

Document:-
A/CN.4/SR.2634

Compte rendu analytique de la 2634e séance

sujet:
Responsabilité des Etats

Extrait de l'Annuaire de la Commission du droit international:-
2000, vol. I

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

2634^e SÉANCE

Jeudi 8 juin 2000, à 10 h 5

Président : M. Chusei YAMADA

Présents : M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Crawford, M. Dugard, M. Economides, M. Elaraby, M. Gaja, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Kabatsi, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Momtaz, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Simma.

Responsabilité des États¹ (suite*) [A/CN.4/504, sect. A, A/CN.4/507 et Add.1 à 4², A/CN.4/L.600]

[Point 3 de l'ordre du jour]

TROISIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (suite*)

1. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à reprendre l'examen du sujet de la responsabilité des États sur la base de la section B du chapitre premier du troisième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/507 et Add.1 à 4).

2. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) indique que, conformément à l'approche approuvée par la Commission, le chapitre II de la deuxième partie du projet d'articles traite des différentes formes que peut prendre la réparation du point de vue des obligations de l'État qui a commis le fait internationalement illicite. Dans le texte adopté en première lecture, outre les assurances et garanties de non-répétition, trois formes de réparation étaient prévues, à savoir la restitution en nature, l'indemnisation et la satisfaction. En outre, le Rapporteur spécial a estimé que les dispositions du paragraphe 2 de l'article 42 adoptées en première lecture relatives à la faute contributive et l'atténuation de la responsabilité avaient leur place dans le chapitre II plutôt que dans le chapitre premier, puisqu'il s'agit de restrictions aux formes de la réparation. Par ailleurs, dans son deuxième rapport, le rapporteur spécial de l'époque, M. Arangio Ruiz, avait proposé un article distinct sur les intérêts³ qui avait été vivement critiqué et finalement abandonné parce qu'il était axé sur des éléments non essentiels plutôt que sur les intérêts proprement dits. Il ressort du débat qui a eu lieu à l'époque que la plupart des membres de la Commission admettaient l'existence d'un principe général en faveur du paiement d'intérêts et que si

une disposition appropriée avait été présentée à l'époque à la Commission, celle-ci l'aurait adoptée. C'est pourquoi le Rapporteur spécial propose un nouvel article sur les intérêts. Dans le même temps, il a supprimé, dans le nouvel article 44 qu'il propose, la référence aux intérêts.

3. S'agissant des articles 42 et 43, aucun État n'a proposé de supprimer de dispositions de ces articles. Il y a certes eu des critiques quant à leur libellé, en particulier en ce qui concerne les exceptions figurant à l'article 43, et les États ont aussi demandé que les dispositions relatives à certaines questions comme l'indemnisation soient plus détaillées, mais ils ont souscrit à l'idée que la restitution, l'indemnisation et la satisfaction constituaient trois formes distinctes de réparation et ont d'une manière générale souscrit à la position adoptée en première lecture quant à la relation qui les unissent. Le Rapporteur spécial dit qu'il s'est toutefois penché sur la question de cette relation dans son troisième rapport, et notamment sur celle de la relation entre restitution et indemnisation, parce qu'elle demeure controversée en doctrine.

4. L'article 43 adopté en première lecture posait le principe de la priorité de la restitution en nature et prévoyait quatre exceptions. La restitution est considérée comme la première forme de réparation, et l'indemnisation comme une forme supplétive à utiliser dans la mesure où la restitution ne réparerait pas intégralement le préjudice. Le Rapporteur spécial indique incidemment qu'il a préféré utiliser *restitution* à *restitution in kind* dans le texte anglais, afin d'éviter tout malentendu, mais qu'il ne s'opposera pas bien entendu à ce que l'on continue de parler de « restitution en nature » dans le texte français. En effet, compte tenu du contexte de la teneur de l'article 43, il n'y a pas de confusion possible quant à la notion.

5. Sur le fond, la relation entre la restitution et la cessation constitue un problème complexe, celui du contenu de l'obligation de restitution dans les cas où l'obligation primaire n'est plus en vigueur. Ce problème s'est posé dans plusieurs affaires récentes. Ainsi, dans l'affaire du *Rainbow Warrior*, la restitution n'avait pas d'objet si l'obligation sous-jacente n'était pas maintenue en vigueur. Par contre, dans l'affaire du *Grand-Belt*, le problème de la restitution se posait dans le contexte d'une obligation continue de respecter la liberté de passage par le Grand-Belt, de telle manière que s'il y avait eu entrave illicite à ce passage – ce point était bien entendu en litige – la restitution aurait été importante. La relation entre cessation et réparation est traitée au chapitre premier, et cette question se prête à l'analyse théorique mais n'a pas à être mentionnée dans le projet d'article, même si elle pourrait faire l'objet de développements dans le commentaire. La relation entre restitution et indemnisation est par contre plus importante en ce qui concerne le libellé. M. Arangio Ruiz a défendu avec force l'idée que la restitution était la forme de réparation par excellence et que les autres formes de réparation n'en étaient que des substituts dans les cas où elle n'était pas possible. Le problème que soulève cette position est que, dans la grande majorité des cas, la forme de réparation effectivement utilisée est l'indemnisation. Quoi qu'il en soit du point de vue théorique, les affaires individuelles ne peuvent être résolues qu'en tenant compte des circonstances propres à l'espèce et en particulier des règles primaires, car souvent l'État qui demande

* Reprise des débats de la 2623^e séance.

¹ Pour le texte du projet d'articles adopté à titre provisoire par la Commission en première lecture, voir *Annuaire...* 1996, vol. II (2^e partie), chap. III, sect. D, p. 62.

² Reproduit dans *Annuaire...* 2000, vol. II (1^{re} partie).

