

LA REPARATION NON CONTENTIEUSE

par

Christian DOMINICE

Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Genève
et à l'Institut universitaire de hautes études internationales

I - REPARATION NEGOCIEE ET DROIT INTERNATIONAL GENERAL

1. La pratique diplomatique offre de très nombreux exemples de règlements amiables entre deux Etats, caractérisés par une *réparation* au sens large du terme. Nous entendons par là tout acte ou prestation d'un Etat au bénéfice d'un autre et à sa demande, qui a pour objet de mettre un terme à un litige relatif à un préjudice subi par le deuxième du fait du premier (1).

Il peut s'agir d'accords ponctuels concernant un cas particulier, et c'est ce que l'on rencontre le plus fréquemment, ou parfois de conventions mettant un terme à un différend entre deux Etats portant sur une pluralité de cas individuels et l'on peut citer, par exemple, les accords d'indemnisation forfaitaire consécutifs à des nationalisations.

(1) Nous utilisons pour l'essentiel les mêmes notions que l'actuel Rapporteur spécial de la Commission du droit international des Nations Unies sur la responsabilité des Etats, le professeur G. Arangio-Ruiz. Nous nous référons ici à son Rapport préliminaire, du 18 mai 1988, avec additif du 27 mai 1988, A/CN.4/416 et 416/Add. 1. Avec lui, nous pensons que la cessation d'une situation illicite présente une nature différente de la réparation.

Il suffit de consulter les études consacrées à la réparation pour constater qu'à côté de la jurisprudence, s'il en existe sur un point particulier, la pratique diplomatique se voit accorder une grande importance (2).

Sans doute, à la recherche de l'existence et de la teneur exacte de règles juridiques, va-t-on souhaiter rencontrer jugements et sentences suffisamment substantiels et convaincants pour fournir une réponse à une interrogation, pour étayer un raisonnement, pour développer une thèse.

Cependant, compte tenu de la structure particulière de l'ordre juridique international, il faut également porter le regard sur la pratique non juridictionnelle pour y déceler des indications sur les règles juridiques existantes, et sur les éléments qui pourraient révéler que de nouvelles normes sont en gestation.

On peut en effet penser que le fait illicite d'un Etat n'est pas nécessairement générateur d'un litige et que par conséquent l'on devrait fréquemment observer que le responsable et le lésé trouvent les termes d'un règlement. On imagine que l'on va dès lors parcourir, avec ce type de règlement négocié — l'indemnisation sans contentieux — le chemin paisible de l'application sereine du droit international. La réparation convenue donnerait la juste mesure de la réparation due, et l'on aurait, avec cette pratique tranquille, un guide pour celui qui, en qualité de juge ou d'arbitre, aurait à trancher un litige portant sur la responsabilité d'un Etat pour fait internationalement illicite.

Quant à la réparation *ex gratia* — une indemnisation sans responsabilité — on imagine notamment que, toute imprégnée qu'elle est de la générosité de l'Etat qu'émeuvent les peines de ceux à qui, tout en étant irréprochable, il a pu malencontreusement causer un préjudice, elle va révéler peut-être, au gré des répétitions dans des cas similaires, « les premiers linéaments d'une règle coutumière » (3).

(2) Nous nous référons particulièrement aux travaux de la Commission du droit international, soit les huit Rapports du professeur R. Ago (1969-1979), les sept Rapports du professeur Riphagen (1980-1986) publiés dans l'Annuaire de la Commission du droit international (ACDI), et ceux du professeur G. Arangio-Ruiz qui comptent le Rapport préliminaire cité dans la note 1 et le Deuxième Rapport, de 1989. A/CN.4/425 et 425/Add.1.

Voir aussi, notamment, P. Bissonnette, *La satisfaction comme mode de réparation en droit international*, Thèse, Genève, 1952 ; B. Bollecker-Stern, *Le Préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale*, Paris, Pedone, 1973 ; J. Personnaz, *La réparation du préjudice en droit international*, Paris, Sirey, 1939 ; L. Reitzer, *La réparation comme conséquence de l'acte illicite en droit international*, Thèse de Genève, Liège, 1938 ; M. Whiteman, *Damages in International Law*, Washington, 1937-1943.

(3) B. Bollecker-Stern, *op. cit.*, (note 2), p. 11

2. A vrai dire, la pratique dont on peut prendre connaissance, tout en offrant en certains de ses aspects des éléments correspondant à ce qui vient d'être évoqué, livre généralement une image différente.

Il faut bien souligner, au premier chef, que le règlement négocié peut intervenir à l'issue de sérieux affrontements. A cet égard, réparation non contentieuse signifie non juridictionnelle, négociée, sans impliquer qu'il n'y ait pas eu, à un moment donné, entre deux Etats, un litige.

Le règlement par accord intervenu dans de telles circonstances n'est souvent qu'un compromis lié au contexte d'un cas particulier. Il pourra se révéler difficile d'en évaluer la signification plus générale. C'est ainsi que dans l'affaire de *Barcelona Traction* (4) la Cour internationale de Justice paraît avoir dénié toute portée générale aux accords d'indemnisation forfaitaire conclus consécutivement à des nationalisations :

« Relèvent également d'une catégorie distincte les arrangements qui ont été conclus au sujet des indemnités dues à la suite de nationalisations de biens étrangers. Leur raison d'être, qui s'explique par une transformation structurelle dans l'économie d'un Etat, diffère aussi de celle des dispositions normalement applicables. Des accords précis, dont les termes varient d'un cas à l'autre, ont été conclus pour répondre à des situations précises. Loin de prouver l'existence d'une norme quelconque concernant les catégories de bénéficiaires de l'indemnisation, ces arrangements ont un caractère *sui generis* et ne peuvent en l'espèce servir d'exemples » (pp. 39-40).

L'indignation provoquée par ce propos chez certains auteurs, dont le temps ne tempère pas l'intensité (5), montre qu'à tout le moins le problème mérite l'attention.

Autre exemple d'incertitude, on rencontre en matière de réparation l'affirmation selon laquelle il y aurait « une distinction fondamentale » entre la pratique diplomatique et la jurisprudence internationale (6), ce qui doit inciter l'analyste à la prudence.

Quant à l'indemnisation *ex gratia*, elle est bien souvent accordée comme telle par un Etat qui veut éviter de la sorte d'avoir à reconnaître qu'il a commis un acte illicite. Ici encore, la prudence est de rigueur.

