c'est exactement ce que cherche à faire le Rapporteur spécial.

5. La cessation du fait illicite doit être traitée à part, ainsi que le recommande le Rapporteur spécial, et ne pas être englobée dans les articles consacrés à la réparation. Comme l'a dit M. Calero Rodrigues (2103^e séance), le sujet pourrait avoir sa place dans le chapitre I^{er} (Principes généraux) de la deuxième partie. M. McCaffrey est favorable à la question conceptuelle qui se pose, à savoir si l'obligation de cessation fait partie de l'obligation de ne pas faire ou des conséquences de la commission d'un fait internationalement illicite. Comme la Commission a décidé que la première partie du projet serait consacrée à l'origine de la responsabilité internationale, il serait bon, ne serait-ce que pour cette raison, de placer la cessation dans le chapitre I^{er} de la deuxième partie, et cela d'autant plus qu'il semble s'agir d'une nouvelle obligation de l'Etat auteur du fait internationalement illicite.

6. Passant au nouveau projet d'article 7, M. McCaffrey dit, comme l'a conseillé encore M. Calero Rodrigues, qu'il faudrait d'abord définir ce que l'on entend par « restitution en nature » dans le paragraphe 1. Ainsi, l'on n'aurait pas à s'étendre sur cette notion dans le commentaire, et l'on dirait clairement ce que la Commission désire, puisque le Rapporteur spécial a rappelé (A/CN.4/416 et Add.1, par. 64) que deux conceptions semblaient s'opposer sur ce point : celle de la restauration du *statu quo ante*, et celle du rétablissement de la situation qui existerait ou qui aurait existé si l'acte illicite n'avait pas été commis.

7. L'alinéa c du paragraphe 1 de l'article 7 soulève la question épineuse de la restitution « trop onéreuse ». Le terme n'est d'ailleurs pas heureux, et il vaudrait mieux dire « charge disproportionnée », en reprenant l'expression puisée par le Rapporteur spécial dans la doctrine (*ibid.*, par. 99). Ce serait là un point mineur, dont le Comité de rédaction pourrait se charger, s'il ne soulevait également un problème majeur : l'article devrait

alors énumérer les cas dans lesquels la restitution en nature est considérée comme « excessivement onéreuse », ce qui reviendrait à indiquer à l'Etat auteur d'un fait internationalement illicite par quel moyen il peut éventuellement échapper aux demandes de l'Etat lésé.

8. Au paragraphe 4, deux formules sont proposées : « réparation par équivalent » et « indemnisation pécuniaire ». M. McCaffrey se déclare en faveur de la seconde expression, pour la simple raison qu'elle est plus intelligible pour l'homme de loi moyen, dont il ne faut pas présumer les compétences. En outre, l'indemnisation pécuniaire est bien le mode principal de réparation par équivalent. Enfin, dans la version anglaise, *reparation by equivalent* sonne vraiment très mal.

9. Du point de vue de l'organisation des travaux, M. McCaffrey pense que le Rapporteur spécial devrait avoir l'occasion de présenter avant la fin de la session en cours son deuxième rapport, qui sera certainement propre à alimenter la réflexion des membres avant la session suivante.

10. M. BARBOZA note que le Rapporteur spécial, dans son rapport préliminaire (A/CN.4/416 et Add.1, par. 64), propose deux conceptions de la restitution en nature : la « définition A », qui vise le rétablissement du *statu quo ante*, et la « définition B », qui vise le rétablissement de la situation qui existerait ou aurait existé si le fait illicite n'avait pas été commis. Il faut voir à ce sujet que ces deux définitions se rapportent à deux instants différents : celui où se produit la violation et celui de la réparation, qui est certainement le plus important. Si l'on choisit la définition A, toutes les conséquences du fait n'auront pas été effacées au moment de la réparation : *quid*, par exemple, des intérêts dus sur le montant réclamé par l'Etat lésé ? Celui-ci pourrait y trouver un nouveau sujet de réclamation. Même si l'on peut hésiter à introduire dans la définition B une situation qui n'a jamais existé, il semble qu'il faille choisir cette définition si l'on désire préserver la possibilité de la *restitutio in integrum*.

11. De l'avis de M. Barboza, le rapport qui existe entre la cessation et la restitution ne crée aucune difficulté, car toutes deux appartiennent à la règle secondaire. Il ne partage pas les vues du Rapporteur spécial selon lesquelles la cessation est un effet continu de la relation juridique d'origine, et n'est pas de son avis lorsqu'il situe la cessation à mi-chemin des règles primaire et secondaire (*ibid.*, par. 61). Faire de la cessation un effet de la règle primaire et de la restitution un effet de la règle secondaire romprait avec la logique, car deux Etats seraient alors liés en même temps par une obligation juridique de cessation imposée par la règle primaire et une obligation de réparation imposée par la règle secondaire comme conséquence de la violation de la première. Il faut se rappeler qu'une obligation juridique n'est rien de plus qu'un lien juridique, et que son contenu est une chose tout à fait différente. L'obligation primaire n'a pas de consistance, car il est logiquement impossible de l'honorer. Une fois violée, elle s'éteint, puisqu'elle ne peut plus être satisfaite, car l'écoulement du temps apparaît ici comme un élément essentiel : avant l'instant T, l'obligation n'a pas été violée ; après, il y a eu violation. Il n'y a que deux termes

à l'alternative : ou bien l'obligation est honorée, ou bien elle est violée. Il s'ensuit que la cessation présuppose la violation.

12. L'origine de la confusion vient du fait que la cessation a toujours été liée à un fait continu dont l'interruption a causé l'illusion que l'obligation primaire a été respectée. Or, tel n'est pas le cas si l'on considère que le temps est un élément essentiel de l'obligation. M. Barboza l'illustre par un exemple : si des agents diplomatiques sont pris en otages, le contenu de l'obligation primaire réside en ceci qu'il ne faut pas entraver la liberté des personnes protégées par leur statut diplomatique. Mais, une fois la séquestration réalisée, cette obligation ne peut absolument plus être remplie : ayant été violée, elle appartient au passé. Le droit fait alors naître une deuxième obligation, celle de la cessation. Dans le cas des otages, l'obligation de cessation n'a même pas un contenu du même ordre que l'obligation primaire, puisque la libération des otages suppose un comportement actif, alors que l'obligation primaire consistait en une abstention. Le premier lien juridique naissait de sa propre source — en l'espèce, la Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques —, mais il est caduc. Il est remplacé par une nouvelle obligation, celle que prévoient les articles sur la responsabilité des Etats, avec divers éléments visant à effacer les autres conséquences matérielles de la violation, par exemple les intérêts cumulés pendant qu'un créancier s'est trouvé privé de l'argent que lui devait le débiteur fautif, ou les atteintes aux otages diplomatiques ou les dommages aux installations de la légation.

