

Document:-  
**A/CN.4/SR.2636**

**Compte rendu analytique de la 2636e 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>)*

**COMPTES RENDUS ANALYTIQUES DES SÉANCES  
DE LA SECONDE PARTIE DE LA CINQUANTE-DEUXIÈME SESSION**

*Tenues à Genève du 10 juillet au 18 août 2000*

---

**2636<sup>e</sup> SÉANCE**

*Lundi 10 juillet 2000, à 15 h 5*

*Président : M. Chusei YAMADA*

*Présents : M. Addo, M. Baena Soares, M. Crawford, M. Dugard, M. Economides, M. Gaja, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Herdocia Sacasa, M. Illueca, M. Kabatsi, M. Kusuma-Atmadja, M. Luka-shuk, M. Momtaz, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rosenstock, M. Simma, M. Tomka.*

---

**Responsabilité des États<sup>1</sup> (suite) [A/CN.4/504, sect. A, A/CN.4/507 et Add.1 à 4<sup>2</sup>, 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 des projets d'articles 43 et 44 figurant dans la section B du chapitre premier du troisième rapport sur la responsabilité des États (A/CN.4/507 et Add.1 à 4) qui ont été présentés par le Rapporteur spécial à la fin de la première partie de la session (2634<sup>e</sup> séance).

---

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

<sup>2</sup> Reproduit dans *Annuaire... 2000*, vol. II (1<sup>re</sup> partie).

2. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) rappelle que le débat entamé au cours de la première partie de la session a fait ressortir un certain nombre de questions, notamment le lien entre restitution et indemnisation et l'opportunité de consacrer un unique article à l'indemnisation. Pour faire suite à une observation de M. Rosenstock, le Rapporteur spécial a élaboré un projet de commentaire relatif à l'article 44 au vu duquel les membres de la Commission pourront apprécier s'il convient d'étouffer l'article lui-même ou si le libellé relativement simple qu'il propose pour cet article est suffisant.

3. M. ECONOMIDES dit que son intervention portera sur les articles 43 et 44, mais qu'il dira en outre quelques mots à propos de l'article 45 *bis* qu'il considère comme inséparablement lié à l'article 44.

4. S'agissant de l'article 43, M. Economides partage entièrement l'opinion selon laquelle il faut considérer la restitution comme la forme de réparation prioritaire bien que l'indemnisation soit en fait la forme la plus souvent employée. L'objectif est en effet, dans chaque cas de responsabilité, d'effacer aussi complètement que possible les traces du fait internationalement illicite en rétablissant, par la restitution en nature, la situation antérieure, c'est-à-dire le *statu quo ante*. En ce qui concerne les exceptions prévues dans l'article 43 adopté en première lecture, M. Economides serait d'accord pour éliminer celle visée à l'alinéa *d*, c'est-à-dire la menace sérieuse à l'indépendance politique ou à la stabilité économique de l'État responsable, pour deux raisons essentielles que le Rapporteur spécial cite d'ailleurs dans son troisième rapport, à savoir qu'il s'agit d'un cas d'une extrême rareté qui est, de surcroît, couvert dans une mesure non négligeable par l'alinéa *c*. Il serait également d'accord pour biffer l'exception visée à l'alinéa *b* – violation d'une obligation découlant d'une norme de *jus cogens* – à condition d'avoir la certitude que l'article 29 *bis* s'applique en l'occurrence; c'est là un point que le Comité de rédaction devra examiner attentivement.

5. Quelques modifications d'ordre rédactionnel seraient en outre souhaitables : ainsi, l'expression « qui a commis un fait internationalement illicite » devrait être remplacée

par le terme « responsable », comme cela a déjà été fait en plusieurs endroits; le participe « obligé » devrait être remplacé par le participe « tenu » qui est plus juridique et a un sens plus fort; enfin, la disposition gagnerait en précision si l'expression « en nature » était ajoutée à la notion de restitution. Le libellé de la première partie de l'article 43 serait donc le suivant :

« Tout État responsable est tenu de restituer en nature, c'est-à-dire de rétablir la situation qui existait avant qu'il n'ait commis le fait internationalement illicite, dès lors et pour autant que cette restitution en nature ... ».

Par ailleurs, l'expression « ceux qui sont lésés » figurant à l'alinéa c pourrait être remplacée par les termes « l'État ou les États lésés ».