³ Voir 2616^e séance, note 5.

la restitution cherche à obtenir ce faisant quelque chose auquel il n'avait peut-être pas droit. Ainsi, dans le cas du Tribunal du contentieux entre les États-Unis et l'Iran, les États-Unis avaient l'obligation de mettre fin à certaines instances judiciaires mais non de prévoir que de nouvelles instances ne puissent être engagées ultérieurement grâce à un autre amendement de sa législation. C'est ainsi également qu'un État tenu d'effectuer une étude d'impact sur l'environnement ou de procéder à une notification avant d'engager une activité peut ne pas le faire, mais a néanmoins parfaitement le droit d'exercer l'activité en question. Le lien entre la violation et ce que l'on veut obtenir par la restitution est dans de tels cas indirect et contingent et cela affecte l'analyse à laquelle doit se livrer la juridiction saisie. Les réserves suscitées par la priorité accordée à la restitution procèdent de la crainte que l'on demande aux États de « défaire » tout ce qu'ils ont fait dans le cadre d'une activité licite en invoquant une violation incidente de droit international. Pour le Rapporteur spécial, les problèmes que posent de telles situations peuvent être résolus sans nier la priorité de la restitution. Dans le cadre des relations d'État à État, la restitution reste la première forme de réparation, en particulier lorsqu'elle est associée à une obligation continue, et il faut le faire ressortir clairement dans l'article 43 et dans le commentaire, car à défaut les États pourraient, en offrant de payer, se soustraire à l'exécution de leurs obligations internationales. La confusion qui règne en doctrine à ce sujet a pour le Rapporteur spécial son origine dans une tendance à mélanger la restitution dans les relations d'État à État et la question de la restitution en cas d'expropriation. En matière d'expropriation, l'État d'accueil a en effet un droit de domaine éminent sur son territoire et ses ressources, et cela affecte l'application du principe de la restitution. La seule décision favorable à une restitution intégrale dans ce contexte est la sentence rendue dans l'affaire *Texaco* et elle a été vivement critiquée; en pratique, elle signifie qu'une indemnisation d'un montant supérieur doit être versée. Pour le Rapporteur spécial, ces questions peuvent être laissées de côté parce qu'elles ont trait au contenu de l'obligation primaire de fond dans le domaine de l'expropriation et touchent à la relation entre investisseurs et États importateurs de capitaux; elles ne concernent pas la responsabilité telle que celle-ci est envisagée dans la deuxième partie du projet d'articles, et ne justifient pas que l'on module la position adoptée en première lecture, à savoir que la restitution est le mode de réparation prioritaire.

6. Les exceptions à la restitution énumérées aux alinéas *a* à *d* de l'article 43 adopté en première lecture ont été critiquées par les gouvernements au motif qu'elles vidaient de son contenu la règle énoncée dans le chapeau de cet article. Sur ces quatre exceptions, le Rapporteur spécial propose d'en supprimer deux.

7. La première exception, l'impossibilité matérielle, qui fait l'objet de l'alinéa *a*, est universellement acceptée : même le droit international ne demande pas l'impossible, et cet alinéa a été considéré comme satisfaisant.

8. La deuxième exception, à savoir le cas où la restitution entraînerait la violation d'une obligation découlant d'une norme impérative de droit international général (al. *b*), a été critiquée pour diverses raisons. C'est ainsi qu'à l'époque où elle a formulé ses observations, la France

n'acceptait pas la notion de norme impérative⁴. Néanmoins, la critique la plus pertinente était qu'il était pratiquement impossible d'imaginer une situation dans laquelle la restitution entraînerait la violation d'une obligation découlant d'une norme impérative de droit international général, en particulier lorsque la restitution est envisagée dans sa relation avec la cessation et avec une obligation qui demeure en vigueur. Pour le Rapporteur spécial, les circonstances excluant l'illicéité prévues au chapitre V de la première partie s'appliquent à la deuxième partie et une de ces circonstances a trait au respect des normes impératives. De ce fait, même s'il peut exister une situation telle que celle prévue à l'alinéa *b* de l'article 43, elle serait couverte par les dispositions du chapitre V. C'est pourquoi le Rapporteur spécial propose de supprimer cet alinéa *b*.

9. La troisième exception, le cas où la restitution imposerait une charge hors de toute proportion avec l'avantage que l'État lésé gagnerait en obtenant la restitution en nature plutôt que l'indemnisation, procède d'un principe raisonnable consacré dans les systèmes juridiques nationaux. En effet, lorsque le rétablissement du *statu quo ante*, bien qu'il soit possible, serait si onéreux et si lourd de conséquences qu'il serait hors de proportion avec l'avantage qui en découlerait pour la partie lésée, il est légitime d'écarter la restitution et d'autoriser l'indemnisation, qui doit bien entendu être intégrale. D'une manière générale, de telles situations ne concernent pas les faits illicites continus. M. Brownlie a souvent insisté sur le fait que le principe en cause devait être appliqué dans le contexte de l'obligation primaire et compte tenu de la manière dont celle-ci opérait dans le cas d'espèce. Le Rapporteur spécial estime qu'il faut conserver l'alinéa *c*, et il propose en ce qui le concerne un libellé très proche du texte adopté en première lecture.

10. La quatrième exception a trait au cas dans lequel la restitution menacerait sérieusement l'indépendance politique ou la stabilité économique de l'État auteur du fait illicite alors que l'État lésé ne serait pas affecté dans la même mesure s'il n'obtenait pas la restitution en nature. Les controverses ont été nombreuses au sujet des mots « alors que » qui ne figurent pas dans la rédaction initiale de M. Arangio Ruiz, qui mettait essentiellement l'accent sur la situation de l'État auteur. Dans certaines situations, c'est pourtant l'existence même de l'État lésé qui est en jeu. Cet alinéa est certainement la disposition des articles à l'examen qui a été la plus critiquée. Selon la majorité des États, la situation qu'il envisage n'a jamais existé et il est donc irréaliste, et son libellé est si large et vague qu'on voit mal de toute façon à quelles situations il s'appliquerait. Pour le Rapporteur spécial, la situation qu'il prévoit est de toute manière couverte par l'alinéa *c*, et il propose donc de supprimer cet alinéa *d*. Il indique que le libellé qu'il propose pour l'ensemble de l'article sur la restitution figure au paragraphe 146 du rapport et est reproduit à la fin de ce dernier. Il reprend pour l'essentiel la disposition adoptée en première lecture moyennant quelques simplifications d'ordre rédactionnel et la suppression des alinéas *b* et *d*.