13. A supposer même que cessation et restitution relèvent toutes deux de la règle secondaire, il faut les séparer sur le plan conceptuel. Bien que la restitution exige la cessation, elle en diffère cependant. Le fait que l'une et l'autre se produisent en même temps n'entraîne pas que la cessation soit englobée dans la restitution ou qu'elle y soit « télescopée », comme l'a suggéré le Rapporteur spécial. Toujours dans le cas d'une prise d'otages, il a dit que, si les otages étaient remis à l'Etat qui les réclame, le fait illicite cesserait certainement ; mais il peut cesser également si les otages sont simplement relâchés, même si cet acte conduit à leur mort, par exemple s'ils sont lâchés dans une foule en furie.

14. Enfin, M. Barboza se déclare d'accord en général avec l'analyse que le Rapporteur spécial consacre à la question de l'impossibilité de la restitution en nature (*ibid.*, par. 85 à 90).

15. S'agissant du nouveau projet d'article 7, et plus précisément de la notion de restitution « trop onéreuse », M. Barboza relève que les alinéas *a* et *b* du paragraphe 2, qui précisait cette notion, visent deux éléments différents : l'alinéa *a* semble se référer à l'application du principe du « raisonnable », qui est l'un des guides sûrs dans la mise en œuvre du droit. L'alinéa *b* a trait à une situation entièrement différente : celle qui ressemble à un « état de nécessité », mais, au lieu d'exclure l'illicéité d'un fait d'un Etat non conforme à ses obligations internationales, la disposition dégage l'Etat de son obligation de restitution en nature. Il semble donc que l'alinéa *b* soit ici inopportun, et que son contenu relève plutôt de l'alinéa *b* du paragraphe 1 de

l'article 33 (Etat de nécessité) de la première partie du projet, adopté provisoirement en première lecture par la Commission. Si l'alinéa *b* du paragraphe 2 du projet d'article 7 disparaît, l'article dans son ensemble est acceptable.

16. Pour ce qui est du nouveau projet d'article 6, il n'y a rien à redire au fait de traiter à part de la cessation, à condition qu'il soit bien entendu qu'elle est, avec la restitution, un mode de réparation. Pour cela, on pourrait ajouter une précision — « sans préjudice de l'autre responsabilité qu'il a déjà encourue » —, de façon à faire ressortir que la cessation est aussi une responsabilité, et non pas une obligation primaire. Il faudrait aussi remplacer, dans la version anglaise, le verbe *remains* par *is* ; quant à l'expression « acte ou omission », on pourrait dire « acte » tout simplement, car ce terme répond aux deux hypothèses.

17. M. SOLARI TUDELA constate que les raisons invoquées par le Rapporteur spécial pour examiner séparément les conséquences des délits internationaux et celles des crimes internationaux sont essentiellement d'ordre méthodologique, et que, ainsi qu'il l'indiquait dans son rapport préliminaire, s'« il apparaissait, au vu des résultats, que l'on puisse renoncer en partie à cette distinction, le retour à des textes plus ou moins synthétiques ne serait plus qu'une question de rédaction » (A/CN.4/416 et Add.1, par. 12, al. *b*). Dans ces conditions, il serait bon de savoir si, dans le chapitre du projet consacré aux conséquences juridiques découlant d'un crime international, le Rapporteur spécial se propose de faire une distinction entre les crimes internationaux et les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, et de se pencher sur les différentes conséquences qu'il pourrait y avoir dans les deux cas, notamment en ce qui concerne la réparation.

18. C'est à la question de la cessation que le Rapporteur spécial attache le plus d'importance — et il fait à cet égard la distinction entre cessation et restitution en nature du double point de vue de leur caractère et de leur fonction. Selon le Rapporteur spécial, la cessation a sa source dans les règles primaires et la restitution dans les règles secondaires. Cependant, la doctrine et la pratique ne font pas toujours la différence entre ces deux notions. Reprenant du point de vue du droit interne le cas de la détention arbitraire d'une personne par les autorités de l'Etat, M. Solari Tudela dit que, dans un Etat qui ne connaît pas la primauté du droit, la libération de l'intéressé — c'est-à-dire la cessation du fait illicite — sera considérée comme suffisante, tandis que, dans un Etat de droit, sa libération ne mettra pas fin à l'affaire, la personne lésée pouvant réclamer à l'Etat une indemnisation. Il semble qu'il en aille de même en droit international public, que la différence entre cessation et restitution s'accroisse à mesure que s'affirmera une communauté internationale de droit et que, de plus en plus souvent, la violation d'une obligation internationale se soldera non seulement par la cessation du fait illicite, mais aussi par une réparation en bonne et due forme. La pratique des Etats offre déjà des exemples qui illustrent ces deux aspects de la responsabilité. C'est ainsi que, il y a un certain nombre d'années, les autorités israéliennes ont fait enlever en territoire argentin l'ancien nazi Adolf Eichmann, qu'elles accusaient du crime de génocide. On sait que l'intéressé

a ensuite été traduit en justice, reconnu coupable et exécuté en Israël. Mais on se rappellera aussi que le Gouvernement israélien n'a pas nié avoir agi en violation d'une obligation internationale — en l'occurrence, la souveraineté de l'Argentine —, et qu'il a présenté au gouvernement de ce pays une note à cet effet qui valait à ses yeux réparation.

19. M. Solari Tudela ne pense pas que la distinction entre ces deux aspects de la responsabilité internationale et leur indépendance réciproque puissent faire de doute. Il est donc justifié de consacrer un article distinct à la cessation. Mais le Rapporteur spécial a-t-il l'intention de laisser le nouvel article 6 sur la question dans le chapitre II de la deuxième partie du projet, relative aux conséquences juridiques découlant d'un délit international, ou de le placer dans le chapitre I^{er} (Principes généraux) [*ibid.*, par. 20] ?

20. En ce qui concerne la restitution en nature, le Rapporteur spécial procède à une analyse très complète de la doctrine et de la pratique des Etats. Aux termes du rapport (*ibid.*, par. 64), deux tendances se dégagent de la doctrine : l'une en faveur du rétablissement de la situation antérieure au fait illicite, et l'autre en faveur du rétablissement de la situation qui aurait existé en l'absence du fait illicite. Mais, bien que le Rapporteur spécial opte apparemment pour la seconde de ces tendances, cette préférence ne se reflète pas dans le nouveau projet d'article 7. Evoquant, à propos de cet article, la question des nationalisations (*ibid.*, par. 106) et de l'impossibilité en tels cas de la restitution en nature, le Rapporteur spécial indique que la doctrine contemporaine conteste le droit à la restitution dans ce domaine. La nationalisation étant un fait licite, et la responsabilité ayant trait aux faits illicites, il faut en conclure que la nationalisation en tant que telle ne relève pas de la responsabilité. Il n'en reste pas moins que l'Etat qui est indemnisé en cas de nationalisation peut rencontrer des difficultés quant au montant de son indemnisation.