6. S'agissant de l'article 44, M. Economides se dit partisan d'une formulation souple mais aussi précise que possible, analogue à celle adoptée en première lecture. Il serait également d'accord pour limiter l'indemnisation par une disposition du type de celle figurant actuellement au paragraphe 3 de l'article 42. Il croit d'autre part que la question des intérêts, qui constituent un élément essentiel de l'indemnisation, a sa place dans l'article 44, dont le paragraphe 2 pourrait être éventuellement développé à cet effet. Les questions du manque à gagner et des intérêts composés devraient quant à elles être traitées avec une grande prudence dans le cadre du projet d'article et non pas exclusivement dans celui du commentaire. M. Economides propose donc que l'article 44 se lise ainsi :

« 1. Tout État responsable est tenu d'indemniser le dommage causé par le fait internationalement illicite qu'il a commis dans la mesure où ce dommage n'est pas réparé par la restitution en nature.

2. Aux fins du présent article, l'indemnisation couvre tout dommage susceptible d'évaluation économique, les intérêts sur toute somme principale exigible dans la mesure nécessaire pour assurer la réparation intégrale ainsi qu'éventuellement, dans certains cas, le manque à gagner ou les intérêts composés ».

Enfin, les éléments de la proposition du Rapporteur spécial figurant dans le projet d'article 45 *bis* et concernant le taux d'intérêt et le mode de calcul ainsi que le laps de temps pour le paiement des intérêts pourraient faire l'objet d'un troisième paragraphe à ajouter à l'article 44.

7. M. HE rappelle que le chapitre II de la deuxième partie, intitulé par le Rapporteur spécial « Les formes de la réparation », procède du principe fondamental de droit international selon lequel toute violation d'un engagement entraîne l'obligation de réparer, principe qui, formulé par la CPJI dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów*, a été confirmé par la CIJ dans d'autres décisions, et est appliqué par différents types de juridictions et tribunaux ayant à connaître de cas de violation d'un engagement propre à entraîner une responsabilité internationale. La teneur de l'obligation de réparation peut être envisagée sous plusieurs angles. Dans un sens général, tout d'abord, la réparation vise, en effaçant autant que possible toutes les conséquences du fait internationalement illicite, à rétablir la situation qui existerait ou qui aurait existé si ce fait n'avait pas été commis. D'où l'objectif général d'une « réparation intégrale »

auquel tendent les dispositions du chapitre II. Deuxièmement, l'obligation de réparation, en tant que principale conséquence juridique du fait internationalement illicite commis par un État, ne vise que les effets directs ou immédiats, et non indirects ou éloignés, d'une violation; l'exigence coutumière d'un lien de causalité suffisant devrait donc être explicitée dans les dispositions pertinentes sur la réparation ou l'indemnisation, ou au moins dans le commentaire. Troisièmement, bien qu'il y ait certains avis divergents sur ce point, la « réparation intégrale » doit couvrir le manque à gagner et les intérêts, sous peine d'aller à l'encontre de la jurisprudence dominante, mais aussi du principe même de réparation intégrale. Enfin, le texte en cause devrait exprimer ou refléter la nécessaire proportionnalité entre la réparation et le dommage subi, l'idée d'une peine qui viendrait s'ajouter à la réparation intégrale étant inacceptable et devant être rejetée puisque l'obligation de réparation que suppose la notion de responsabilité ne doit pas viser à d'autre but que d'effacer toutes les conséquences du fait illicite. Cela est conforme à l'idée qu'il n'y a pas lieu à indemnisation lorsque aucun dommage, matériel ou moral, n'est démontré.

8. S'agissant de la restitution visée dans l'article 43 proposé par le Rapporteur spécial, une première approche, prônant la priorité de la restitution sur toute autre forme de réparation, notamment l'indemnisation, a été critiquée, comme étant trop rigide et contraire à la pratique, par les partisans d'un rapport plus souple entre restitution et indemnisation laissant à l'État lésé la liberté de choisir les formes de réparation qu'il juge appropriées. Le Rapporteur spécial, tout en confirmant la primauté de la restitution, a retenu l'idée d'une priorité relative, notamment celle d'une priorité de la restitution dans des cas mettant en cause des territoires ou des individus illégalement saisis ou capturés, ou des biens de grande valeur historique ou culturelle. Ainsi, le principe de la priorité serait retenu dans l'article 43 proposé, sous réserve de certaines exceptions déterminées. Toutefois, l'article 43 adopté en première lecture prévoyant que, si la restitution correspondant à une réparation intégrale est possible, l'État auteur ne devrait pas pouvoir choisir la voie de l'indemnisation, on peut se demander si, dans ce cas, il serait possible à l'État lésé de préférer une indemnisation.