⁴ Voir *Annuaire... 1998*, vol. II (1^{re} partie), doc. A/CN.4/488 et Add.1 à 3.

11. Le projet d'article 44 tel qu'adopté en première lecture comportait deux paragraphes. Le premier complète la réparation en ce qui concerne le préjudice matériel, le préjudice moral devant, lui, être réparé par la satisfaction. Dans le deuxième paragraphe, la Commission s'efforçait de définir l'indemnisation, mais ce paragraphe contient de vagues références aux intérêts et au manque à gagner en des termes qui ne donnent aucune indication concrète et donnent à penser qu'il s'agit d'éléments facultatifs. Laisant de côté la question des intérêts, au sujet desquels il propose un article distinct, le Rapporteur spécial estime qu'il n'est pas douteux que l'indemnisation doit couvrir tout dommage susceptible d'évaluation économique subi par l'État lésé et que cette formulation a sa place au paragraphe premier. L'essentiel du débat sur ce projet d'article portait sur le point de savoir si l'énoncé relativement simple de principes généraux figurant au paragraphe 1 complétés par certains éléments du paragraphe 2 devaient être conservés ou si une définition plus détaillée de l'indemnisation était nécessaire. Pour certains États et aussi pour certains membres de la Commission, cette disposition était trop succincte; la fixation du montant de l'indemnisation posait en effet beaucoup de problèmes, la pratique en la matière était abondante et la Commission devait développer cette notion. Comparé aux projets d'articles 43 et 45, le projet d'article 44 était trop succinct.

12. Pour le Rapporteur spécial, il convient de se montrer prudent avant d'essayer d'élaborer des principes plus détaillés sur l'indemnisation. On a tenté de le faire ces dernières années dans le domaine de l'indemnisation en cas d'expropriation et l'OCDE s'y est efforcée dans le cadre plus général de ses travaux sur la protection des investissements. La difficulté en matière d'expropriation tient au contenu de la règle primaire exigeant une indemnisation. D'une manière générale, les États ont le droit d'exproprier des biens appartenant à des étrangers dès lors qu'ils agissent à des fins d'intérêt général et de manière non discriminatoire. Il n'y a en la matière de violation que lorsque l'État refuse de verser une indemnisation quand il y est tenu en vertu du droit international et conformément à celui-ci. Des questions peuvent alors se poser, mais pas au stade de la fixation du montant de l'indemnisation. Cette distinction importante a été énoncée dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów* et elle est toujours valide. La Commission doit s'abstenir d'énoncer le contenu d'une règle primaire spécifique ou de développer la distinction entre expropriation licite et expropriation illicite. Si telle est son intention, elle doit le faire dans le cadre du sujet de la protection diplomatique.

13. La deuxième raison pour laquelle il faut être prudent est que l'indemnisation est une notion extrêmement dynamique. Les cours des droits de l'homme ont en effet commencé avec des objectifs très modestes en la matière et les indemnisations allouées par exemple par la Cour européenne des droits de l'homme ont été dans un premier temps très faibles. Tout récemment, aussi bien la Cour européenne des droits de l'homme que la Cour interaméricaine des droits de l'homme sont devenues plus audacieuses en matière d'indemnisation et le Rapporteur spécial indique qu'au paragraphe 157 de son rapport il cite la décision majeure rendue par chacune de ces juridictions, qui ont toutes deux été influencées par l'arrêt rendu dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów* et les travaux de la Com-

mission sur la responsabilité des États. Pour ces raisons, une formulation assez générale semble justifiée et, si des indications supplémentaires sont jugées nécessaires, elles peuvent figurer dans le commentaire sous une forme qui ne fige pas le droit en la matière.

14. Quant aux limitations à l'indemnisation, les arguments avancés en faveur du paragraphe 3 de l'article 42 adopté en première lecture, la clause relative aux « moyens de subsistance », sont plus persuasifs en ce qui concerne l'indemnisation car il peut arriver qu'un État cause dans un autre État un dommage catastrophique qui n'était pas prévisible lorsque le fait illicite a été commis. Les systèmes juridiques internes règlent la question de diverses manières, et tout d'abord en faisant appel à la notion de cause directe, dont la Commission a admis qu'elle devait être consacrée dans les projets d'articles sur la réparation et sur l'indemnisation en particulier. Certains faits sont en effet trop éloignés du dommage pour donner lieu à une indemnisation. Deuxièmement, les systèmes juridiques nationaux prennent en considération les types de dommages couverts par la règle primaire et, troisièmement, ils instituent des limitations de responsabilité dans les régimes applicables à certaines activités. Pour le Rapporteur spécial, que l'on choisisse ou non l'approche vigoureuse envisagée au paragraphe 163 de son rapport, il semble que la question doive être réglée au cas par cas soit par le tribunal saisi soit par les États eux-mêmes dans leur législation.

15. Revenant à la question du manque à gagner, le Rapporteur spécial indique que le fait de mentionner le concept dans le corps de l'article sans plus de précision reviendrait à agiter le chiffon rouge. Aussi propose-t-il, au paragraphe 165, une version simplifiée de l'article 44, étant entendu qu'il pourrait être expliqué dans le commentaire que le manque à gagner peut dans certaines circonstances donner lieu à indemnisation : cela dépendra du contenu de la règle primaire en cause et des faits de l'espèce. Si la Commission souhaite sur la question de l'indemnisation une disposition plus élaborée, le Rapporteur spécial se pliera volontiers à ce souhait, mais non sans instructions très précises.

16. M. BROWNLIE fait observer que la Commission a encore énormément à faire pour venir à bout d'un sujet qui est éminemment important mais qui se prête mal à une réglementation. Il ne croit pas beaucoup au succès des activités normatives mais pense que, dans la plupart des cas, le meilleur moyen d'évaluer et d'exploiter les données d'expérience consiste à rassembler des indices plutôt qu'à s'en remettre à des règles prétendument générales. C'est pourquoi il n'approuve guère les méthodes qui aboutissent à l'élaboration de séries de propositions apparemment générales. Mais il se trouve que la Commission a un mandat. Elle doit donc en l'occurrence mettre au point des règles utiles dûment assorties de clauses restrictives afin d'échapper aux généralités qui semblent caractériser la partie à l'étude du rapport.