21. Pour M. Solari Tudela, le texte du projet d'article 7 risque de poser des difficultés, notamment au paragraphe 3. Aussi justifiée que soit la norme qui y est dénoncée, il n'est pas certain qu'elle puisse être acceptée, vu l'expérience faite dans d'autres domaines du droit. Dans le cas des faits illicites qui violent leur droit interne, les Etats sont souvent empêchés d'appliquer la loi par les obstacles que leur impose l'ordre juridique interne d'un autre Etat. Accepteront-ils, dans le cas d'un fait internationalement illicite, une norme aussi rigoureuse que celle prévue dans l'article 7 ?

22. M. FRANCIS, se penchant tout d'abord sur les questions d'ordre général évoquées dans l'introduction et le chapitre I^{er} du rapport préliminaire (A/CN.4/416 et Add.1), approuve l'optique dans laquelle le Rapporteur spécial envisage la révision des articles 6 et 7 de la deuxième partie du projet. Il comprend, en particulier, l'accent mis sur la question de la cessation, c'est-à-dire sur l'obligation de l'Etat auteur, ainsi que l'idée de consacrer un article séparé aux droits de l'Etat lésé. Il souscrit aussi à la façon dont le Rapporteur spécial se propose d'aborder la question des délits et des crimes internationaux, étant entendu que l'on reviendra ensuite sur ce point pour voir s'il est possible de marier

les deux approches envisagées. Indiquant qu'il reviendra, le moment venu, sur la question de savoir s'il convient de s'inspirer pour cela des observations de M. McCaffrey, M. Francis évoque à ce sujet l'article 19 (Crimes internationaux et délits internationaux) de la première partie du projet, adopté provisoirement par la Commission en première lecture.

23. M. Francis pense que les articles 1 à 5 de la deuxième partie du projet pourraient former le chapitre I^{er} de cette partie, intitulé « Principes généraux », mais que, lorsque la Commission aura finalement adopté ces articles, l'article 5 trouvera sa place sous la rubrique « Expressions employées ». Cette disposition est essentiellement de caractère interprétatif et ne touche en rien aux principes généraux. Comme M. Carlero Rodrigues (2103^e séance), il pense que le nouveau projet d'article 6 sur la cessation devrait se trouver parmi les articles consacrés aux principes généraux.

24. Quant au plan pour les deuxième et troisième parties du projet, proposé par le Rapporteur spécial (A/CN.4/416 et Add.1, par. 20), M. Francis convient avec M. Yankov (2105^e séance) qu'il est nécessaire de définir les éléments qui entreront dans la troisième partie, consacrée au règlement pacifique des différends.

25. Il approuve sans réserve l'analyse et les conclusions du Rapporteur spécial sur la cessation (A/CN.4/416 et Add.1, par. 22, 31 et 61). La cessation en tant que conséquence découle principalement d'une obligation primaire, et n'est pas en ce sens une véritable conséquence juridique, mais une conséquence factuelle faisant suite à un fait internationalement illicite. Contrairement aux autres conséquences, elle ne découle pas des nouvelles relations juridiques nées de la violation d'une obligation internationale. Dans le cas d'un Etat qui commet accidentellement une violation d'une obligation internationale, constatée par ses propres organismes, lesquels y remédient, la cessation n'est pas à proprement parler une conséquence juridique du même ordre que les autres conséquences qui découlent de la violation.

26. M. Francis croit comprendre que, pour M. Benouna (2122^e séance), la cessation correspond à la restitution. Cela est vrai dans certains cas où la cessation est un moyen de remédier à la violation, mais la cessation ne s'en distingue pas moins de la restitution au sens propre en ce qu'elle dépend de la violation même de l'obligation internationale. Si un Etat bombarde un Etat voisin puis cesse de le faire, il peut être tenu à des réparations en cas de dommage, mais certainement pas à une restitution en nature. C'est pourquoi le Rapporteur spécial a raison de dire que la « 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 » (A/CN.4/416 et Add.1, par. 61).

27. Se référant au libellé du nouvel article 6 et, en particulier, à l'expression « fait internationalement illicite [à] [ayant un] caractère continu », M. Francis dit que le Rapporteur spécial devrait accorder plus d'attention à l'article 25 de la première partie du projet, intitulé « Moment et durée de la violation d'une obligation

internationale réalisée par un fait de l'Etat s'étendant dans le temps ».

28. A propos de la restitution trop onéreuse mentionnée à l'alinéa c du paragraphe 1 du nouveau projet d'article 7, M. Francis pense qu'il faudrait se replacer dans l'esprit des articles 31, 32 et 33 de la première partie, qui visent la force majeure et le cas fortuit, la détresse et l'état de nécessité, et qui n'excluent pas l'illicéité du fait si l'Etat auteur a contribué à cet état de choses. Il faudrait indiquer dans l'article 7 que, si le caractère trop onéreux de la restitution est une conséquence de la violation, l'Etat auteur ne doit pas en tirer parti.

29. Le projet d'article 7 de la deuxième partie, proposé par le précédent Rapporteur spécial, a suscité des réactions diverses, et M. Francis a, lui aussi, certaines réserves à ce sujet, s'agissant notamment de la question des résidents étrangers, qu'il faut aborder avec circonspection et sans oublier ce qui se passe dans le monde. M. Francis est originaire d'un petit pays, peuplé d'à peine plus de 2,5 millions d'habitants, et d'où un autre million a émigré, et il est particulièrement sensible à la question. Quand il y a violation d'une obligation internationale mettant en cause des résidents étrangers, l'important est de trouver une formule juridique qui, inspirée d'un souci humanitaire, permette d'améliorer le sort des intéressés dans la nouvelle situation issue de la violation — ce qui est tout à fait différent de la restitution.

30. M. SHI, après avoir rendu hommage aux efforts du Rapporteur spécial, constate que celui-ci reprend à son compte, dans ses grandes lignes, le plan des deuxième et troisième parties du projet soumis à la Commission par son prédécesseur, mais en lui imprimant sa marque personnelle et en lui apportant, pour des raisons de méthode, quelques modifications. Les nouveaux projets d'articles 6 et 7 de la deuxième partie ont été ainsi présentés pour remplacer ceux qui ont déjà été renvoyés au Comité de rédaction, et cette démarche est parfaitement naturelle.