9. S'agissant de l'article 44 proposé par le Rapporteur spécial, la principale question est de savoir si, comme l'indique le Rapporteur spécial au paragraphe 166 de son troisième rapport, une formulation plus détaillée du principe de l'indemnisation est nécessaire. Compte tenu de l'importance de l'indemnisation comme principal moyen de réparation, et du fait que l'article 44 a pour fonction de définir la portée de l'indemnisation, il paraît nécessaire d'explicitier les principales composantes et conditions de l'indemnisation pour faciliter l'évaluation de son montant. La simple mention de « tout dommage susceptible d'évaluation économique » est insuffisante, en l'absence de quelques éléments d'appréciation. Ainsi, l'exigence coutumière d'un lien de causalité entre le dommage et le fait internationalement illicite devrait être précisée, et le manque à gagner devrait également être mentionné bien qu'il y ait un article distinct sur les intérêts qui porte principalement sur un mode de calcul. Il serait certes difficile, compte tenu de l'état incertain du droit et des divergences dans les pratiques des États, d'élaborer une règle plus détaillée relative à l'indemnisation, mais l'article 44 tel

qu'il est formulé est trop simpliste pour être satisfaisant. S'il peut être envisagé de donner une formulation souple aux modalités de la réparation, le principe fondamental d'une réparation intégrale par la voie de l'indemnisation devrait être pleinement respecté et consacré de manière plus précise dans l'article lui-même. Il faudrait parallèlement veiller à prévenir tout abus éventuel en prévoyant qu'aucune indemnisation ne doit excéder le dommage causé par le fait illicite.

10. M. HAFNER fait observer en premier lieu que toute remarque relative aux articles 43 et 44 étant manifestement subordonnée aux résultats des débats de la Commission sur les articles 40 et 40 *bis*, les observations exprimées à ce stade reposent sur le postulat que les projets d'articles visent avant tout, sinon exclusivement, les États lésés au sens étroit de l'expression, c'est-à-dire ceux qui peuvent prétendre à toutes les formes de réparation découlant d'un fait internationalement illicite. Deuxièmement, le libellé final des projets d'articles étant également tributaire, dans une certaine mesure, de la teneur définitive du commentaire, M. Hafner se réserve la possibilité, en fonction du commentaire, de nuancer la position qu'il aura exprimée dans un premier temps.

11. Dans l'ensemble, M. Hafner approuve l'approche générale adoptée par le Rapporteur spécial pour cette partie du sujet de la responsabilité des États. Il est également partisan d'une formulation relativement générale des projets d'articles, un libellé trop précis risquant de rendre difficile, voire impossible un accord général sur le texte et de créer de nouveaux points de désaccord entre États. Le problème le plus important dans le domaine de la responsabilité des États tient à la reconnaissance de la responsabilité et non à l'évaluation des dommages. C'est ce qu'a confirmé la CIJ dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* où, comme il est indiqué au paragraphe 155 du rapport, « la Cour n'a pas considéré que les questions d'indemnisation ... étaient au cœur du problème ». De fait, dans un bon nombre d'affaires, le montant de l'indemnisation est déterminé par voie de négociation. À cet égard, M. Hafner exprime des réserves quant à l'idée de recourir plus fréquemment à la jurisprudence arbitrale comme expression de la pratique, d'une part parce que cette jurisprudence ne rend pas compte des affaires de responsabilité des États réglées directement entre États ou par des juridictions nationales, et d'autre part parce que l'une des conditions fréquemment posée au règlement des différends par l'arbitrage est que la sentence reste secrète.

12. Passant à l'article 43, M. Hafner dit que la *restitutio in integrum* est certainement la forme de réparation à privilégier, si tel est le choix de l'État lésé. Si elle n'est pas aussi fréquente que, par exemple, l'indemnisation, cela est dû à ses limites et non pas au fait qu'elle a un caractère subsidiaire. Il ressort du paragraphe 142 que le devoir de restitution consiste à établir la situation qui aurait prévalu si le fait illicite n'avait pas été commis, et pas simplement à rétablir le *statu quo ante*. À cet égard, le texte de l'article lui-même soulève certains problèmes : il faut tenir compte de ce que tout est en devenir. En ce qui concerne les limites de cette obligation, la référence à l'impossibilité matérielle soulève elle aussi certains problèmes. On doit se demander si l'impossibilité matérielle inclut l'impossibilité juridique. Les diverses théories sur les relations entre le droit international et le droit interne donnent différentes répon-