17. M. Brownlie note avec satisfaction que le Rapporteur spécial reconnaît l'importance des règles primaires, mais regrette qu'il n'en ait pas tiré les conséquences qui s'imposent. Il ne suffit pas d'admettre le principe que les règles primaires jouent un grand rôle dans la détermination du bien-fondé et de la nature de l'indemnisation, du

bien-fondé des intérêts par exemple. Encore faut-il sérier les cas dans lesquels elles s'appliquent.

18. Passant au problème connexe des sources, M. Brownlie relève que le rapport à l'étude aurait dû s'appuyer moins sur la doctrine et plus sur la jurisprudence, en particulier les sentences arbitrales. Il regrette en particulier qu'il n'y soit pas fait état de la sentence arbitrale rendue dans l'arbitrage *Aminoil-Kuwait* mettant en jeu une série d'accords interdépendants, dont il ressort que le droit applicable, ce sont les accords eux-mêmes. Et il est vrai que la réparation dépend de la branche du droit en cause. Cela vaut d'ailleurs aussi pour la restitution.

19. S'agissant précisément de la question de la restitution, M. Brownlie n'est pas convaincu que la restitution soit la forme première de la réparation. L'incertitude est grande en la matière. En fait, si l'on accorde aux règles primaires l'importance pratique qu'elles doivent avoir, point n'est besoin de déterminer si la restitution est ou non une forme de réparation généralement applicable, la forme première de la réparation. Le problème peut être résolu d'une autre manière. Là encore, il est tout à fait possible d'éviter les formules par trop générales, en prévoyant des clauses restrictives, à moins que les règles primaires considérées ne contiennent en elles la solution. Quant aux sources, M. Brownlie note qu'il conviendrait là aussi de s'appuyer davantage sur la jurisprudence, mais en agissant avec circonspection parce que le droit applicable n'est pas toujours clairement énoncé, comme le montre le cas des réclamations portées devant le Tribunal du contentieux entre les États-Unis et l'Iran. Il considère en outre qu'il importe peu que le droit applicable soit ou non le droit international général. Il faudrait peut-être indiquer dans le commentaire qu'il est des affaires qui peuvent être réglées par voie de déclaration des droits ou de jugement déclaratoire par un tribunal sans donner lieu à une restitution à proprement parler, par exemple à un retrait de territoire dans le cas de différends territoriaux.

20. Enfin, M. Brownlie désapprouve la mention des dommages-intérêts punitifs et du préjudice moral dans la rubrique « satisfaction ».

21. M. GAJA dit que les propositions du Rapporteur spécial lui semblent généralement convaincantes et, qu'en tout état de cause, elles constituent un progrès par rapport aux textes correspondants adoptés en première lecture. À son avis, la Commission n'a d'autre choix que d'énoncer des règles issues de décisions judiciaires et de sentences arbitrales. Mais le problème est que ces règles ne sont appliquées qu'occasionnellement.

22. Se référant au nouvel article 43 proposé, qui est consacré à la restitution, M. Gaja se demande à quoi peut bien renvoyer l'expression « ceux qui sont lésés » employée à l'alinéa *c*. Renvoie-t-elle à l'État, comme le prévoit l'ancienne disposition correspondante ? Englobe-t-elle aussi les particuliers, par exemple lorsque l'obligation violée met en jeu le traitement des étrangers ou des droits fondamentaux ? Si tel est le cas, la restitution est-elle due à un autre État, ou au particulier lésé, ou encore à l'État au bénéfice de ce dernier ? Le libellé de l'alinéa *c* devrait être modifié de manière à supprimer toute référence à l'entité lésée. Mais est-il possible de limiter la responsabilité des

États aux relations interétatiques et d'ignorer les particuliers ?

23. S'agissant de la question de l'impossibilité matérielle, M. Gaja n'est pas convaincu par les explications données par le Rapporteur spécial au paragraphe 141, en ce qui concerne notamment les affaires relatives à la peine de mort. De même, il n'est pas convaincu par l'argument exposé au paragraphe 142, selon lequel la restitution peut être exclue dans le cas où l'État défendeur aurait pu atteindre de manière licite un résultat similaire ou identique dans la pratique sans violer l'obligation; cela vaut essentiellement pour les obligations de nature procédurale. On pourrait avancer que s'il existe un moyen licite d'atteindre un résultat donné, le fait que l'État défendeur ne s'est pas prévalu de ce moyen ne l'exonère pas en soi de l'obligation de restitution. L'État doit mettre en mouvement ce moyen; la restitution est possible et le problème de la disproportion ne se pose pas. La question n'est pas de savoir en quoi consiste la restitution, laquelle dépend du contenu des règles primaires en cause. Elle est plutôt de savoir si la violation d'une obligation justifie la restitution.

24. M. HAFNER s'interroge sur les deux projets d'articles présentés, et notamment sur le projet d'article 43 qui concerne la restitution. Il apparaît que la restitution est une obligation, à laquelle de ce fait sont applicables toutes les dispositions du projet d'articles en cours d'élaboration, même celles qui ont trait aux circonstances excluant l'illicéité. La question se pose alors de savoir quelles en sont les conséquences. Si une circonstance excluant l'illicéité surgit, l'État est alors dégagé de l'obligation de restitution, mais non pas de l'obligation d'indemnisation, par exemple, parce qu'à l'évidence, l'obligation originale subsiste. Quel est donc le rapport entre les dispositions relatives aux circonstances excluant l'illicéité et les dispositions relatives à la restitution dans sa relation avec l'indemnisation ? Quel est le rapport entre le cas d'impossibilité matérielle visé à l'article 43 et la force majeure, par exemple ? Les exceptions à la restitution se substituent-elles aux circonstances excluant l'illicéité en tant que *lex specialis*, ou alors les dispositions sur les circonstances excluant l'illicéité s'ajoutent-elles auxdites exceptions ?

25. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial), répondant sur ce dernier point, précise que, si une des conditions énoncées à l'article 43 est établie, l'obligation de fournir la restitution est éteinte; seul se pose le problème de l'indemnisation; quant aux circonstances excluant l'illicéité énumérées dans la première partie du projet d'articles, à supposer qu'elles soient applicables dans tous les cas, elles ont pour effet, notamment, de suspendre pour un temps l'exécution de l'obligation considérée. Il en est ainsi par exemple de la situation de détresse et de l'état de nécessité. Mais il se pourrait aussi que la durée de la suspension soit suffisamment longue pour rendre l'obligation caduque. La jurisprudence a toujours dissocié le maintien de l'obligation originale de l'exonération de l'exécution de l'obligation à un moment donné.

26. Le Rapporteur spécial pense que, de façon générale, les circonstances excluant l'illicéité complètent les exceptions énoncées à l'article 43. En conséquence, l'impossi-

bilité de procéder à la restitution renvoie à une impossibilité permanente plutôt qu'à une impossibilité temporaire.

27. M. LUKASHUK remercie le Rapporteur spécial d'avoir présenté un rapport fouillé. Il souscrit à l'orientation générale suivie et juge les textes proposés pour les articles 43 et 44 plus faciles à appliquer que les textes adoptés en première lecture parce que plus proches de la réalité.

28. M. Lukashuk se réserve le droit de revenir plus en détail sur les propositions du Rapporteur spécial.

29. M. ECONOMIDES pense qu'on ne peut régler la question de la réparation que d'une manière générale et avec beaucoup de prudence, en laissant à la pratique, notamment à la jurisprudence tant internationale qu'interne, le soin d'établir les détails d'application. Il n'a pas été convaincu par les arguments, qu'il juge insuffisants, du Rapporteur spécial en faveur de la suppression des mots « en nature » après le mot « restitution ». Les dispositions nouvelles que propose le Rapporteur spécial sont moins précises que celles déjà adoptées en première lecture. L'article 43, par exemple, ne dit pas à qui la restitution doit être fournie. Implicitement, bien entendu, c'est à l'État lésé. Mais dans un texte aussi important, il convient d'être très précis. L'article 44 présente le même défaut, la relation bilatérale entre l'État responsable et les États lésés, qui apparaissait clairement dans les anciennes dispositions, ayant été abandonnée. M. Economides doute que les circonstances excluant l'illicéité de l'acte s'appliquent également dans la partie à l'étude et estime que cette question doit être examinée attentivement. Par ailleurs, la notion d'État responsable n'est pas utilisée dans ces projets d'articles. On sait naturellement que l'État est responsable parce qu'il a commis un fait internationalement illicite. Mais les notions de responsabilité internationale et d'État responsable devraient occuper une place prépondérante dans ce cadre. Enfin, M. Economides réserve sa position quant au fait que deux exceptions ont été éliminées de l'article 43. Non pas qu'il soit en faveur de ces exceptions, mais il n'a pas encore pu se former une opinion définitive et se réserve le droit d'y revenir ultérieurement.

30. Le PRÉSIDENT constate que les projets d'articles sont formulés de façon à garantir à l'État lésé le droit de choisir un mode de réparation. On pourrait considérer que l'auteur du fait illicite a également un choix à exercer. Le Président demande au Rapporteur spécial si l'on peut déduire du paragraphe 123 de son rapport qu'il a l'intention de prévoir un article spécifique à ce sujet dans la deuxième partie *bis*.

31. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) répond par l'affirmative à la question du Président. La raison pour laquelle les articles sont formulés en termes d'obligation de l'État responsable est qu'on laisse ainsi ouverte la question de savoir qui a le droit d'invoquer la responsabilité, de même que la question des choix qui peuvent être faits au moment de l'invocation. Il ne faut pas perdre de vue que l'on traite d'obligations à l'égard de différentes entités, et même de non-entités. Ainsi, la communauté internationale dans son ensemble n'est pas une personne morale mais il existe des obligations à son endroit. Dans certaines situations, plusieurs États sont lésés. Parler d'obligation « envers l'État lésé » suppose une forme purement bilaté-

rale de responsabilité, ce qui n'est pas le cas. Aucune solution à ce problème n'a été tentée en première lecture. On y revient maintenant dans la deuxième partie *bis* qui établit une distinction entre l'obligation de l'État responsable de donner réparation sous l'une des formes visées et l'invocation de cette responsabilité par d'autres États susceptibles de choisir la forme de réparation. À l'évidence, l'État lésé peut préférer l'indemnisation à la restitution, sauf dans des circonstances exceptionnelles. Ces dispositions entreront dans un cadre où l'on indiquera quelles sont les responsabilités de l'État auteur de la violation, puis ce que peuvent faire les États pour invoquer ces responsabilités. La raison pour laquelle les articles précédents étaient considérés comme impliquant un choix entre, par exemple, l'indemnisation et la restitution est tout simplement qu'ils se référaient à un droit, et que ce droit était censé entraîner le droit de choisir. Il est clair que, dans un contexte bilatéral, l'État lésé a le droit d'exercer un choix, et il faudrait le dire expressément plutôt que de le sous-entendre.

32. M. SIMMA n'exclut pas a priori qu'un État n'appartenant pas à la catégorie des États lésés puisse demander la restitution. Mais la distinction entre cessation et restitution soulève un difficile problème en ce qui concerne par exemple les violations des droits de l'homme. À cet égard, le texte du commentaire dans sa forme actuelle devrait être considéré comme provisoire.

33. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) dit qu'il est bien entendu que l'État lésé, qui a subi lui-même le dommage, aura le droit de choisir le mode de réparation. Dans certaines circonstances, d'autres États pourront invoquer la responsabilité. M. Gaja a évoqué à juste titre la possibilité que ces États se substituent en fait à l'État lésé. Ils ne seraient évidemment pas eux-mêmes indemnisés mais ils auraient le droit d'exiger non seulement la cessation mais encore la restitution. C'est précisément en raison de cette possibilité que le Rapporteur spécial a formulé la disposition pertinente de l'article 43 de la manière dont il l'a fait. Il faut mettre en balance les inconvénients pour l'État qui intervient et le préjudice subi par les victimes, les personnes réellement affectées par le fait illicite. La façon dont les projets d'articles sont formulés laisse ouverte la possibilité pour l'État lésé de faire valoir ses droits pour lui-même et la possibilité pour les autres États de défendre ces droits d'une manière pour ainsi dire plus générale.

34. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA dit à propos de la question posée par M. Hafner, qui a demandé où était la place des circonstances excluant l'illicéité dans les différentes formes de réparation, que deux réponses sont envisageables. La première est de dire que le chapitre II part du postulat que l'illicéité n'est pas exclue. À partir de là, on traiterait les divers cas de figure de l'indemnisation des faits illicites commis. La deuxième consiste à aborder la question dans le cadre de l'atténuation de la responsabilité. Et c'est peut-être dans ce cadre qu'un écho pourrait être donné à cette préoccupation que M. Pambou-Tchivounda partage.

35. En ce qui concerne les projets d'articles 43 et 44, M. Pambou-Tchivounda exprime sa préférence pour la formulation envisagée par Roberto Ago. Certes, les articles proposés par le Rapporteur spécial sont plus concis, mais on peut se demander s'il ne sacrifie pas certaines

questions non pas accessoires mais essentielles. Ainsi, l'exception contenue dans l'alinéa *d* de l'article 43 adopté en première lecture est sacrifiée. De ce fait, la question de savoir s'il y aurait le cas échéant plus d'un État « concerné » par la commission d'un fait internationalement illicite ne trouve pratiquement pas de réponse dans la nouvelle mouture, et c'est pourtant une question de fond.

36. De même, dans le traitement global de la réparation, le Rapporteur spécial prend le parti de l'inversion. Dans le projet Ago, c'était plutôt l'État auteur du fait internationalement illicite qui était mis sur la sellette dans la première partie, les pleins feux étant mis sur l'État lésé dans la deuxième partie. Ici, la démarche est inverse : les projets d'articles commencent par la formule « Tout État qui a commis un fait internationalement illicite ».

37. Dans la première partie, il s'agissait de poser des principes. Il semble que, dans l'énoncé des règles qui font l'objet de la deuxième partie, il conviendrait de dépasser les principes et d'aller plus avant. Pour cela, il aurait été préférable de maintenir l'État lésé dans un rôle plus actif afin de montrer qu'il est le principal moteur de la réparation.

38. Il y a un point sur lequel M. Pambou-Tchivounda est en parfait accord avec le Rapporteur spécial, celui de la suppression des mots « en nature ». Soit on parle de restitution, soit on parle de réparation en nature. On ne peut restituer que l'intégralité de ce qui a été indûment exproprié. Ce n'est pas seulement une question de sémantique, c'est aussi une question de fond. À partir du moment où la construction du système repose sur la violation d'une obligation internationale, toute la question est de savoir comment restituer ce qui serait en quelque sorte un droit, l'inverse de l'obligation. Il y a une matérialité de la chose à restituer que l'on ne saisit pas à travers la construction que la Commission a fait sienne, consistant à fonder tout le système du droit de la responsabilité sur la violation de l'obligation internationale, c'est-à-dire la commission d'un fait internationalement illicite.

39. Quant à la question de l'indemnisation, elle ne se prête pas à un traitement aussi condensé que celui que lui réserve le Rapporteur spécial dans sa nouvelle livraison. On se demande pourquoi, dans la disposition qu'il propose au paragraphe 165, il réintroduit la restitution. L'indemnisation est un mode de réparation qui découle de la restitution. Or, on a l'impression que le principe général est la restitution et rien que cela, et que, sur le plan technique, l'indemnisation intervient s'il n'y a pas restitution. Il en serait de même pour la satisfaction. Dans leur sobriété, ces projets d'articles posent des questions qui appellent un traitement de la part du Comité de rédaction.

40. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) rappelle à M. Pambou-Tchivounda que la deuxième partie du projet d'articles a été rédigée non pas par M. Ago, mais par les rapporteurs spéciaux suivants, MM. Riphagen et Arangio-Ruiz, et qu'on ne peut donc pas savoir si M. Ago aurait attribué le « rôle actif » à l'État lésé ou à l'État responsable dans les articles relatifs à la restitution et à l'indemnisation. En tant que rapporteur spécial, il s'est surtout attaché à débrouiller la question sans prétendre l'avoir résolue de manière satisfaisante. Son objectif était de donner effet, dans le contexte d'un chapitre traitant de la mise en œuvre

de la responsabilité, à ce qu'il considère comme étant l'ensemble de valeurs implicitement contenues dans les articles 1 et 3, renouant ainsi avec une approche, qui, à son avis, avait été abandonnée à tort par les rapporteurs spéciaux précédents.

41. M. ROSENSTOCK dit qu'il est très difficile de prendre position sur les projets d'articles proposés par le Rapporteur spécial sans les replacer dans le contexte général du projet. Il est essentiel, par exemple, d'avoir une vision claire des liens entre l'article 40 et le reste du régime. La teneur de l'article 44 ne peut être appréciée qu'en fonction de ce qui sera dit dans le commentaire. Ses remarques concernant les articles 43 et 44 ne peuvent donc être que préliminaires.

42. Cela dit, M. Rosenstock approuve la proposition du Rapporteur spécial de remplacer l'ancien titre du chapitre II « Droits de l'État lésé et obligations de l'État auteur du fait internationalement illicite » par la formule plus brève « Les formes de la réparation ». Ce titre est non seulement plus court et plus simple mais il permet aussi – comme l'a souligné le Rapporteur spécial au paragraphe 120 – d'éviter de donner l'impression que les droits des « États lésés » sont dans tous les cas en corrélation stricte avec les obligations de l'État responsable.

43. En ce qui concerne l'article 43, la nouvelle formulation proposée par le Rapporteur spécial lui semble acceptable pour autant que soit aussi acceptée la nouvelle version de l'article 45.