31. Le plan révisé proposé par le Rapporteur spécial dans son rapport préliminaire (A/CN.4/416 et Add.1, par. 20) diffère du plan initial sur trois points majeurs. Premièrement, deux chapitres distincts de la deuxième partie sont proposés pour les conséquences juridiques découlant des délits internationaux et pour celles découlant des crimes internationaux. Deuxièmement, le Rapporteur spécial fait, dans chacune de ces catégories, une distinction entre les conséquences de fond et les conséquences de forme ou de procédure. Troisièmement, il consacre toute la troisième partie au règlement pacifique des différends nés d'un fait présumé internationalement illicite. La question se pose alors de savoir si les modifications ainsi proposées se justifient. Dans son rapport (*ibid.*, par. 16 et 18), le Rapporteur spécial souligne que ses propositions n'obéissent qu'à un souci méthodologique et n'entraînent de sa part aucune prise de position sur l'une quelconque des questions pratiques ou théoriques qui se posent. Mais peut-on vraiment séparer les questions de méthode des questions de théorie ou de doctrine? Par exemple, le Rapporteur spécial conclut à la nécessité de traiter séparément des

conséquences juridiques des délits et de celles des crimes parce qu'il est difficile de trouver un « plus petit dénominateur commun ». Or, dans le projet d'article 14 de la deuxième partie, renvoyé au Comité de rédaction, son prédécesseur admettait, implicitement du moins, l'existence d'un dénominateur commun aux conséquences juridiques des faits internationalement illicites, exception faite des crimes les plus graves, qui selon lui faisaient naître des conséquences juridiques propres. La différence n'est donc pas que de méthode, elle est aussi d'ordre théorique. En fait, la Commission ne pourra se prononcer sur la validité des modifications proposées par le Rapporteur spécial que lorsque celui-ci aura soumis tous ses rapports et projets d'articles sur les deuxième et troisième parties du projet.

32. En ce qui concerne le nouveau projet d'article 6, M. Francis convient avec le Rapporteur spécial de consacrer à la cessation des dispositions distinctes de celles sur la réparation, et il juge généralement convaincantes les raisons avancées à cet effet. Quelques observations s'imposent cependant.

33. Premièrement, le Rapporteur spécial dit (*ibid.*, par. 31) que la cessation relève plutôt du fait illicite que de ses conséquences juridiques et que, dans ce sens, elle n'est pas un des modes de réparation, en ajoutant que, en tant qu'obligation et remède, elle relève de l'application permanente et normale de la règle « primaire », dont le comportement illicite antérieur constituait une violation, plutôt que de la règle secondaire, laquelle ne devient applicable qu'après la survenance du fait illicite. M. Shi ne partage pas entièrement ces vues. Pour lui, comme pour d'autres membres, la cessation et la restitution en nature en tant que modes de réparation sont souvent combinées. Cela est vrai, par exemple, dans le cas d'une demande d'évacuation du territoire formulée par la ou les parties lésées, d'une libération d'otages ou d'une restitution d'objets. Il semble d'ailleurs que le Rapporteur spécial soit conscient de la difficulté qu'il y a à défendre une position extrême, puisqu'il dit (*ibid.*, par. 32) que la cessation se rattache malgré tout aux conséquences juridiques du fait illicite prises au sens large. En fait, il s'agit de questions théoriques épineuses, et M. Shi, à l'instar de M. Yankov (2105^e séance), pense que le Rapporteur spécial ne devrait pas pousser trop loin la distinction entre la cessation et la réparation, ou la restitution en nature en particulier.

34. Deuxièmement, le Rapporteur spécial fait une distinction entre, d'une part, le fait illicite à caractère continu ou se prolongeant dans le temps et, d'autre part, le fait illicite instantané, en ajoutant que la cessation ne présente d'intérêt réel que dans le premier cas. La difficulté tient ici à la définition du fait illicite à caractère continu, ou au critère à retenir pour le définir. Le Rapporteur spécial rappelle (A/CN.4/416 et Add.1, par. 34 *in fine*) que, en expliquant la distinction entre fait illicite continu et fait illicite instantané, dans le commentaire sur l'article 18 de la première partie du projet, la Commission a souligné que le premier était « un fait unique mais qui s'étale comme tel dans le temps avec un caractère de permanence », alors que le second était un « fait instantané à effets durables » — par exemple, l'acte de confiscation à propos duquel la Commission précisait que « le fait de l'Etat comme tel

prend fin ici dès que la confiscation a eu lieu, même si les conséquences en sont durables ». Et le Rapporteur spécial dit son désaccord avec la Commission sur ce point et se rallie aux vues du précédent Rapporteur spécial, M. Ago, et de H. Triepel (*ibid.*, par. 35 à 37). Pourtant, appliquée par exemple à la nationalisation de certains biens étrangers, la définition défendue par Triepel pourrait entraîner des conséquences insupportables pour l'Etat qui nationalise. En effet, à l'heure actuelle, un certain nombre d'Etats persistent à invoquer la prétendue règle du droit international traditionnel sur la nationalisation, dont la violation constituerait un fait illicite à caractère continu sous la forme d'une appropriation illégale de biens étrangers. Dans la logique du Rapporteur spécial, la cessation s'imposerait en l'occurrence, c'est-à-dire la « dénationalisation ». Et, comme le Rapporteur spécial l'indique (*ibid.*, par. 57), contrairement à la réparation, et en particulier à la restitution en nature, la cessation ne souffre aucune exception. La demande de cessation pourrait en tel cas menacer ou entraver le système social et économique de l'Etat visé. C'est un point dont le Rapporteur spécial devrait tenir compte.

35. Quant à la cessation en cas d'omission illicite, M. Shi ne s'opposerait pas à ce qu'elle soit prévue au projet d'article 6, mais, comme d'autres membres — dont M. Barboza (2102^e séance) et M. Tomuschat (2104^e séance) —, il doute que l'on puisse qualifier de cessation la demande faite par l'Etat lésé pour obtenir exécution de l'obligation de faire initiale. Du reste, le Rapporteur spécial admet une certaine incertitude en la matière, tant dans la doctrine que dans la pratique.

36. Le nouveau projet d'article 7, relatif à la restitution en nature, est lui aussi acceptable dans son ensemble, mais appelle à nouveau quelques observations. Tout d'abord, le Rapporteur analyse la notion de restitution en nature à partir de deux grandes tendances (A/CN.4/416 et Add.1, par. 64) : rétablissement du *statu quo ante* et rétablissement de la situation qui existerait ou aurait existé si le fait illicite n'avait pas été commis. Mais rien dans l'article 7 ne permet de dire quelle tendance il préfère. C'est là un point important, car les deux définitions entraînent des conséquences tout à fait différentes, comme le Rapporteur spécial le reconnaît d'ailleurs (*ibid.*, par. 67). Pour sa part, M. Shi préfère définir la restitution en nature comme étant le rétablissement du *statu quo ante*.