ses à cette question. Le point de vue dualiste semble inclure l'impossibilité juridique dans l'impossibilité matérielle, contrairement au point de vue moniste qui donne la priorité au droit international. Sur ce point, il faut aussi considérer la relation qui existe entre l'article 43 et l'article 4 du projet d'articles, qui exclut le recours au droit interne, c'est-à-dire que l'on pourrait affirmer que l'État responsable ne peut se décharger du devoir de rétablir la situation antérieure en invoquant son ordre juridique interne. Telle serait, par exemple, la conséquence d'une formulation analogue à celle de l'article 27 de la Convention de Vienne de 1969. Toutefois, la formulation du projet d'article 4 n'est pas de nature à produire le même effet. C'est pourquoi la question demeure de savoir si l'impossibilité matérielle inclut ou non l'impossibilité juridique, et il serait utile que cette question soit abordée, au moins dans le commentaire. Pour ce qui est de la restriction prévue à l'alinéa c, l'expression « ceux qui sont lésés » risque de faire problème au regard de l'article 40 *bis*. Il s'agit de savoir si l'avantage serait gagné par les individus victimes du fait illicite ou par l'État concerné. Les entités lésées dont il est question dans l'article 40 *bis* n'étant que les États, il peut se dégager l'impression que seuls les États sont également visés dans ce contexte. C'est pourquoi quelques éclaircissements seraient bienvenus dans le commentaire.

13. La nouvelle version, courte et plus générale, de l'article 44 proposée par le Rapporteur spécial est préférable à la version adoptée en première lecture, contrairement aux vues exprimées à ce sujet par M. Economides. La quantification des dommages-intérêts n'est certainement pas une question de protection diplomatique comme cela est suggéré au paragraphe 158. Cela étant, on ne peut guère approfondir la quantification de l'indemnisation. Les diverses décisions qui ont été prises dans ce domaine prescrivent un certain montant sans indiquer les critères retenus pour le calculer. Dans l'affaire du *Rainbow Warrior*, par exemple, personne n'a pu réellement découvrir les critères qui ont été jugés décisifs pour déterminer le montant exact de l'indemnisation. Dans l'affaire plus récente du bombardement de l'ambassade de Chine à Belgrade où, au lieu d'une indemnisation au sens strict, il y a eu versement à titre gracieux d'une somme plus ou moins équivalente au montant du dommage, il serait bien difficile de dégager précisément les critères utilisés pour fixer le montant versé. Le principe, semble-t-il, est d'offrir une indemnisation telle qu'elle garantisse que la victime du fait illicite puisse considérer l'affaire réglée.

14. S'agissant du libellé de cet article, la question est de savoir s'il convient d'y conserver le mot « économique » car il pourrait créer certaines difficultés. On peut, par exemple, se demander si ce terme s'appliquerait aux conséquences de l'extinction illicite d'une espèce menacée, surexploitée par l'homme. Il semble qu'il soit utilisé jusqu'à présent de façon très lâche. Bien entendu, la solution au problème dépend aussi de la signification qui sera donnée à l'expression « dommage moral » figurant dans l'article 45. Peut-être cette solution serait-elle d'utiliser l'expression « dommage matériel » dans l'article 44 et l'expression « dommage immatériel » dans l'article 45. L'adjectif « matériel » serait certainement d'acception plus large que l'expression « susceptible d'évaluation économique ». Le choix de cette terminologie se justifierait aussi par d'autres considérations. En effet, l'article 44