(4) *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, arrêt du 5 février 1970, *CJIJ Recueil* 1970, p. 3.

(5) Cf. R.-B. Lillich et B.-H. Weston, « Lump Sum Agreement : Their Continuing Contribution to the Law of International Claims », 82, *AJIL* 69 (1988), et la littérature citée.

(6) L. Reitzer, *op. cit.*, (note 2), p. 213.

3. En bref, la pratique non juridictionnelle, pour abondante qu'elle puisse être, n'est certainement pas facile à décrypter. Il n'en demeure pas moins qu'elle donne le reflet d'attitudes et de comportements étatiques qui constituent le terreau — parfois mêlé d'arides rocaillles — où la coutume plonge ses racines et trouve l'élan de son renouvellement.

C'est là le point qui nous paraît intéressant.

Lorsqu'il s'agit d'identifier, *de lege lata*, la teneur d'une norme juridique, notamment aux fins d'application dans un cas d'espèce, il paraît évident qu'il y a lieu de prendre en considération aussi bien la jurisprudence judiciaire et arbitrale que la pratique diplomatique, avec probablement une préférence pour la première, dont on admettra *a priori* qu'elle est plus précise et plus objective, moins influencée par des considérations d'opportunité ou des pressions diverses. Quoi qu'il en soit, on admettra que, dans cette perspective, il y aurait quelque artifice à vouloir isoler la pratique diplomatique.

En revanche, dans une optique un peu différente, celle qui consiste à déceler des tendances qui s'écartent du droit positif, à prendre la mesure d'orientation qui sont peut-être porteuses de règles nouvelles ou d'une modification des règles existantes, il paraît normal d'interroger particulièrement la pratique diplomatique, car elle est susceptible de fournir des indications sur d'éventuels développements du droit, et de contenir des éléments de nature, le cas échéant, à influencer la jurisprudence ou la codification.

Dans cette optique, il nous paraît intéressant de choisir quelques thèmes, un peu arbitrairement sans doute, pour lesquels la pratique diplomatique suggère des éléments de réflexion, voire des ouvertures.

4. La réparation est le stade ultime du processus qui s'engage avec acte ou l'omission qu'un Etat reproche à un autre Etat, en lui faisant grief de lui avoir causé de ce fait, à lui ou à ses ressortissants, un préjudice matériel, moral ou juridique (7). Elle constitue donc une sorte de révélateur de ce qui se trouve en amont du règlement, et elle ne saurait par conséquent être comprise, et se voir attribuer une signification, sinon reliée à ce qui la précède.

Ainsi, en observant ce dont ont pu convenir deux Etats pour mettre un terme à la prétention de l'un contre l'autre, en vient-on à s'interroger sur les formes et modalités de la réparation selon les caractéristiques du préjudice qu'elle est appelée à effacer. Il s'agit donc du contenu de l'obligation de réparer.

(7) Sur ces notions, voir notamment B. Bollecker-Stern, *op. cit.*, (note 2), p. 34; G. Arango-Ruiz, *Rapport préliminaire*, (note 1), p. 8; et *Deuxième Rapport*, (note 2), pp. 7 ss.

Celle-ci, à son tour, et plus en amont, prend son relief, aussi bien quant à sa nature que pour ce qu'elle implique, à la lumière des circonstances dans lesquelles elle prend naissance.

C'est donc en définitive un vaste complexe de notions et de règles juridiques que le règlement négocié conduit à évoquer.

Nous limiterons ici notre propos à quelques questions, et encore ne pourront-elles être traitées exhaustivement, compte tenu de l'abondance, et de l'hétérogénéité, de la pratique diplomatique, et de l'ampleur des problèmes qu'elle peut amener à évoquer.

Nous nous proposons d'examiner certains aspects du règlement *ex gratia* dans ses rapports avec l'obligation de réparer (II), puis de présenter quelques observations sur les formes de la réparation (III), et enfin d'évoquer brièvement deux aspects du droit de la responsabilité internationale des Etats au sujet desquels la pratique conventionnelle apporte peut-être des ouvertures nouvelles (IV).

II - LE REGLEMENT EX GRATIA ET LA QUESTION DE L'OBLIGATION DE REPARER

A. - Observations liminaires

5. Le but poursuivi par l'Etat qui propose à un autre Etat de régler un litige par le versement *ex gratia* d'une indemnité est le plus souvent de mettre un terme, sans accepter le point de vue de l'autre partie, à une discussion ouverte avec celle-ci sur le point de savoir si une réparation est due en vertu d'une règle de droit qui l'exige (8).

Cette règle peut être l'obligation de réparer consécutive à un fait internationalement illicite, soit ce qu'il est convenu d'appeler une règle *secondaire* (9). Lorsqu'un Etat accepte spontanément de réparer un préjudice en admettant ce faisant qu'il a transgressé une obligation dont il était tenu à l'endroit d'un autre Etat, il reconnaît du même coup l'existence de cette règle primaire. Lorsqu'il conteste être tenu de

(8) Le règlement *ex gratia* peut aussi intervenir, sur le plan international, dans les rapports entre un Etat et une personne privée, voir le cas *Amokrane*, *RGDIP* 1975, p. 505.

(9) Il s'agit bien entendu de la terminologie fixée par la Commission du droit international, cf. p. ex. J. Combacau et D. Alland, « "Primary" and "Secondary" rules in the law of State responsibility : categorizing international obligations », XVI, *Netherlands Yearbook of International Law*, pp. 279 ss, (1985).

réparer, l'analyse peut être plus difficile. Ce peut être parce qu'il nie l'existence de la règle qu'on lui fait grief d'avoir violé, mais ce peut être aussi parce que, tout en reconnaissant son existence, il prétend que ses conditions d'application ne sont pas réunies — et c'est alors une divergence de vues, non plus sur le régime juridique, mais sur les faits.

La règle dont se réclame l'Etat qui demande réparation peut également être une *règle primaire*, soit une obligation de réparer — ou d'indemniser — prescrite comme telle par le droit international, indépendamment de tout rattachement à un fait illicite. Par exemple, on peut affirmer aujourd'hui qu'une expropriation qui est effectuée pour motif d'utilité publique, qui n'est pas discriminatoire et qui ne porte pas atteinte à un engagement spécifique, est licite au regard du droit international. Elle fait naître cependant une obligation d'indemniser. C'est cette obligation qui peut être transgressée.