37. Le Rapporteur spécial donne l'impossibilité comme limite à la restitution en nature — qu'il s'agisse de l'impossibilité matérielle, de l'impossibilité légale ou du caractère excessif de la charge pour l'Etat auteur. Pour ce qui est de l'impossibilité légale, il n'admet que celle qui mettrait en cause une norme impérative du droit international général. Au paragraphe 3 de l'article 7, il exclut par conséquent que les Etats puissent se prévaloir d'obstacles découlant de leur droit interne pour se soustraire à l'obligation de restitution en nature. En tant que principe général, cette proposition se justifie, mais cela ne signifie pas qu'il faille écarter résolument tous les obstacles découlant du droit interne. D'autres membres l'ont déjà dit : il serait parfois difficile, sinon impossible, d'écarter ou d'annuler la décision d'une juridiction nationale, et notamment d'une juridiction

supérieure. S'il est vrai que certains systèmes juridiques permettent au gouvernement d'intervenir dans l'instance portée devant un tribunal lorsqu'il considère qu'il y a risque de violation d'une obligation conventionnelle, il se pourrait aussi qu'un gouvernement ne puisse, pour des raisons d'ordre constitutionnel, contester la décision d'un tribunal supérieur. Manifestement, ce serait là un cas d'impossibilité légale à la restitution en nature. Le Rapporteur spécial reconnaît d'ailleurs qu'il faudra parfois prendre en considération les difficultés tenant au droit interne — en particulier dans le cas de l'expropriation. Cependant, il ne voit pas dans ce cas une impossibilité légale interne, mais plutôt une impossibilité découlant du caractère excessif de la charge, équivalant à une entrave sérieuse au système politique, économique ou social de l'Etat. Cependant, si l'acte d'expropriation est réputé être un fait à caractère continu — dans le sens où le Rapporteur spécial l'entend (*ibid.*, par. 35 à 37) —, la cessation s'imposera et elle ne souffrira donc aucune exception. Et la question de la distinction entre cessation et restitution se posera une fois de plus.

38. Enfin, M. Shi pense, comme le Rapporteur spécial, qu'il n'y a pas lieu de concevoir un régime spécial pour les faits illicites touchant le traitement des étrangers. La suppression du projet d'article 7 présenté par le précédent Rapporteur spécial est donc à envisager. Les raisons exposées par le Rapporteur spécial (*ibid.*, par. 104 à 108), en particulier l'inadéquation de la distinction entre dommages directs et indirects causés à l'Etat, suffiraient à la justifier. Il reste que cette distinction demeure importante dans un régime de responsabilité des Etats appliqué au traitement des étrangers : c'est à cause de cette distinction que les Etats n'ont pas le droit de soutenir les demandes de leurs citoyens avant l'épuisement des recours internes ou lorsqu'il n'y a pas déni de justice manifeste.

39. M. DÍAZ GONZÁLEZ dit que, comme les projets d'articles proposés par le Rapporteur spécial seront renvoyés au Comité de rédaction, c'est à celui-ci qu'il fera directement part de ses observations sur la forme et le fond de ces textes, afin de gagner du temps.

40. M. ARANGIO-RUIZ (Rapporteur spécial) remercie les membres de la Commission qui, favorables ou opposés à ses propositions, l'ont tous éclairé sur la voie à suivre. Il résumera le débat en se conformant au plan suivi dans son rapport préliminaire (A/CN.4/416 et Add.1), c'est-à-dire en abordant d'abord le plan proposé pour les deuxième et troisième parties du projet, puis la cessation et enfin la restitution en nature.

41. En ce qui concerne le plan proposé (*ibid.*, par. 20), le Rapporteur spécial note que presque tous les membres qui se sont exprimés sur ce sujet se sont interrogés sur le rapport entre les délits internationaux et les crimes internationaux. Comme il l'a déjà expliqué, il propose de traiter séparément les délits et les crimes, uniquement parce qu'à son avis les délits sont bien connus et moins difficiles à appréhender, tandis que les crimes relèvent, du moins pour lui, d'un domaine moins connu et plus délicat. En principe, il n'est pas hostile à la formule « de surcroît » (*ibid.*, par. 11). Cependant, il lui semble un peu curieux, étant donné l'évolution du

droit international et la distinction entre délits internationaux et crimes internationaux, qui est établie dans l'article 19 de la première partie du projet, de traiter d'emblée, en bloc, des deux catégories de faits internationalement illicites, en ne retenant qu'une seule différence, celle introduite par la formule « de surcroît ». Il persiste à penser que ce n'est qu'après avoir traité à fond des délits qu'il pourra servir utilement la Commission au stade plus délicat encore de ses travaux : la conception et l'élaboration d'un régime applicable aux conséquences particulières attachées ou devant s'attacher aux crimes, dans le cadre du développement progressif du droit international.

42. Il est vrai qu'il existe ici et là, dans les projets d'articles sur lesquels il a travaillé jusqu'ici — y compris ceux qu'il entend présenter dans son deuxième rapport —, des éléments qui pourraient peut-être s'appliquer plus ou moins bien aux crimes et aux délits. Mais il n'en est pas assez certain pour s'aventurer vers une telle conclusion. Par exemple, il a signalé dans son rapport préliminaire qu'il se pourrait que la règle sur la cessation et sa présence dans un article distinct s'imposent davantage dans le cas des crimes que dans celui des délits — commentaire qui vaut également pour la satisfaction, dont traitera le deuxième rapport. Cependant, le Rapporteur spécial n'est pas sûr de toutes les conséquences. Il se pourrait, par exemple, que la satisfaction ne s'applique pas sous toutes ses formes, en tant que réparation, dans le cas des crimes ; mais il n'est pas sûr non plus, au stade initial actuel de ses travaux en tant que rapporteur spécial, de la mesure, des conditions et de la forme sous lesquelles la satisfaction serait requise en cas de délit. Il serait moins aisé de réduire les divergences si l'article qui en résultait traitait en une seule et même fois les délits et les crimes. M. Koroma (2105^e séance) a bien vu cette difficulté, et c'est ce qui lui a fait suggérer d'explorer les faits illicites qui se situent dans des zones « grises », à mi-chemin entre les délits et les crimes. Pour sa part, M. Barsegov (2104^e séance) a fait observer que, dans les codes pénaux nationaux, le législateur commence par définir les infractions, avant d'indiquer la sanction qui correspond à chacune d'elles en fonction de sa gravité. Mais, comme M. Barsegov l'a d'ailleurs lui-même rappelé, la matière à l'étude concerne les faits internationalement illicites. Le Rapporteur spécial ne croit donc pas qu'il s'agisse en l'occurrence de définir les infractions — autrement dit, les règles primaires — ou de déterminer les sanctions, comme dans un code pénal national : il y a, d'une part, les délits internationaux et, d'autre part, les crimes internationaux ; mais, ni dans un cas ni dans l'autre, on ne dispose d'une définition claire et non controversée de faits illicites (à l'exception de catégories très larges et mal définies de crimes), ou de peines précises à appliquer pour les crimes, ou de mécanismes de sanction. Il ne croit pas non plus qu'il soit si facile de transposer en droit international des modèles typiques du droit pénal national. Il dit que, en tout cas, il n'est pas en mesure de le faire immédiatement et aussi aisément que M. Barsegov semble le suggérer.

43. Selon M. Graefrath (*ibid.*), il ne faudrait en fait envisager aucune sanction, pas même des dommages-intérêts punitifs. En outre, M. Barsegov a dit qu'il

n'était pas certain que la *restitutio* pût s'appliquer dans le cas des crimes internationaux. Elle s'y appliquera dans une certaine mesure, mais il est fort possible aussi que les dispositions du projet d'article 7 ne s'appliquent pas toutes de la même manière aux crimes et aux délits. Il semble donc préférable que la Commission se prononce d'abord sur les conséquences juridiques des délits, telles qu'elles sont proposées dans l'article 7, et qu'ensuite elle voie comment elle pourrait les adapter en cas de crimes.