traitant de l'indemnisation du dommage susceptible d'évaluation économique, on peut en déduire que les autres formes de dommage entrent dans le champ d'application de l'article 45, où il est question de dommages immatériels. Il s'ensuit que l'article 44 a évidemment pour objet de couvrir le dommage matériel. Il subsiste encore un problème, qui surgit de la comparaison entre l'article 43 et l'article 44. Il est fait mention dans le nouvel article 43 proposé de l'avantage que gagneraient ceux qui sont lésés en obtenant la restitution. L'article 44 ne précise pas à qui le dommage a été infligé, s'il s'agit de l'entité lésée au sens de l'article 40 ou 40 *bis* ou des victimes réelles, par exemple des individus. Pour M. Hafner, il semble que, dans les deux cas, ce soit le même sujet qui soit visé, à savoir l'État ou l'individu ayant souffert du fait illicite. Là encore, il serait utile d'apporter des éclaircissements, au moins dans le commentaire. Une autre question se pose à ce propos, celle de savoir à qui l'indemnisation est due. Est-elle due à la victime réelle ? Cela signifie-t-il que l'État exerçant la protection diplomatique est tenu de remettre les indemnités reçues à la victime ? M. Hafner pense qu'il faudrait, avant de répondre à ces questions, déterminer si elles entrent dans le champ de la protection diplomatique ou dans celui la responsabilité des États. En tout état de cause, il ne serait pas opposé à ce que le devoir d'indemniser, tel qu'il découle du sens ordinaire du mot « indemnisation », soit expressément énoncé, au moins dans le commentaire. Quant à la question des limitations à l'indemnisation évoquée aux paragraphes 161 à 164 du rapport, elle est en général soulevée dans le cadre de la responsabilité sans faute (*liability*), où il n'est pas nécessaire qu'un fait illicite ait été commis pour obtenir une indemnisation. On constate une tendance générale à limiter le montant de l'indemnité parce qu'il serait impossible autrement d'obtenir un contrat d'assurance couvrant certaines activités. Mais cette situation, évoquée au paragraphe 163, n'existe pas dans le contexte de la responsabilité des États. Bien que M. Hafner partage d'une manière générale les vues du Rapporteur spécial à ce sujet, l'exemple des activités particulièrement dangereuses ne lui semble pas approprié en l'occurrence. D'autres considérations pourraient intervenir. Ainsi, on peut se demander si le fait pour un État d'être tenu de verser des indemnités considérables pourrait être contraire à son obligation de respecter les droits de l'homme, de protéger la vie et la santé de ses nationaux. Sous cet angle, certaines limitations à l'indemnisation que l'État tenu d'indemniser pourrait opposer à l'autre État découleraient d'obligations relatives aux droits de l'homme. Enfin, une autre question qui se pose est de savoir si les États tenus d'indemniser peuvent recourir par exemple à l'article 33, relatif à l'état de nécessité, pour limiter leurs obligations. Peut-être pourrait-elle être traitée dans le cadre du commentaire.

15. M. GOCO tire des déclarations de MM. Economides et He l'impression qu'ils établissent une hiérarchie des formes de réparation, en ce sens qu'ils estiment que l'on doit d'abord chercher à obtenir la restitution avant d'exiger l'indemnisation. Or la restitution est un droit, ce qui signifie que l'État lésé est libre de l'exercer ou non. Peut-être le Rapporteur spécial pourrait-il apporter quelques éclaircissements à ce sujet. Selon certaines déclarations, l'État lésé préférerait rechercher directement l'indemnisation, sans passer par le processus de la restitution. On peut se demander si le fait de chercher à obtenir la restitution

doit être considéré comme une condition préalable, s'il doit être prouvé d'abord que la restitution est impossible pour demander l'indemnisation, en d'autres termes s'il y a là une analogie avec le droit civil, où, avant de se retourner contre le garant, on doit chercher à obtenir la restitution.

16. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) dit que, bien entendu, dans les cas où l'État lésé est libre de préférer l'indemnisation, le fait pour lui de rechercher l'indemnisation plutôt que la restitution serait parfaitement licite. Il n'existe certainement aucune prescription selon laquelle toutes les tentatives d'obtenir restitution doivent d'abord être épuisées. Dans les situations ordinaires, l'État lésé est seul maître de son choix. On peut imaginer des cas dans lesquels l'État lésé n'a pas le choix, et où la seule solution possible est la restitution, mais ce sont des cas extrêmes. Ces situations relèveraient d'ailleurs plutôt de la cessation que de la restitution. Ainsi, il sera énoncé clairement dans le projet d'articles, notamment dans la deuxième partie *bis*, que l'État lésé – il s'agit de l'État lésé au sens strict, pour répondre à une préoccupation exprimée par M. Hafner – a le droit de choisir. Ce droit sera effectif dans les situations ordinaires et la restitution perdra toute pertinence, comme c'est souvent le cas dans la pratique. Bien entendu, il y aura d'autres situations dans lesquelles il sera absolument clair que la restitution est exclue, par exemple du fait que la perte est définitive, comme dans le cas d'un décès ou d'une blessure grave et irréparable. Pour ce qui est de la question de la garantie évoquée par M. Goco, on ne traite pas dans le chapitre à l'examen du droit de la garantie ni en particulier des situations dans lesquelles deux États différents sont responsables d'aspects différents d'un comportement illicite. On ne traite que du cas où un seul État est concerné et de la relation entre les différentes formes de réparation relativement à cet État. Les cas dans lesquels plusieurs États sont impliqués seront traités dans la section B du chapitre III de son rapport.