C'est cependant en matière d'activités présentant un risque particulier que la question de l'obligation de réparer de nature primaire est actuellement discutée (10). Nous aurons l'occasion d'y revenir.

L'Etat qui refuse de réparer un dommage qu'il a pu causer tout en se livrant à une activité licite en droit international recuse apparemment l'idée d'une obligation autonome. Mais qu'en est-il lorsqu'il répare tout en affirmant qu'il n'y est pas tenu ?

6. Si le propre de la réparation accordée *ex gratia* est précisément de laisser ouverte entre les Etats intéressés la question de la qualification, ou des qualifications juridiques, des divers éléments propres à un cas d'espèce, ou du moins de permettre à l'un d'eux de ne pas reconnaître l'existence d'une obligation à sa charge, on doit néanmoins penser que la seule attitude, ou les déclarations, de cet Etat ne sauraient automatiquement dépouiller le fait même de la réparation de toute pertinence en tant qu'élément d'une pratique.

S'il devait se révéler que, dans des circonstances similaires, les Etats, en plusieurs occasions, ont réparé un dommage, la question de la naissance éventuelle d'une coutume pourrait se poser, et cela quand bien même cette réparation serait octroyée, officiellement, *ex gratia*.

(10) On sait que la Commission du droit international a également mis cette question à l'ordre du jour de ses travaux, sous le titre « Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international ». Le premier Rapporteur spécial, M. R.-Q. Quentin-Baxter, a présenté cinq Rapports (1980 à 1984). Son successeur, M. J. Barboza a présenté cinq Rapports entre 1985 et 1989, voir *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante et unième session, Assemblée générale, quarante-quatrième session, supplément n° 10 (A/44/10)*.

Somme toute, le propre de la coutume est de trouver son origine, puis sa consolidation, dans des comportements étatiques qui, au début du processus de formation de la norme, n'étaient précisément pas dus à la conscience d'une obligation.

Ce sont quelques réflexions qu'il convient de garder présentes à l'esprit pour aborder, en guise d'illustration, deux cas de réparation (ou d'offre de réparation) *ex gratia*, dont l'un paraît indiquer que ce type de réparation peut être destiné à éliminer une querelle sur l'existence d'un acte illicite dont résulterait une obligation de réparer (norme secondaire), et l'autre montre qu'il peut viser à éviter un débat sur l'existence d'une obligation de réparer instituée par une norme primaire du droit international, le point commun de ces deux exemples pouvant être trouvé dans l'importance, accordée aux considérations humanitaires, du moins dans les déclarations officielles.

B. - Le règlement *ex gratia* en réponse à une contestation sur le caractère illicite d'un acte : les attaques contre les avions et des navires

7. Nous pouvons nous arrêter tout d'abord à l'exemple fourni par le cas de l'*Airbus de Iran Air Flight 655* (11). Ce choix peut paraître curieux dès lors qu'il s'agit d'un incident qui n'a pas encore trouvé sa solution. On sait en effet que l'offre américaine de règlement *ex gratia* n'a pas été acceptée, tandis que l'Iran a porté l'affaire devant la Cour internationale de Justice (12).

On peut relever cependant que ce litige est à la fois récent et intéressant, et qu'au demeurant une offre de règlement *ex gratia*, de même d'ailleurs que le refus auquel elle se heurte, constituent des éléments de la pratique diplomatique.

On rappellera que le 3 juillet 1988 un avion de type Airbus 300 de la Compagnie Iran Air, qui effectuait un vol régulier de Bandar Abbas (Iran) à Dubaï, fut abattu par le croiseur américain *USS Vincennes* alors qu'il survolait le détroit d'Ormuz. Il y eut 290 victimes, passagers et membres d'équipage.

(11) Un récit complet des circonstances de cette affaire et un exposé des thèses en présence, sont publiés sous le titre « Agora : The Downing of Iran Air Flight 655 », 83 *AJIL* 318-341 (1989). Voir la Chronique du professeur Ch. Rousseau, *RGDIP* 1989, p. 128 et p. 436.

(12) La requête date du 17 mai 1989, et la Cour a rendu une ordonnance en date du 13 décembre 1989, « Incident aérien du 3 juillet 1988 (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique) », *CIJ Recueil* 1989, p. 132.

Alors que le Gouvernement iranien invoqua dès après ce dramatique incident la violation par les Etats-Unis du droit international et conséquemment leur responsabilité internationale et l'obligation corrélatrice de réparer les dommages subis tant par l'Iran que par les familles des victimes, Washington laissa d'abord entendre que le croiseur avait tiré en état de légitime défense face à une attaque de l'avion iranien, puis assez rapidement modifia sa position et reconnut que le *USS Vincennes* avait agi par erreur, mais une erreur explicable et excusable du fait de la tension qui régnait dans la région, des multiples incidents qui avaient déjà mis aux prises des bâtiments américains et les forces iraniennes et du refus de l'Iran d'accepter la Résolution 598 du Conseil de sécurité des Nations Unies (13). Le Président Reagan fit savoir huit jours après l'incident qu'il était personnellement affecté par la mort tragique de victimes innocentes et que les Etats-Unis, pour des motifs humanitaires, entendaient offrir une indemnisation *ex gratia* aux familles des victimes (14).

Par la suite, tout en restant très fermes sur le principe selon lequel ils n'encouraient aucune responsabilité pour acte illicite, les Etats-Unis confirmèrent leur offre d'allouer aux familles des victimes — directement si possible — une réparation *ex gratia*, considérée comme « particulièrement indiquée » lorsqu'il s'agit de la destruction d'un avion de ligne civil (15). Une proposition concrète a été faite (16).