44. Le Rapporteur spécial pense que M. Bennouna (2122^e séance) partage son analyse de la distinction entre délits internationaux et crimes internationaux, mais en allant peut-être un peu trop loin pour ce qui est des conséquences : selon M. Bennouna, l'article 19 de la première partie compliquerait la codification de la matière parce qu'il met en jeu des éléments du droit pénal qui sont sans relation avec les réalités internationales et qu'il fera naître des difficultés dans la sanction des crimes. En d'autres termes, M. Bennouna, qui a souligné avec raison les difficultés du sujet, semble vouloir se défaire de l'article 19. Personnellement, le Rapporteur spécial n'en a pas l'intention, pour les mêmes raisons, notamment, qui conduisent M. Barsegov à vouloir que les conséquences des crimes soient immédiatement énoncées. Quant à M. Graefrath, s'il souscrit en principe à la méthode suivie par le Rapporteur spécial — c'est-à-dire à la distinction en question —, il craint que les dispositions distinctes pour les crimes ne soient énoncées en termes de sanction et pense qu'il serait imprudent d'interpréter le régime applicable aux violations les plus graves des obligations internationales comme une forme de responsabilité pénale. Le Rapporteur spécial n'est pas d'accord avec cette façon de voir et il rappelle que, d'après le précédent Rapporteur spécial, M. Ago, et d'autres juristes, les conséquences du fait internationalement illicite ne se limitaient pas exclusivement à la réparation. En effet, la réparation, quelle que soit la forme qu'elle revêt, renferme, outre un élément purement correctif, un élément afflictif. Comme l'atteste la pratique diplomatique, cela vaut même dans le cas des délits. Il reste qu'il est difficile de concevoir une sanction pour un Etat, et *a fortiori* de la lui infliger. Certes, trois grands Etats ont été sanctionnés à l'issue de la seconde guerre mondiale, mais cette punition a consisté en une défaite sur les champs de bataille, et c'est grâce à cette défaite que l'on a pu pourvoir à la punition des crimes individuels contre la paix et contre l'humanité. Il y a lieu cependant de noter à cet égard que M. Tomuschat (2104^e séance) a eu raison de rappeler qu'il faut prévoir certaines limites aux possibilités de réparation, dans l'intérêt des populations, car on ne saurait châtier un Etat sans punir sa population. Malgré tout, il faudra bien envisager une forme ou une autre de punition, de mesures coercitives. La satisfaction, par exemple, est sans aucun doute une forme de punition dans le cas des délits, bien que, dans ce cas, la punition soit, sous la plupart de ses formes, demandée par l'Etat lésé, et que ce soit l'Etat auteur qui, en un sens, se punisse lui-même.

45. La distinction entre délits et crimes s'impose aussi en ce qui concerne la cessation : dans le cas des crimes, la disposition correspondante doit être énoncée en

termes plus fermes que dans le cas des délits ou autres faits internationalement illicites.

46. Le deuxième grand problème de méthode est la distinction entre, d'une part, les conséquences de fond — la réparation et les formes qu'elle peut prendre — et, d'autre part, les mesures — au sens de contre-mesures —, lesquelles sont essentiellement les instruments dont on se sert pour obtenir la cessation, la restitution en nature, une indemnisation pécuniaire ou la satisfaction. Ces mesures sont assujetties à certaines conditions préalables que l'on pourrait qualifier de « prémesures », et qui sont constituées par les initiatives que doit prendre l'Etat lésé avant de recourir aux mesures. Elles relèvent de la mise en œuvre et, alors que le précédent Rapporteur spécial en traitait dans la troisième partie du projet, le Rapporteur spécial préférerait quant à lui les placer dans la deuxième partie — à côté des mesures précisément. C'est là le troisième point sur lequel il s'écarte du plan proposé par son prédécesseur. Il lui semble, par ailleurs, que ces deux dernières questions de méthode — la distinction entre les conséquences de fond et les instruments utilisés pour l'obtenir, et la distinction entre les mesures et les « prémesures » — sont moins controversées que la distinction entre délits et crimes. En effet, un seul orateur, M. Graefrath, a formulé des réserves sur la distinction entre conséquences de fond et conséquences procédurales, et très peu sur la manière d'aborder les problèmes de mise en œuvre, c'est-à-dire sur les « prémesures ».

47. Pour ce qui est de la première de ces distinctions, M. Graefrath l'accepte à condition qu'elle ne soit pas considérée comme une distinction absolue, ce que le Rapporteur spécial est tout prêt à lui concéder : il est évident que la réparation ne relève pas exclusivement des conséquences de fond, et que les mesures ne sont pas exclusivement procédurales. Cependant, M. Graefrath dit craindre, comme au sujet de la distinction entre crimes et délits, que cette distinction n'entraîne une criminalisation des Etats en cas de violation grave. Sur ce point, le Rapporteur spécial estime — et M. Razafindralambo (2102^e séance), entre autres membres, semble être du même avis — que la réparation relève principalement du fond, et qu'elle n'acquiert un caractère procédural, par exemple avec la satisfaction ou les dommages-intérêts punitifs, que s'il y a eu intention délibérée ou négligence — hypothèse où l'on se rapproche de la sanction, comme dans le cas des délits les plus graves et *a fortiori* des crimes. Quant aux mesures, elles sont principalement des instruments, et en ce sens — mais en ce sens seulement — elles sont de nature procédurale, car elles ne sont pas une fin en soi, mais servent un objectif qui est de réparer ou de punir. Les considérer comme des conséquences de fond serait donner à penser qu'elles sont dans tous les cas punitives ou vengeresses, et de droit pour l'Etat lésé, alors qu'il faut plutôt y voir les instruments d'une faculté qui s'exerce dans un but bien défini, celui d'obtenir réparation pour les délits les plus courants, et parfois de punir pour les actes d'une plus grande gravité.

48. Pour ce qui est de la mise en œuvre et de la manière dont le Rapporteur spécial conçoit la troisième partie, son intention de placer les « prémesures » dans la deuxième partie et de réserver cette troisième partie

au règlement des différends semble avoir été approuvée par un certain nombre d'orateurs, notamment M. Razafindralambo, M. Calero Rodrigues (2103^e séance), M. Al-Qaysi et M. Al-Khasawneh (2122^e séance). Sa démarche découle de la conviction que les initiatives des Etats constituant les conditions préalables à la licéité des mesures doivent être envisagées en même temps que les mesures elles-mêmes. Il ne voit pas, en effet, comment on peut passer aux mesures sans d'abord établir clairement, dans le même contexte, dans quels cas et dans quelles circonstances on ne peut y recourir sans une forme ou une autre d'action préalable. Quant à savoir si les dispositions relatives à ces conditions doivent être placées avant ou après les dispositions relatives aux mesures, telles que la réciprocité ou les repréailles, il semblerait raisonnable de les placer immédiatement après ces dernières, de manière à indiquer les conditions générales de la licéité desdites mesures. Les reléguer dans la troisième partie, comme si elles constituaient un élément mineur de la mise en œuvre, serait dangereux. Il est essentiel d'indiquer clairement que le recours immédiat à des mesures par un Etat qui se prétend lésé, sur la seule base d'une opinion unilatérale, exclusive et souveraine, sans même un échange de notes diplomatiques, ne saurait être la règle. A cet égard, il désapprouve vigoureusement, tant du point de vue de la codification que de celui du développement progressif du droit, le *dictum* radical bien connu qui figure dans la sentence arbitrale rendue dans l'affaire concernant l'Accord relatif aux services aériens⁵. Malgré tout le respect qu'il porte aux arbitres éminents qui ont rendu cette sentence, il estime qu'elle ouvre trop largement la voie à des pratiques que seuls les « puissants » peuvent se permettre et que la Commission serait bien avisée de condamner.