17. M. MOMTAZ dit qu'il croit comprendre que le Rapporteur spécial se penchera sur la question de la pluralité d'États lésés, qu'il évoque au paragraphe 126 et sur laquelle la Commission avait décidé de revenir lors de sa quarante-cinquième session, en 1993. Il attend avec intérêt les développements que le Rapporteur spécial doit y consacrer.

18. En ce qui concerne l'article 43, relatif à la restitution, on admet généralement qu'il s'agit de la forme de réparation la plus conforme au principe général de la responsabilité selon lequel l'État auteur d'un fait internationalement illicite est tenu d'en effacer toutes les conséquences juridiques et matérielles en rétablissant la situation qui aurait existé si ce fait n'avait pas été commis. Il existe aussi une approche de la restitution que l'on peut qualifier de « purement restitutive » et c'est celle pour laquelle le Rapporteur spécial semble avoir opté puisqu'il est dit dans le nouvel article 43 qu'il propose que tout État qui a commis un fait internationalement illicite « est obligé de fournir la restitution, c'est-à-dire de rétablir la situation qui existait avant que le fait illicite ne soit commis ». Cette restitution est bien entendu sans préjudice d'une éventuelle indemnisation.

19. Dans ce nouveau projet d'article, le Rapporteur spécial ramène de quatre à deux le nombre des exceptions à l'obligation de fournir la restitution. La première exception, l'impossibilité matérielle, ne soulève guère de difficulté car elle est la conséquence de l'adage « à l'impossible nul n'est tenu ». Il en va de même de la deuxième des exceptions figurant dans le texte adopté en première lecture que le Rapporteur spécial a conservée : il va sans dire que l'État auteur n'a pas à procéder à la restitution si cette dernière imposerait une charge hors de toute proportion avec l'avantage que l'État lésé gagnerait en obtenant la restitution plutôt que l'indemnisation.

20. La suppression des deux autres exceptions soulève pour M. Momtaz quelques problèmes. Pour ce qui est de l'exception concernant la violation d'une obligation découlant d'une norme impérative du droit international général, sa suppression semble avoir été motivée par deux arguments. Le premier est celui qui a été formulé par la France dans ses observations<sup>3</sup> sous la forme d'une question, à savoir comment le retour au droit pourrait-il être contraire à une norme impérative, et que le Rapporteur spécial semble avoir fait sien. Le deuxième est le fait qu'aucun exemple de situation dans laquelle la restitution violerait une telle norme n'a été fourni par le précédent rapporteur spécial. En fait, il semble que c'est la référence au *jus cogens* qui ait fait problème et ait motivé la suppression de cette exception. Il n'en reste pas moins que, dans certains cas, la restitution risque de se heurter à des obstacles juridiques insurmontables, et il ne s'agit pas d'une simple hypothèse d'école. Dans son rapport préliminaire<sup>4</sup>, M. Arangio-Ruiz, ancien rapporteur spécial, indiquait que l'on pouvait concevoir des situations dans lesquelles la restitution serait contraire à certaines dispositions de la Charte des Nations Unies, et en particulier à l'Article 103 de celle-ci, ou à des règles de droit conventionnel ou coutumier, et il donnait à cet égard l'exemple des nationalisations, dont la légalité n'est désormais plus contestée. En la matière, il est incontestable qu'un État qui procède à une nationalisation licite ne saurait être tenu d'une obligation de restitution. Pour cette raison, M. Momtaz estime qu'il serait peut-être opportun de prévoir une troisième exception à l'obligation de restitution, à savoir le cas où la restitution se heurterait à un obstacle juridique insurmontable, sans nécessairement entraîner la violation d'une norme impérative du droit international général. Une telle exception couvrirait également l'exception de menace sérieuse à l'indépendance politique de l'État auteur du fait illicite, qui figurait à l'alinéa *d* du texte adopté en première lecture et qui peut effectivement être supprimée.