Les autorités iraniennes n'entrèrent jamais en matière sur cette proposition. Non seulement elles n'entendent pas se satisfaire d'une indemnisation allouée aux seules familles des victimes — elles veulent également obtenir réparation pour la République d'Iran — mais surtout elles veulent obtenir la constatation du caractère illicite de l'intervention du *USS Vincennes* et du même coup la condamnation des Etats-Unis. C'est l'objet de l'action intentée devant la Cour internationale de Justice, fondée d'une part sur l'article 84 de la Convention de Chicago, qui prévoit un recours contre les décisions du Conseil de l'OACI (17), et d'autre part sur l'article 14 (1) de la Convention de Montréal de 1971 pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile, qui donne également compétence à la Cour. L'Iran

(13) Il s'agit de la Résolution du 20 juillet 1987 priant l'Iran et l'Irak d'observer un cessez-le-feu immédiat, voir 85 AJIL 320 (1989). Le 17 juillet 1988, l'Iran fit connaître qu'il acceptait la Résolution 598, *ibid.*, p. 321.

(14) 83 AJIL 319 (1989).

(15) 83 AJIL 323 (1989).

(16) Cette offre, présentée comme conforme à la pratique américaine de proposer des indemnisations *ex gratia*, implique un versement de \$250.000.000 par victime travaillant à plein temps, et \$100.000 pour les autres. L'offre faite le 10 juillet 1989 est reproduite 85 AJIL 912 (1989).

(17) La décision du Conseil de l'OACI, du 17 mars 1989, est reproduite 28 ILM 896 (1989).

estime que la décision du Conseil de l'OACI est erronée en ce qu'elle ne reconnaît pas la violation, par les Etats-Unis, de la Convention de Chicago, et prétend également que la Convention de Montréal a été transgressée.

8. Ce n'est pas notre propos de nous arrêter ici à la controverse juridique qui oppose les deux Etats. Pour divers motifs tenant aux circonstances particulières du cas d'espèce, la thèse officielle de Washington est d'affirmer qu'en l'occurrence l'usage de la force était licite, opinion qui ne fait pas l'unanimité, même aux Etats-Unis (18).

Il s'agit ici uniquement de l'offre américaine de règlement *ex gratia*, qu'il peut être utile de mettre en parallèle avec des règlements amiables intervenus dans quelques cas présentant une certaine analogie avec celui de l'*Airbus 300* d'Iran Air, étant entendu que chaque cas a ses caractéristiques propres.

Ainsi, la destruction d'avions ou de navires a donné lieu à réparation, de la part de l'Etat qui l'avait provoquée, en plusieurs circonstances, parfois à la suite d'une reconnaissance de responsabilité, parfois avec l'indication que les paiements étaient effectués *ex gratia*.

On peut mentionner, par exemple, le règlement intervenu entre le Royaume-Uni et la Chine à la suite de la destruction par celle-ci, qui en accepta la responsabilité en invoquant une erreur d'identification, d'un avion britannique qui faisait route de Bangkok à Hong Kong en 1954 (19). Israël de son côté accepta de verser des indemnités après avoir abattu un avion libyen au-dessus du Sinaï, le 21 février 1973, mais il semble que ce fut *ex gratia* (20).

Autres exemples : Israël accepta la responsabilité de l'attaque lancée — par erreur fut-il indiqué — contre le navire américain *Liberty*, qui se trouvait dans les eaux internationales au moment de la guerre des six jours de 1967, et effectua divers paiements (21), alors que l'Irak,

(18) Voir l'avis du professeur A. Lowenfeld, qui estime que les Etats-Unis ont violé le droit international car il est interdit de recourir à l'usage des armes contre un avion civil en vol, sans qu'il soit déterminant de s'interroger sur la question de la faute, 83 AJIL 341 (1989).

(19) Incident du 23 juillet 1954, réglé par le versement d'une somme d'argent, M. Whiteman, 8 *Digest of International Law* 1265-66 (1967), et 83 AJIL 339 (1989).

(20) 83 AJIL 322 et 339 (1989).

(21) Israël effectua successivement plusieurs versements, voir *Digest of United States Practice in International Law*, 1980, p. 747 ; 75 AJIL 368 (1981) ; *RGDIP* 1968, p. 199, 1970, p. 154, 1981, p. 562. Ce cas est présenté parfois comme un exemple de règlement *ex gratia*, 85 AJIL 322 et 329 (1989) ; mais il ne semble pas que cela soit exact, et cela montre les difficultés d'analyse que présente la pratique diplomatique.

dans le cas de l'*USS Stark*, frégate américaine attaquée en 1987 dans le Golfe à 70 milles au large de Bahrein, convint de payer plus de 27 millions de dollars (22).

Ces quelques exemples montrent qu'en général — mais ce n'est pas toujours le cas (23) — l'Etat dont les forces armées ont attaqué un avion ou un navire qui ne les menaçait pas a accepté d'indemniser les victimes, sinon même de réparer tous les dommages, mais que cependant il subsiste fréquemment une ambiguïté sur le motif de cette réparation. L'accord intervient malgré des positions juridiques qui parfois sont divergentes. C'est la principale fonction du règlement *ex gratia*.

9. Comme le montre l'affaire de l'Airbus iranien, il ne suffit pas que, dans un cas litigieux, une offre d'indemnisation soit présentée pour qu'un règlement puisse intervenir. Il y a en jeu d'autres préjudices que ceux qui affectent les victimes individuelles ou leurs familles, et surtout des questions de principe peuvent être en cause — c'est manifestement le cas pour l'Iran — de sorte que la fonction d'apaisement de l'offre de réparation *ex gratia* n'est pas assurée. Néanmoins, dans la pratique internationale en général, la réparation *ex gratia*, dans des cas comme ceux que nous avons évoqués ou en d'autres circonstances, joue certainement un rôle utile. Elle permet un règlement dans des cas où l'Etat à qui le dommage est attribuable estime avoir de bons motifs pour affirmer qu'il n'a commis aucun acte illicite.

C'est la raison pour laquelle il convient d'être particulièrement prudent dans l'évaluation de la pratique.

Il ne serait sans doute pas justifié de ne tenir aucun compte des cas de règlement *ex gratia* dans l'analyse des règles primaires du droit international — et l'exemple que nous avons retenu met en lumière la question délicate des limites exactes assignées au recours aux armes — car la réparation, ou l'offre de réparation, même si elle est accompagnée de déclarations reniant toute responsabilité, est un fait qui peut avoir une signification juridique. La répétition, dans des cas similaires, peut révéler, en dépit des dénégations, le sentiment d'une obligation de réparer, et révéler par conséquent mettre en lumière la teneur d'une règle primaire.

(22) Pour les détails, 83 *AJIL* 561 (1989), *RGDIP* 1989, p. 672.