49. Pour ce qui est de la troisième partie du projet, dont nul ne s'attend à ce qu'elle consacre des progrès révolutionnaires dans le domaine du règlement pacifique des différends, le Rapporteur spécial s'efforcera de redonner vie à des propositions qu'il avait présentées au nom de l'Italie et avec les Pays-Bas, le Japon, Madagascar et le Dahomey (maintenant le Bénin) au cours des négociations malheureuses qui ont eu lieu sur le principe du règlement pacifique des différends à l'occasion de l'élaboration de la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies⁶. Il se réfère aussi au rapport de protestation qu'il avait présenté au Comité chargé de l'élaboration de cet instrument, précisément parce que le principe du règlement pacifique avait été minimisé dans le texte qui avait été finalement retenu. Il faut néanmoins être réaliste, lorsqu'on envisage le problème des procédures de règlement par tierce partie dans le cadre d'un projet d'articles sur la responsabilité. On ne doit pas négliger le fait qu'accepter toute procédure obligatoire de règlement par tierce partie dans un domaine aussi vaste que la responsabi-

⁵ Affaire concernant l'accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946 entre les Etats-Unis d'Amérique et la France, sentence arbitrale du 9 décembre 1978 [Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. XVIII (numéro de vente : E/F.80.V.7), p. 454].

⁶ Résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale du 24 octobre 1970, annexe.

lité des Etats signifie pour les Etats qu'ils accepteront de se soumettre à une telle procédure pour manquement à toute obligation découlant d'une règle de droit international quelle qu'elle soit, dans n'importe quel domaine, et quelle que soit la gravité du conflit d'intérêts en cause. Il est évident qu'il sera très difficile pour les Etats d'accepter des engagements aussi contraignants.

50. Pour conclure ses commentaires concernant le plan proposé, le Rapporteur spécial note que M. Yankov (2105^e séance) et M. Francis ont dit à raison que le plan, précis et détaillé pour la deuxième partie du projet, ne l'était plus pour la troisième partie dont le titre seul était donné. Il explique que cela n'est pas dû à une négligence, mais au fait qu'il procède par étapes et qu'au stade actuel il n'est pas en mesure de prévoir en détail comment s'articuleront précisément les deuxième et troisième parties, ni ce qu'elles contiendront exactement.

51. Une autre observation portait sur la présentation des rapports. Le Rapporteur spécial convient que les rapports devraient être présentés à temps et dit avoir pris les mesures nécessaires pour éviter tout retard. Cependant, on ne saurait attendre de lui qu'il puisse réexaminer en une seule fois — c'est-à-dire dans un seul rapport — toutes les questions traitées dans les projets d'articles 6 à 16 de la deuxième partie, dont le Comité de rédaction est actuellement saisi. Le sujet de la responsabilité des Etats et, partant, la responsabilité du Rapporteur spécial devant la Commission et la Sixième Commission de l'Assemblée générale sont immenses. Les règles qui seront finalement consacrées dans les projets d'articles, et éventuellement dans une convention, devront s'appliquer à la violation de toutes les normes du droit international et sont appelées à rester longtemps en vigueur après leur adoption. En outre, tout projet d'article élaboré non seulement par la Commission, mais aussi par un Rapporteur spécial attire l'attention des gouvernements et des juristes bien avant de revêtir sa forme définitive, et parfois avant même d'avoir été examiné en première lecture. Quoiqu'il regrette d'avoir à le dire, le Rapporteur spécial estime que, en dépit de leurs mérites indéniables, les projets d'articles qu'il vient de mentionner demeurent insuffisants du double point de vue du développement et de la codification progressive du droit. La documentation rassemblée, ou qui reste à rassembler et à analyser, est elle aussi énorme : on en trouve déjà un échantillon dans le rapport préliminaire, et on en trouvera un échantillon plus substantiel pour ce qui est de l'indemnisation, des dommages, des intérêts et de la satisfaction dans le deuxième rapport, par lequel s'achèvera l'examen de la question de la réparation. La Commission ne serait donc pas fondée à regretter qu'elle n'est saisie que des deux premiers projets d'articles sur les conséquences de fond du fait internationalement illicite, car elle peut déjà se faire une idée générale assez précise de l'ensemble de ces conséquences. Elle sera saisie à la prochaine session de projets d'articles sur les mesures et les « prémesures » et — il l'espère — l'année suivante de projets d'articles sur les conséquences des crimes.

52. En ce qui concerne la cessation, trois questions ont été soulevées : sa nature et sa relation avec la réparation, la place où les dispositions la concernant doivent

figurer dans le projet, et le libellé du nouveau projet d'article 6.

53. Sur le premier point, le Rapporteur spécial note que la définition provisoire qu'il a donnée de la cessation, en la distinguant de la réparation, est contestée par M. Barboza et, dans une moindre mesure, par M. Tomuschat et M. Bennouna. Il croit néanmoins comprendre que ce qu'ils ont dit à cet égard ne va pas à l'encontre de la position qu'il a adoptée. Il rappelle qu'il a en effet admis que l'obligation de faire cesser le fait illicite, si elle découlait de la règle primaire initiale, résultait aussi de ce que la violation de cette règle avait déjà commencé, et qu'à ce point de vue l'obligation de cessation était une conséquence au sens large du fait illicite. C'est ce qu'il tentait d'expliquer dans son rapport, tout en soulignant que souvent la cessation n'est guère visible parce qu'elle se fonde dans la restitution en nature. Il ne nie donc pas que la cessation présuppose le commencement du fait illicite : cela est absolument évident.

54. Bien entendu, il n'a pas manqué d'attirer l'attention de la Commission sur le télescopage entre les remèdes qui a lieu en pratique devant les tribunaux arbitraux, et c'est bien cela qu'ont compris M. Hayes (2105^e séance) et M. Al-Qaysi à la lecture du rapport. La référence à l'affaire de la *SNCF* (A/CN.4/416 et Add.1, note 59) a été parfaitement bien comprise par M. Al-Qaysi, et il ne faut pas la lire dans le sens indiqué par M. Barboza (2102^e séance).