21. En ce qui concerne le texte proposé par le Rapporteur spécial pour l'article 44, relatif à l'indemnisation, il prévoit l'indemnisation de « tout dommage susceptible d'évaluation économique », une formule qui englobe à la fois le préjudice matériel, le préjudice moral et le manque à gagner. La nécessité d'une indemnisation pour le dommage matériel résultant d'un fait internationalement illicite est unanimement admise et ne pose pas de difficulté. Pour ce qui est du préjudice moral, il y a lieu de distinguer entre le préjudice moral causé à la personne du ressortis-

sant ou de l'agent de l'État lésé et le préjudice moral causé à cet État lui-même. Pour M. Momtaz, c'est par la satisfaction que ce dernier préjudice doit être indemnisé, et l'indemnisation du préjudice moral dans le cadre de l'article 44 se limiterait donc au préjudice subi par des personnes physiques. Cela est d'ailleurs conforme à la pratique et on peut citer à cet égard l'arrêt rendu par la CIJ dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, dans laquelle une indemnisation a été accordée pour réparer le préjudice psychologique, ainsi que la sentence rendue dans l'affaire *McNeill* par la Commission anglo-mexicaine des réclamations.

22. Pour ce qui est du manque à gagner (*lucrum cessans*), on ne peut qu'approuver la conclusion à laquelle la Commission est parvenue à sa quarante-cinquième session, et à laquelle le Rapporteur spécial se réfère dans son rapport<sup>5</sup>. L'indemnisation du manque à gagner n'est pas universellement acceptée par la doctrine et dans la pratique, et la jurisprudence étant très partagée à cet égard il est difficile de dégager des règles précises susceptibles de recueillir un large appui. Il n'en demeure pas moins que la formule retenue par le Rapporteur spécial, « tout dommage susceptible d'évaluation économique », devrait être interprétée dans un sens large, comme couvrant également le manque à gagner; il serait peut-être opportun de le préciser dans le commentaire.

23. S'agissant des limitations à l'indemnisation, le Rapporteur spécial reconnaît lui-même au paragraphe 162 de son rapport que la question des « indemnisations écrasantes », c'est-à-dire risquant de priver une population de ses moyens d'existence, mérite d'être examinée. Le problème risque de se poser dans les cas de violations massives et systématiques des droits de l'homme et, sans être partisan d'un régime spécifique pour les droits de l'homme, M. Momtaz estime que la Commission doit se pencher sur la question et faire figurer dans le commentaire des observations allant dans le sens d'une limitation de l'indemnisation dans de tels cas.

24. M. GOCO dit que les commentaires du Rapporteur spécial sur la restitution sont particulièrement instructifs et que les observations qui figurent à la fin du paragraphe 124 et au début du paragraphe 126 du rapport à l'examen méritent d'être soulignées. L'État lésé a le choix, et il peut très bien demander directement l'indemnisation plutôt que la restitution. En cas de pluralité d'États lésés, l'État auteur du fait illicite peut être confronté à des demandes de réparation diverses, certains États demandant la restitution, d'autres l'indemnisation.

25. Parmi les faits illicites générateurs d'une obligation de réparer, il conviendrait de s'arrêter sur l'occupation et l'annexion illicites de territoires dans le cadre d'un conflit, avec les souffrances et les destructions qui les accompagnent. C'est ainsi que les Philippines ont énormément souffert durant la seconde guerre mondiale, et qu'il leur a fallu de nombreuses années pour se relever économiquement. Manille a été pratiquement rasée et a certainement été l'une des villes les plus dévastées par la guerre. En cas de guerre, la restitution est impossible, et c'est pourquoi les Philippines ont conclu un accord de réparations le

<sup>3</sup> Voir 2613<sup>e</sup> séance, note 3.

<sup>4</sup> *Annuaire...* 1988, vol. II (1<sup>re</sup> partie), doc. A/CN.4/416 et Add.1, p. 6.

<sup>5</sup> Voir le paragraphe 27 du commentaire de l'article 8, *Annuaire...* 1993, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 76.

9 mai 1956<sup>6</sup>. Peu après, le Congrès des Philippines a adopté la loi n° 1789 portant création d'une commission des réparations, chargée de répartir au mieux des intérêts de tous les Philippins les sommes versées à titre de réparations. Il n'était pas question en l'espèce d'envisager un rétablissement du *statu quo ante*, et seule l'indemnisation était possible. Quelle que soit son utilité, l'article 43 ne saurait empêcher les États lésés de conclure des accords sur les formes que doit prendre la réparation. C'est pourquoi pour M. Goco, si l'on conserve cet article, il faudrait aussi prévoir une exception pour les cas de troubles majeurs ou de guerres entraînant la destruction totale d'un pays et la perte de milliers de vies humaines. Quant au libellé proposé par le Rapporteur spécial pour cet article, il est plus clair que le libellé initial et a le mérite d'être axé sur l'obligation de l'État fautif plutôt que sur les droits de l'État lésé.