(23) On peut rappeler que dans le cas de l'avion d'El Al abattu au-dessus de la Bulgarie en 1955 (incident aérien du 27 juillet 1955, dont la Cour internationale de Justice estima qu'elle ne pouvait connaître faute de compétence, *CJ Recueil* 1959, p. 127) l'offre bulgare d'indemnisation *ex gratia* fut jugée insuffisante et refusée par les Etats-Unis; 83 *AJIL* 323 et 339 (1989). Quant à la destruction par des chasseurs soviétiques, le 1^{er} septembre 1983, de l'avion commercial des Korean Air Lines avec 269 personnes à son bord, l'URSS n'en accepta jamais la responsabilité et n'offrit aucune indemnisation, 83 *AJIL* 340 (1989).

Il faut cependant prendre garde à ne pas trop systématiquement trouver valeur de précédent aux réparations accordées *ex gratia*. Ce serait de nature à rendre les Etats plus prudents encore, alors que le flou juridique qui les entoure favorise le règlement.

C'est ici, pensons-nous, l'observation à laquelle il faut s'arrêter, car notre propos n'est pas d'identifier la teneur exacte de normes primaires du droit international que pourrait révéler une réparation considérée comme due à la suite d'une transgression, encore qu'en matière d'aviation civile il soit possible d'affirmer qu'il est illicite d'abattre un appareil commercial et que l'erreur ne saurait constituer un motif d'exonération. Nous partageons sur ce point l'opinion d'A. Lowenfeld (cité note 18).

10. Il y a cependant une question d'une nature un peu différente, que nous paraît mettre en lumière l'affaire de l'Airbus d'Iran Air, d'autres cas que nous avons évoqués et, peut-être, de manière plus générale d'autres circonstances de règlement *ex gratia*, dans la mesure où l'on peut s'en faire une idée.

Il s'agit du motif invoqué pour offrir une indemnité, à savoir les *considérations d'humanité*.

Offrir une indemnisation *ex gratia* pour motifs d'humanité, c'est, de la part d'un Etat, affirmer qu'il a agi d'une manière licite, mais également reconnaître que les victimes innocentes méritent considération et qu'il éprouve de ce chef une sorte de devoir moral de leur allouer une réparation.

Dans l'optique qui est la nôtre, celle du droit international général, faut-il accorder une signification à ce genre d'attitude, si l'on peut en observer la répétition ? Ces motifs d'humanité deviendraient-ils source d'obligation ? Devrait-on en conclure qu'en certaines circonstances, en dehors de la responsabilité pour acte illicite, il existe une obligation d'indemniser certaines victimes ? Quelles victimes ? Et dans quelles circonstances ? (24).

Poser ces questions c'est souligner aussitôt la complexité des problèmes. L'acte *ex gratia* est plus facile à accomplir, et peut même impliquer une plus grande générosité, que celui qu'impose une obligation, et, de surcroît, celle-ci fait surgir toutes les difficultés liées à son exacte définition.

(24) On rappellera, par exemple, que le Projet d'articles sur la responsabilité des Etats (1^{re} partie) laisse ouverte la question de l'indemnisation des dommages causés par un fait qui, en raison d'une circonstance excluant l'illicéité, n'est pas illicite (art. 35).

Il nous paraît à vrai dire plus judicieux de développer et de rendre plus strictes les règles relatives au caractère illicite de certains actes et de certains dommages, plutôt que de préconiser la consolidation d'une obligation de réparer de caractère primaire, indépendante d'un fait illicite, inspirée par des considérations d'humanité.

Cette perspective méritait toutefois d'être évoquée, car c'est le même type de problème que l'on rencontre en matière d'activités dangereuses, et c'est la question qui va nous retenir maintenant.

C. - L'obligation de réparer des dommages résultant d'activités licites mais dangereuses

11. L'affaire des pêcheurs japonais victimes de dommages causés par des essais nucléaires auxquels les Etats-Unis avaient procédé, en 1954, dans le Pacifique — connue sous le nom d'incident du *Fukuryu Maru* (25) — est d'autant plus fréquemment citée que l'on ne trouve guère, dans la pratique, d'autres cas analogues.

Rappelons qu'en l'occurrence, si les autorités nippones avaient laissé entendre que les Etats-Unis étaient responsables des dommages causés pour n'avoir pas pris des précautions suffisantes, l'indemnité de deux millions de dollars versée par le Gouvernement américain le fut avec la très expresse indication qu'il s'agissait-là d'un règlement *ex gratia*, sans référence à la question de la responsabilité juridique (26).

Si l'on cite fréquemment l'incident du *Fukuryu Maru*, c'est précisément pour évoquer l'existence ou du moins la gestation d'une règle en vertu de laquelle l'Etat qui se livre à des activités particulièrement dangereuses serait tenu de réparer les dommages qu'il viendrait à causer. L'obligation de réparer serait ici autonome, indépendante d'un fait illicite. Il s'agirait d'une obligation primaire (27).

(25) Les documents relatifs à cette affaire sont reproduits dans M. Whiteman, 8 *Digest of International Law*, 764-769 (1967).

(26) Ce n'est que plus tard, en 1963, qu'allait être conclu le Traité d'interdiction partielle des essais nucléaires, et c'est également plusieurs années plus tard que des Gouvernements ont estimé pouvoir affirmer que des essais nucléaires dans l'atmosphère sont illégaux même pour les Etats qui ne sont pas parties au Traité de 1963, cf. l'attitude de l'Australie et de la Nouvelle-Zélande dans les affaires des essais nucléaires, *CJ Recueil* 1974, p. 253 et p. 457.

(27) C'est l'idée qui inspire actuellement les travaux de la Commission du droit international, voir p. ex. l'article 9 du projet et le commentaire de M. J. Barboza, Rapporteur spécial, dans son Sixième Rapport sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international, du 15 mars 1990, A/CN.4/428, p. 28.