44. La nouvelle rédaction de l'article 44 lui pose davantage de problèmes car il se demande si la suppression de la référence au manque à gagner ne risque pas d'entraîner des malentendus. Certes, comme l'a fait remarquer le Rapporteur spécial au paragraphe 149 de son rapport, cette référence était peut-être trop « tiède » dans l'ancienne version mais ce n'était pas une raison pour la supprimer. Le manque à gagner doit absolument être mentionné, sinon sous forme d'une référence expresse dans l'article 44, solution qui aurait sa préférence, du moins dans un article séparé ou dans le commentaire.

45. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) dit qu'il semble y avoir un malentendu concernant le manque à gagner. L'adoption d'une deuxième partie *bis* relative à la mise en œuvre de la responsabilité influera bien entendu sur le contenu de l'article 44. Dans son deuxième rapport, M. Arangio-Ruiz avait déjà proposé deux versions (une longue et une courte) de cet article (art. 8)⁵. La version longue posait des problèmes car elle n'était pas beaucoup plus explicite que la version courte mais donnait de surcroît matière à controverse. Aussi la Commission et le Comité de rédaction avaient-ils opté pour la version courte⁶; toutefois, celle-ci a finalement été jugée insuffisante par les gouvernements et par certains membres.

46. La Commission a maintenant le choix entre deux solutions : ou bien rédiger l'article 44 de manière concise

⁵ Voir *Annuaire...* 1989, vol. II (1^{re} partie), doc. A/CN.4/425 et Add.1, par. 191, p. 60.

⁶ Voir l'article 8 et le commentaire y relatif, *Annuaire...* 1993, vol. II (2^e partie), p. 70 à 79.

en énonçant en termes souples un principe très général, ou bien essayer d'être détaillé et exhaustif. Une solution intermédiaire ne semble guère possible dans ce cas. Si l'on opte pour une version longue – ce qui constituerait un changement de stratégie par rapport à la solution adoptée en première lecture –, cette version devrait effectivement comprendre une référence au manque à gagner. Mais c'est à la Commission qu'il appartient d'en décider en dernier ressort et le Rapporteur spécial compte sur les membres pour le guider à ce sujet.

47. M. GALICKI dit qu'à l'instar des orateurs précédents il se contentera de faire une remarque préliminaire, car la section B du chapitre premier du troisième rapport qui vient d'être distribuée mérite d'être étudiée plus attentivement.

48. Pour ce qui est de la formulation de l'article 44, le Rapporteur spécial semble rejeter a priori toute solution intermédiaire entre l'actuelle version raccourcie qui ne mentionne pas le manque à gagner et une version longue et analytique inspirée de celle adoptée en première lecture. Pourtant, compte tenu des commentaires formulés par les gouvernements et des prises de position de certains membres, cette solution de compromis permettrait peut-être de faire l'unanimité. Bien qu'il n'ait pas de proposition concrète à faire à ce stade, il ne lui semble pas impossible de mentionner le manque à gagner même dans une version concise de l'article 44. Des problèmes à première vue complexes trouvent parfois une solution simple, ainsi qu'en témoigne le nouveau titre de l'article 43 dans lequel la suppression des mots « en nature » a permis de régler la question de savoir s'il fallait parler de restitution en nature ou de restitution intégrale.

49. M. ROSENSTOCK partage entièrement l'avis de M. Galicki. Il pourrait parfaitement être fait référence au manque à gagner dans un article 44 rédigé de manière concise, quitte à donner des explications complémentaires dans le commentaire.

50. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) n'est pas opposé à cette solution mais il tient à apporter une clarification : à son avis, la Commission n'aura pas – comme l'a dit M. Galicki – à choisir entre l'article 44 adopté en première lecture et la nouvelle version qu'il vient de proposer, mais entre cette nouvelle version et l'article détaillé présenté par M. Arangio-Ruiz dans son deuxième rapport. En effet, il ne pense pas avoir modifié la substance de l'article 44 adopté en première lecture : certes, il en a enlevé la notion d'intérêts, qui a été traitée et développée à part, mais il n'a supprimé la référence au manque à gagner que parce que certains gouvernements estimaient qu'elle était formulée de manière si faible qu'elle avait pour effet de « décodifier » le droit international. C'est pourquoi il a préféré aborder cette question dans le commentaire.

51. L'article proposé par M. Arangio-Ruiz dans son deuxième rapport était, lui, beaucoup plus analytique et expliquait dans quatre ou cinq paragraphes les différentes modalités de l'indemnisation.

52. M. GALICKI dit que, s'il ne conteste pas la décision du Rapporteur spécial de supprimer la référence aux « intérêts » qui n'ont pas à être mentionnés dans l'article

44, il continue en revanche à penser que la question du manque à gagner n'est toujours pas résolue.

53. M. ELARABY partage l'avis des précédents orateurs et en particulier l'opinion de M. Rosenstock : l'article 44 devrait contenir une référence au manque à gagner, même s'il est souhaitable que cet article soit rédigé de manière concise.

54. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial), revenant sur les observations de M. Brownlie, dit que le problème des relations entre règles primaires et règles secondaires se pose effectivement de manière évidente dans le domaine de la réparation. Contrairement à ce que l'on a parfois tendance à penser, les règles secondaires ne « fonctionnent » pas de manière autonome et indépendamment des règles primaires. Cela n'est en particulier pas suffisamment pris en compte dans le contexte de la *lex specialis*.

55. Toutefois, quelle que soit l'importance des règles primaires, il était difficile d'en tirer les conséquences dans la formulation des articles eux-mêmes. C'est pourquoi il a préféré aborder cette question dans le commentaire. Il fait du reste remarquer que, d'une manière générale, il n'est pas fait référence au contenu des obligations primaires dans le texte des articles proprement dit. Une tentative en ce sens avait été faite dans les articles 19 et 40 adoptés en première lecture, mais elle s'est avérée désastreuse.

56. Quant à la question de savoir si le préjudice moral/les dommages-intérêts punitifs devraient avoir leur place dans l'article 44, il rappelle que M. Arangio-Ruiz avait réglé le problème en disant que l'article 44 (ancien article 8) couvrirait la question du préjudice moral causé aux individus et l'article 45 (ancien article 10) celle du préjudice moral causé aux États. Cette solution avait donné lieu à une controverse car l'expression « préjudice moral » peut s'appliquer à des choses aussi disparates que la souffrance d'un individu soumis à la torture ou l'affront subi par un État à la suite de la violation d'un traité. Il faudra probablement revenir sur cette question après l'examen de l'article 45.