26. Quant à l'article 44, le nouveau texte proposé par le Rapporteur spécial marque une amélioration, car il est plus simple, clair et concis que celui adopté en première lecture.

27. Revenant sur une observation qu'il a faite précédemment, M. Goco indique qu'il a simplement voulu dire, en évoquant la notion de garantie, que la présentation d'une demande de restitution n'est pas une condition préalable à celle d'une demande d'indemnisation. Quant à l'expression « tout dommage susceptible d'évaluation économique » retenue par le Rapporteur spécial, elle a l'avantage de couvrir tous les types de dommages, y compris le *lucrum cessans* et même les intérêts.

28. M. ROSENSTOCK, se référant à une observation faite par un membre, dit qu'en l'occurrence seule est en cause la restitution par un État dont la responsabilité est engagée, donc une situation où il y a eu un fait illicite. Qu'il s'agisse d'une nationalisation ou d'un transfert de territoire, le fait qu'il aurait pu y être procédé licitement ne saurait faire obstacle à la restitution.

29. Le PRÉSIDENT, intervenant en tant que membre de la Commission, note qu'aux paragraphes 136 à 143 de son rapport, le Rapporteur spécial cite notamment l'affaire du *Passage par le Grand-Belt* et examine assez longuement la question de l'indication de mesures conservatoires. Il estime quant à lui que l'indication de mesures conservatoires ne relève pas de la notion traditionnelle de restitution et il aimerait connaître l'opinion du Rapporteur spécial sur ce point.

30. Pour ce qui est de l'indemnisation, le Président note qu'au paragraphe 155 de son rapport le Rapporteur spécial évoque l'affaire relative au *Projet Gabcikovo-Nagyvaros* pour indiquer que la CIJ a suggéré « un accord à somme nulle ». En outre, dans l'affaire *Klöckner*, le tribunal arbitral a débouté les deux parties, jugeant qu'elles avaient toutes deux également manqué à leurs obligations contractuelles. Le Président demande au Rapporteur spécial s'il a l'intention de faire une place à cette notion dans le projet d'articles.

31. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial), répondant au Président, dit qu'il ne considère pas que l'indication de

mesures conservatoires relève de la réparation. S'il a cité l'affaire du *Passage par le Grand-Belt*, c'est parce que, au stade des mesures conservatoires, une partie a avancé l'argument selon lequel, si le pont devait être construit, le désavantage découlant de sa démolition serait supérieur au préjudice de la Finlande, et donc qu'il n'y avait pas lieu d'indiquer de mesures conservatoires. Bien que les préparatifs de la construction du pont fussent assez avancés, le pont n'avait pas encore été construit et la Cour ne pouvait accepter cet argument à ce stade, estimant qu'on ne pouvait exclure qu'elle ordonne la démolition du pont si elle estimait que celui-ci constituait un obstacle au droit de passage.

32. Quant à la deuxième question posée par le Président, le Rapporteur spécial indique qu'il s'agissait pour lui de se pencher sur une question abordée par M. Arangio-Ruiz et souvent traitée en doctrine, à savoir celle de la différence entre le droit et la pratique. Chacun dit en effet que la restitution est le premier mode de réparation, mais en pratique elle est rare. En ce qui concerne la mise en balance des violations de chaque partie pour effectuer une sorte de compensation, c'est pour le Rapporteur spécial une question de procédure qui ne relève pas vraiment du droit de la responsabilité.

33. Enfin, le Rapporteur spécial rappelle qu'une autre question a été abordée dans l'affaire *Klöckner* citée par le Président, à savoir celle de l'exception d'inexécution, et le Rapporteur spécial indique qu'il y reviendra dans le chapitre III de son rapport après avoir examiné les contre-mesures. Il lui semble néanmoins que l'application de cette exception se limite presque totalement aux violations d'obligations d'origine conventionnelle, et donc qu'elle n'a pas sa place dans le projet d'articles.

*La séance est levée à 16 h 40.*

## 2637<sup>e</sup> SÉANCE

*Mardi 11 juillet 2000, à 10 heures*

*Président : M. Peter TOMKA*

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

<sup>6</sup> Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 285, n° 4148, p. 3.