On peut évoquer dans ce contexte l'incident du *Cosmos 954*, ce satellite soviétique équipé d'un réacteur nucléaire qui entra dans l'atmosphère terrestre le 24 janvier 1978, s'y désintégra, et répandit des débris sur le territoire du Canada (28). L'Union soviétique versa finalement trois millions de dollars canadiens (29), alors que la prétention du Canada s'élevait à un peu plus du double, essentiellement pour des frais de recherche et de nettoyage. On observe que dans cette affaire les autorités soviétiques ont régulièrement indiqué, dans la correspondance diplomatique, qu'elles entendaient s'en tenir aux stipulations des accords internationaux, et notamment celles de la Convention de 1972 sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux, de sorte que le versement doit être considéré comme ayant été effectué en exécution d'une obligation conventionnelle internationale. On sait que celle-ci est une obligation de réparer de caractère autonome, indépendante de tout acte illicite. Ce précédent fournit donc une illustration de l'application d'un droit conventionnel original, mais n'apporte aucun élément de réponse à la question, que permet d'évoquer l'incident du *Fukuryu Maru*, du régime du droit international général en matière d'activités dangereuses des Etats.

12. Ce ne saurait être notre propos, sous le prétexte d'un cas de règlement *ex gratia*, de faire le tour d'un problème complexe qui a mobilisé et mobilise encore l'attention d'illustres esprits, et notamment de la Commission du droit international des Nations Unies.

Quelques brèves observations suffiront, à commencer par la constatation que le débat nous paraît être rendu d'autant plus difficile, et parfois confus, que les notions de base ne sont pas toujours correctement identifiées.

Il est utile de rappeler que, de manière générale dans la mesure où des comparaisons sont possibles, la responsabilité fondée sur le risque ou responsabilité objective constitue, dans les droits internes, une responsabilité pour acte illicite. Il est illicite de porter atteinte à l'intégrité physique d'une personne, comme il est illicite de porter atteinte aux biens mobiliers et immobiliers d'autrui. Toutefois, comme on le sait, il ne suffit pas, dans les cas ordinaires, d'établir ce dommage, qui est en soi illicite. Il faut encore cet élément subjectif qu'est la faute (30).

(28) Les principaux documents sont publiés dans 18 *ILM*, 899-930 (1979).

(29) Protocole de règlement conclu à Moscou le 2 avril 1981, 20 *ILM* 689 (1981).

(30) Cf. p. ex. J. Combacau, in H. Thierry et al., *Droit international public*, 5^e éd., Paris, Editions Montchrestien, 1986, p. 658; P.-M. Dupuy, *La responsabilité internationale des Etats pour les dommages d'origine technologique et industrielle*, Paris, Pedone, 1976, p. 104. Il faut observer que des problèmes de terminologie ont fréquemment créé des malentendus, notamment en raison du fait que

Lorsqu'en raison de la nature particulière d'une activité (théorie du risque notamment) l'on en vient à instituer la responsabilité dite *objective*, c'est en supprimant l'exigence de l'élément subjectif de la faute, mais il s'agit toujours d'une responsabilité fondée sur l'acte illicite (31).

Sur le terrain du droit international public, il en va différemment. Il est généralement admis aujourd'hui que la responsabilité internationale des Etats est engagée sans qu'il y ait lieu de tenir compte de la condition particulière de la faute (32), étant entendu que l'on peut rencontrer certaines obligations spécifiques qui sont telles que l'élément subjectif de la faute paraît nécessaire pour qu'il y ait transgression. On a pu décrire à cet égard la responsabilité internationale de l'Etat comme étant une responsabilité objective (33).

En revanche, d'autre part, en l'état actuel du droit il n'existe pas de règle générale du droit international public interdisant aux Etats de porter atteinte à l'intégrité physique des personnes privées ou de causer un dommage à leurs biens. Ce n'est pas l'acte dommageable en tant que tel qui constitue un fait illicite. Comme on l'a reconnu, s'il convient, pour certains types d'activités, de renoncer en droit interne à l'exigence de la faute, le problème en droit international est de savoir s'il y a lieu d'instituer à la charge des Etats une obligation de réparer en l'absence de tout fait internationalement illicite (34).

La distinction paraît relativement simple, mais il faut observer que le droit conventionnel international, tout en étant par nature et par définition du droit international public, est susceptible d'instituer une réglementation qui peut se situer sur un terrain ou sur l'autre.

Ainsi, le Traité de 1967 sur les principes régissant les activités des Etats en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique, y compris la lune et les autres corps célestes (article VII) et la Convention de 1972 sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux (article 2) instituent à la

le terme « faute » n'a pas la même signification dans tous les droits internes : il vise parfois uniquement l'élément subjectif, distinct de l'acte illicite, mais parfois il inclut les deux.

(31) Pour la responsabilité objective, dans les législations nationales, P.-M. Dupuy, *op. cit.*, (note 30), p. 105.

(32) Cf. P.-M. Dupuy, « Le fait générateur de la responsabilité internationale des Etats », *RCADI*, t. 188 (1984, V), p. 9, 83.

(33) A juste titre, le Rapporteur spécial de la Commission du droit international attire l'attention sur le fait que la faute est de nature à jouer un rôle important sur les modes de réparation, G. Arangio-Ruiz, *Deuxième Rapport*, A/CN.4/425/Add.1, § 162, p. 2.

(34) Cf. Ph. Cahier, « Le problème de la responsabilité pour risque en droit international », *Les relations internationales dans un monde en mutation*, Genève, IJHEI, pp. 409-427.

charge des Etats une obligation de réparer qui est indépendante de tout fait internationalement illicite (35); alors que, comme on a bien su le montrer, d'autres conventions, par exemple les accords nucléaires, visent à instaurer un régime uniforme de responsabilité privée, donc sur le terrain usuel du droit interne de la responsabilité pour acte illicite, ici objective, étant entendu que l'Etat peut être mis en cause à un autre titre, par exemple comme garant, ou pour violation d'une obligation conventionnelle (36).

13. Une indemnisation *ex gratia* comme celle qui est intervenue dans l'affaire des pêcheurs japonais révèle-t-elle, en dépit de la teneur des déclarations officielles, une sorte de sentiment d'un devoir, moral à tout le moins ? Cela pourrait-il être le signe avant-coureur de règles nouvelles, et lesquelles ?

Les motifs d'humanité sont sans doute, ici aussi, importants.

Ils pourraient conduire, avec le temps, au développement de normes primaires imposant à l'Etat l'obligation de réparer les dommages causés par certaines de ses activités. Il y aurait là une évolution qui irait de pair avec la tendance, qui se fait jour, d'obliger l'Etat à réparer les dommages causés par des activités ayant leur origine sur son territoire (37), alors que jusqu'ici l'on s'en est tenu à cet égard aux principes gouvernant la responsabilité de l'Etat pour fait illicite (manquement à une obligation de prévention) (38).