57. La remarque de M. Gaja est très pertinente : le retour au *statu quo ante* n'est évidemment pas la seule forme de restitution même s'il en est en quelque sorte le prototype. Tout est au fond une question de degré. En réalité, le principal problème posé par l'article 43 est, une fois de plus, la relation entre règles primaires et règles secondaires. Dans la théorie de la responsabilité des États, la restitution est une forme de réparation bien établie; mais dans la pratique elle ne l'est pas, ainsi que le montrent les exemples cités au paragraphe 143. La difficulté est donc de réconcilier théorie et pratique.

58. Le Rapporteur spécial remercie M. Economides d'avoir attiré son attention sur l'imprécision de certains éléments. Il s'efforcera d'y remédier.

59. Il reconnaît que le problème de la pluralité d'États lésés soulevé par M. Pambou-Tchivounda est tout à fait réel. Deux « États lésés » ne peuvent, par exemple, obtenir simultanément l'extradition d'une seule et même personne. Mais ce problème est atténué si l'on fait la distinction entre l'obligation sous-jacente de réparer et son

invocation par l'État lésé ou d'autres États. C'est ce qu'il a essayé de démontrer dans la première partie du texte.

60. À la lumière des premières réactions des membres, il lui semble qu'en laissant pour le moment de côté le problème du manque à gagner la Commission est majoritairement favorable à un article 44 concis, complété par des explications détaillées dans le commentaire.

61. M. GOCO est lui aussi en faveur de cette solution. À son avis, la discussion doit se poursuivre sur la base de la nouvelle version de l'article 44 figurant au paragraphe 165 du rapport, dont le texte pourra être affiné par le Comité de rédaction. Mais, bien entendu, on ne peut négliger les observations formulées sur cette question par les gouvernements. Au paragraphe 152, il est dit par exemple que les États-Unis, s'appuyant sur les décisions du Tribunal du contentieux entre les États-Unis et l'Iran et de la Commission d'indemnisation des Nations Unies, ont fait valoir que « la rédaction actuelle du paragraphe 2 (de l'ancienne version de l'article 44) "non seulement va à l'encontre de l'immense majorité des précédents sur le sujet mais porte en outre atteinte au principe de la "réparation intégrale" »⁷.

62. Doit-on considérer que, dans la nouvelle version, l'expression « tout dommage susceptible d'évaluation économique (qui figurait aussi dans l'ancienne version) couvre – implicitement cette fois – le manque à gagner et les intérêts » ? C'est là une question qui devra être prise en considération par le Comité de rédaction.

63. M. ROSENSTOCK approuve pleinement la solution que vient de suggérer le Rapporteur spécial, soit rédiger l'article 44 de manière concise, en y incluant néanmoins une référence au manque à gagner et en donnant des explications détaillées dans le commentaire.

64. M. HE dit qu'à son avis le principal problème qui se pose dans l'article 44 est de définir la portée de l'indemnisation : aussi, il lui semble que cet article devrait être plus développé, afin de couvrir tous les cas dans lesquels l'État auteur du fait internationalement illicite doit une indemnisation.

65. Dans l'article proprement dit, il faudrait définir ce que l'on entend par « dommage susceptible d'évaluation économique » en précisant que ce dommage est lié au fait internationalement illicite. Le lien de causalité devrait ressortir nettement. Une référence au manque à gagner devrait également être introduite dans le texte.

La séance est levée à 13 heures.

2635^e SÉANCE

Vendredi 9 juin 2000, à 10 h 5

Président : M. Chusei YAMADA

Présents : M. Baena Soares, M. Crawford, M. Dugard, M. Economides, M. Elaraby, M. Gaja, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Simma.

Responsabilité des États¹ (suite) [A/CN.4/504, sect. A, A/CN.4/507 et Add.1 à 4², A/CN.4/L.600]

[Point 3 de l'ordre du jour]

TROISIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (suite)

1. Le PRÉSIDENT invite le Rapporteur spécial à poursuivre la présentation de la section B du chapitre premier de son troisième rapport (A/CN.4/507 et Add.1 à 4).

2. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) dit qu'en présentant la fin de la section B du chapitre premier il ne cherche pas à prendre les devants sur le débat qui sera consacré aux articles 43 et 44. Peut-être pourrait-on réserver le début de la première séance plénière de la reprise de la session pour prendre l'avis des membres sur ces deux articles avant de les renvoyer au Comité de rédaction. Les délibérations pourraient alors se poursuivre sur les trois autres articles qu'il propose dans son troisième rapport, les articles 45 (Satisfaction), 45 *bis* (Intérêts) et 46 *bis* (Atténuation de la responsabilité). Pour l'heure, ce sont ces trois articles qu'il se propose de présenter.

3. Pour ce qui est d'abord de l'article 45, le membre de phrase clef du paragraphe 1 du projet adopté en première lecture, reproduit au paragraphe 167, est bien : « ... satisfaction pour le dommage, notamment moral, causé par ce fait si, et dans la mesure où, cela est nécessaire pour que la réparation soit intégrale ». Comme on le voit, l'expression « dommage moral » est utilisée dans le contexte de la satisfaction. Le paragraphe 2 présente la liste des formes que peut prendre la satisfaction.

4. Malgré l'existence au fond d'un terrain d'entente, l'article 45 a fait apparaître un certain nombre de difficultés. La mention du dommage « moral » au paragraphe 1 en soulève une première. D'abord, l'expression « dommage moral » a un sens raisonnablement bien établi lorsqu'il s'agit de personnes physiques. Comme l'ancien

⁷ Voir *supra* note 4.

¹ Pour le texte du projet d'articles adopté à titre provisoire par la Commission en première lecture, voir *Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), chap. III, sect. D, p. 62.

² Reproduit dans *Annuaire... 2000*, vol. II (1^{re} partie).