55. Encore faut-il observer que cette absorption de la cessation dans la réparation ne se produit pas toujours et que, dans certaines affaires — l'affaire de *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*⁷ en est une illustration —, la cessation a nettement la primauté. On peut aisément imaginer d'autres situations où la cessation serait le souci majeur du gouvernement intéressé : par exemple, l'extension progressive de l'occupation d'un territoire, ou la restriction progressive des droits et libertés des étrangers dans un Etat en violation du droit conventionnel ou du droit international général, ou encore une violation continue des droits de l'homme imputable à un régime ou consubstantielle à un régime et constituant de ce fait une violation permanente et systématique du droit international conventionnel ou général.

56. Quant à la distinction entre règles « primaires » et règles « secondaires », à laquelle certains membres lui reprochent d'avoir porté atteinte, le Rapporteur spécial indique que c'est précisément sur cette distinction qu'il fonde le rôle distinct, sinon nécessairement isolé, de la cessation. Bien entendu, il ne s'agit pas là pour autant d'un article de foi, et c'est pour cette raison qu'il a parlé d'une zone « grise ». Si certains passages de son rapport — cités par M. Solari Tudela et M. Shi — ont pu créer des doutes sur ce point, ces doutes devraient être levés à la lecture du paragraphe 32 du rapport. A cet égard, l'observation de M. Shi concernant la question des nationalisations vue sous l'angle de la cessation et de la restitution est fort pertinente, et le Rapporteur spécial dit en avoir pris bonne note.

⁷ Voir 2104^e séance, note 7.

57. Pour ce qui est de la place des dispositions relatives à la cessation, le Rapporteur spécial pense qu'elles devraient venir avant les divers modes de réparation, mais après la première partie du projet. Il est donc favorable à la suggestion de M. Calero Rodrigues de les placer dans les principes généraux, au chapitre I^{er} de la deuxième partie.

58. S'agissant du texte du nouveau projet d'article 6, le Rapporteur spécial dit que, s'il a employé le mot *remains* de préférence à *is*, c'est pour insister sur la permanence de l'obligation de l'Etat et sur la pérennité de la règle primaire, règle que les violations, aussi nombreuses soient-elles, ne sauraient faire disparaître.

59. Pour ce qui est de la formule proposée par M. Graefrath pour l'article 6 (2104^e séance, par. 31), qui revient à dire que l'Etat auteur du fait est tenu de l'obligation de cessation si l'Etat lésé le demande (*subject to a claim*), elle aurait le défaut d'affaiblir la règle énoncée dans l'article. Lors de la rédaction de l'article 6, le Rapporteur spécial a envisagé une formule prévoyant un recours pour l'Etat lésé. Il l'a écartée en considérant les implications qu'une telle formule pourrait avoir pour le problème de l'acquiescement. L'adoption de la proposition de M. Graefrath n'impliquerait-elle pas que le silence de l'Etat lésé sera interprété trop facilement comme un acquiescement? Il ajoute qu'il peut accepter l'autre suggestion qui a été faite, notamment par M. Razafindralambo (2102^e séance, par. 60), au sujet de la notion de faits illicites « s'étendant dans le temps ».

60. Enfin, quant à la restitution en nature, le Rapporteur spécial dit que, à la différence de M. Graefrath, de M. Barboza et de M. Shi, mais comme M. Calero Rodrigues, M. Al-Qaysi, M. Hayes, M. McCaffrey et M. Solari Tudela, il est favorable à la conception large de la notion de restitution. A cet égard, le projet d'article 8 — qui figurera dans son deuxième rapport à paraître — affirme très clairement que la réparation doit être entendue au sens le plus large, c'est-à-dire qu'elle doit conduire au rétablissement de la situation qui aurait existé si le fait illicite n'avait pas été commis. Quant aux craintes suscitées par les diverses limitations à l'obligation de restitution en nature qui sont prévues aux paragraphes 1 et 2 du projet d'article 7, il espère qu'elles seront dissipées, au moins en partie, par la lecture des projets d'articles suivants, et notamment de l'article sur l'indemnisation pécuniaire. On verra alors qu'un Etat qui se libère de son obligation de restitution en nature en invoquant l'une des raisons prévues aux paragraphes 1 et 2 de l'article 7 n'en demeure pas moins tenu de réparer le dommage par une indemnisation pécuniaire.

61. Répondant à la suggestion de M. Al-Baharna (2122^e séance) de conserver l'expression latine *restitutio in integrum* utilisée dans l'article 7, le Rapporteur spécial dit que cela pourrait être source de confusion, d'autant plus que cette expression n'a pas exactement le même sens en droit romain, en droit civil et dans la « common law ». Il indique aussi, en réponse à une observation de M. Tomuschat, que la question des dommages-intérêts sera examinée dans son deuxième rapport.

62. Pour ce qui est de la question de la nullité soulevée par M. Al-Khasawneh au sujet du paragraphe 3 du projet d'article 7, le Rapporteur spécial répond qu'il voit mal un tribunal international annuler directement des dispositions législatives internes ou le jugement d'un tribunal national. Un tribunal international ne peut que déclarer l'illicéité internationale de la présence ou des effets — selon le cas — de dispositions de droit national et adresser une injonction à l'Etat. Il appartiendra à celui-ci d'annuler la disposition ou le jugement qui fait obstacle à la restitution ou aux autres modes de réparation.

63. En conclusion et en réponse à une question du PRÉSIDENT, le Rapporteur spécial se dit favorable au renvoi des nouveaux projets d'articles 6 et 7 au Comité de rédaction.

64. M. EIRIKSSON ne s'oppose pas au renvoi des articles au Comité de rédaction, mais s'interroge sur ce que le Comité est censé faire de ces textes.

65. LE PRÉSIDENT dit que, sauf objection, il considérera que la Commission renvoie au Comité de rédaction les projets d'articles 6 et 7 présentés par le Rapporteur spécial.

Il en est ainsi décidé.

La séance est levée à 18 h 10.

2128^e SÉANCE

Jeudi 29 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. Razafindralambo, M. Reuter, M. Roucounas, M. Sepúlveda Gutiérrez, M. Shi, M. Solari Tudela, M. Thiam, M. Tomuschat, M. Yankov.

Coopération avec d'autres organismes

[Point 10 de l'ordre du jour]

DÉCLARATION DE L'OBSERVATEUR
DU COMITÉ JURIDIQUE CONSULTATIF AFRICANO-ASIATIQUE

1. Le PRÉSIDENT invite M. Njenga à prendre la parole en sa qualité d'observateur du Comité juridique consultatif africano-asiatique.

2. M. NJENGA (Observateur du Comité juridique consultatif africano-asiatique) dit que le Comité juridique consultatif africano-asiatique attache beaucoup d'importance à ses liens traditionnels avec la Commission, qui remontent aux années 60. En tant que secrétaire général du Comité depuis deux ans, il est convaincu de