Et si l'évolution se faisait sur le terrain de la responsabilité pour acte illicite ? L'indemnisation pratiquée *ex gratia* à l'origine viendrait révéler avec le temps qu'il est interdit aux Etats de porter atteinte, par l'effet de leurs actes et de leurs activités, à l'intégrité physique des personnes et de leurs biens, sauf exception prévue par le droit international lui-même.

(35) Cf. P.-M. Dupuy, *La responsabilité internationale...*, (note 30), pp. 44 s. Il s'agit de l'un des régimes de responsabilité, celui qui concerne les dommages causés à la surface de la terre ou aux aéronefs en vol. Voir aussi L. Condorelli, « La réparation des dommages catastrophiques causés par les activités spatiales », *La réparation des dommages catastrophiques*, Louvain-la-Neuve, Colloque 1988, p. 19.

(36) Cf. l'ouvrage de P.-M. Dupuy cité dans la note précédente, not. chap. II et III.

(37) C'est le sens des travaux de la Commission du droit international, voir à cet égard le sixième Rapport de M. Barboza, cité *supra*, note 27.

(38) On connaît les principes résultant de l'arbitrage de la Fonderie du Trail, sentences arbitrales du 16 avril 1938 et du 11 mars 1941, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. 3, pp. 1911-1937 et 1938-1981.

D. - Pour conclure

14. Le règlement *ex gratia* intervient dans des circonstances qui sont très variées. Mettant en présence un Etat qui demande une réparation à laquelle il estime avoir droit — en invoquant une violation du droit international — et un autre Etat qui refuse toute responsabilité, mais accepte néanmoins d'indemniser les victimes, il permet de mettre un terme au litige.

Cette fonction d'apaisement doit être reconnue et respectée, de sorte qu'il convient d'éviter d'attribuer une trop grande signification à ce type de règlement.

Néanmoins, le fait de l'indemnisation n'est pas totalement indifférent. Sa répétition dans des circonstances similaires peut donner des indications dignes d'intérêt.

Il peut apparaître que ce sont des considérations de prestige, ou un contexte politique difficile, qui incitent, dans un cas particulier, un Etat à nier sa responsabilité internationale. On pourra dès lors penser que l'indemnisation *ex gratia* confirme davantage qu'elle n'infirmes l'existence de la règle juridique dont on allègue la violation.

Cependant, le rôle que paraissent jouer, dans le règlement *ex gratia*, les considérations d'humanité, mérite l'attention.

On peut se demander si l'on y trouve les premiers signes d'une évolution qui tiendrait à rendre illicite le fait pour les Etats, à l'occasion de leurs actes et activités propres, de porter atteinte à l'intégrité physique des êtres humains, à moins qu'une règle du droit international ne les y autorise expressément, comme c'est le cas lorsque s'applique le droit des conflits armés (qui fixe néanmoins des limites), ou en cas d'autre usage légitime des armes, ou dans d'autres circonstances encore.

Lorsqu'il s'agit de dommages qui ne sont pas attribuables à l'Etat, plus particulièrement ceux qui sont causés par des activités privées qui se déploient sur son territoire, le cadre spécifique de la responsabilité pour fait illicite (défaut de prévention) paraît aujourd'hui trop étroit, et des efforts sont entrepris pour consacrer le principe de l'obligation pour l'Etat de réparer ces dommages, qui serait une norme primaire consacrée par convention.

Lorsqu'il s'agit des activités propres de l'Etat, le dommage causé à l'intégrité physique des personnes ou de leurs biens pourrait être tenu, sauf exception, pour illicite.

III - QUELQUES OBSERVATIONS SUR LA REPARATION

A. - Une pratique foisonnante aux contours peu précis

15. Les études de doctrine consacrées à la réparation et aux diverses formes qu'elle peut prendre font de très larges références à la pratique diplomatique (39). Nous estimons donc devoir nous arrêter à cette question des modalités de la réparation. Pourtant, les travaux précités, pour étayer leurs analyses et leurs conclusions, font également appel, bien entendu, à la jurisprudence judiciaire et arbitrale, en sus de la doctrine, de sorte que les règlements intervenus directement entre Etats constituent une partie seulement des éléments susceptibles de fournir des indications sur les principes juridiques gouvernant les modes de réparation. On peut sérieusement hésiter à en isoler l'examen.

Dans l'étude, à laquelle nous avons déjà fait allusion, qu'il a consacrée à la réparation en droit international, L. Reitzer, estime pouvoir constater une distinction fondamentale entre la pratique diplomatique et la jurisprudence internationale, car à ses yeux, dans la première « ... la forme et l'étendue de la réparation dépendent de la volonté de l'Etat lésé, volonté qui n'est gouvernée par aucune idée directrice et qui est, en principe, illimitée » (40).

En revanche, pour cet auteur, « Le trait dominant de la jurisprudence internationale relative au *quantum* et aux modalités de la réparation, est la liberté de l'arbitre, respectivement du juge. Toutefois, celui-ci s'appuie fréquemment sur les principes généraux admis par les droits civils modernes. Avec leur aide, la jurisprudence internationale a pu établir certaines directives, au nombre encore restreint, destinées à orienter l'appréciation de l'arbitre et du juge. Chaque fois, cependant, que pareille directive fait défaut ou qu'elle soit peu claire, la liberté d'appréciation du tribunal international reparait » (41).

On peut mesurer, à la lecture de ces lignes, le chemin parcouru depuis une cinquantaine d'années, mais aussi, à certains égards, ce qui reste valable.

(39) Il y a lieu de se référer principalement aux ouvrages cités dans la note 2, ainsi qu'aux Rapports présentés à la Commission du droit international, plus particulièrement les plus récents, ceux du professeur Arangio-Ruiz (*supra*; note 2), qui a procédé à une analyse très attentive de la jurisprudence et de la pratique diplomatique.

(40) L. Reitzer, *op. cit.*, (note 2), p. 214.

(41) *Ibid.*, p. 214.

16. Il est certain que les travaux de la doctrine, et le développement corrélatif de la jurisprudence, ont permis la mise en lumière, et l'affirmation, d'un corps de règles concernant la responsabilité internationale et la réparation, qui trouvent leur reflet dans la pratique diplomatique. Les demandes et prétentions articulées par les Gouvernements qui allèguent, face à un autre Etat, la violation d'une règle du droit international, sont aujourd'hui généralement construites en prenant appui sur des principes plus sûrs et mieux connus que naguère, et les réparations demandées, lorsque c'est de cela qu'il s'agit, sont inspirées sans doute par les enseignements du droit international contemporain bien davantage que par les humeurs des Chancelleries. Il ne nous paraît donc pas que l'on puisse encore opposer le règlement d'accord à la jurisprudence comme il était peut-être justifié de le faire. On observera d'ailleurs qu'aujourd'hui le juge ou l'arbitre, tout en conservant une indéfinissable marge d'appréciation dans la détermination des modalités de la réparation, est chargé de faire application d'un droit plus complet, plus élaboré, qu'il ne le fut autrefois.

Ce qui demeure néanmoins, c'est qu'effectivement lorsque deux Etats se mettent d'accord pour régler un litige la solution qu'ils adoptent est celle qui leur convient, compte tenu des circonstances propres à leurs relations à un moment donné. Elle peut être inspirée de considérations d'opportunité, ou influencée par des données extérieures au litige lui-même.

De surcroît, ce qui finalement est connu est le résultat de la négociation, lorsqu'il est consigné dans un protocole d'accord ou des déclarations communes, mais non point nécessairement les motifs ou les arguments juridiques qui pourraient permettre d'en mieux percevoir la signification précise. Peut-être peut-on faire exception pour les règlements intervenant par la conclusion d'un traité international, par exemple un traité d'indemnisation forfaitaire, car on peut alors trouver un rapport adressé par un Gouvernement à son Parlement, mais encore n'est-ce pas toujours très éclairant.

On peut donc constater que la pratique diplomatique fournit assurément de nombreuses illustrations, mais que l'œuvre d'élaboration systématique, la recherche des critères de qualification et l'énoncé de règles formulées en termes généraux, sont l'apanage de la doctrine, dans une relation interactive avec la jurisprudence.

17. C'est ainsi que la doctrine a pu mettre en lumière, et continuer à le faire, les conséquences résultant de la violation du droit international.

Elle a notamment pu indiquer que ces conséquences ne relèvent pas uniquement de l'ordre de la réparation.

Il a été particulièrement observé que, lorsque le fait internationalement illicite crée une situation illicite qui persiste, l'obligation de mettre un terme à cette situation est distincte de l'obligation de réparer et présente une nature différente (42), ce qui ne manque pas d'intérêt, par exemple, pour la théorie des représailles, ou contre-mesures « horizontales ». On peut en effet constater que le droit d'y recourir peut résulter non pas seulement du droit d'obtenir réparation — de sorte qu'elles sont une réaction au manquement à l'obligation de réparer — mais aussi du droit de faire cesser une situation créée par le fait illicite initial.

Si l'obligation de réparer n'est pas la seule conséquence de la responsabilité internationale, elle n'en est pas moins une donnée majeure, et les auteurs ont su montrer, bien qu'avec des diversités et des variantes, qu'elle comprend plusieurs formes. Nous pensons quant à nous qu'il y a lieu de suivre ceux pour qui la réparation au sens large comporte plusieurs éléments (restitution en nature, réparation par équivalent, satisfaction) alternatifs ou cumulatifs, dont certains aspects ne sont pas strictement compensatoires au sens où l'on peut entendre cette notion en matière de responsabilité civile (43).

C'est précisément à partir de ce que l'on peut considérer comme la *lex lata*, conceptualisée par la doctrine et la jurisprudence, compte tenu de l'apport de la pratique diplomatique, que l'on va interroger celle-ci, pour y déceler, le cas échéant, les éléments de développements nouveaux.

B. - Mais une pratique susceptible d'inspirer la jurisprudence

18. Du fait même de la liberté dont elles disposent — alors que le juge et l'arbitre sont tenus par les règles de droit dont ils sont appelés à faire application — les parties à un litige qui parviennent à le régler à l'amiable sont susceptibles de trouver des solutions variées et originales. C'est ici que la spécificité de la pratique diplomatique peut se révéler, aussi la question que, dans l'optique qui est la nôtre ici, l'on va se poser, est-elle de déterminer si elle est de nature à influencer la jurisprudence en lui fournissant des éléments de décision.

(42) Cf. G. Arangio-Ruiz, *Rapport préliminaire*, §§ 21 ss.; Ch. Dominicé, « Observations sur les droits de l'Etat victime d'un fait internationalement illicite », *Droit international* 2, Paris, Pedone, 1982, pp. 25 ss.

(43) Il est certain que les principes gouvernant la responsabilité délictuelle dans les droits internes ont fortement influencé la théorie de la responsabilité internationale des Etats, mais celle-ci présente d'autres dimensions.

On pourrait sans doute rencontrer des données suscitant la réflexion à propos de chacune des diverses formes de la réparation, mais il nous paraît que la *satisfaction* est celle où les perspectives sont les plus riches, davantage que la restitution en nature ou la réparation par équivalent (dommages-intérêts). Celles-ci sont les deux formes de la réparation matérielle — étant entendu que le dommage moral des individus fait l'objet d'une réparation matérielle — alors qu'avec la satisfaction on va se trouver sur un terrain différent.

19. Entendue dans son sens juridique spécifique, la satisfaction compte parmi les modes de réparation au sens large, et nous estimons qu'il y a lieu de suivre les enseignements de la doctrine dominante, qui voit dans la satisfaction le mode de réparation du dommage moral, politique ou juridique subi par l'Etat lésé (44), tout en soulignant qu'elle présente un caractère « tendanciellement afflictif » qui la distingue des modes purement compensatoires (45).

Si l'on a pu observer des hésitations (46), et si l'on constate encore des incertitudes, c'est en raison de certains traits particuliers qui la caractérisent.

20. Lorsqu'il s'agit de déterminer en quoi elle consiste — les diverses formes qu'elle peut prendre — il faut bien constater qu'autant la pratique diplomatique est riche et variée, autant la jurisprudence paraît maigre (47), et c'est un premier sujet de réflexion.

Dans la pratique diplomatique (48), on peut rencontrer tout d'abord diverses formes de satisfaction non pécuniaires, à savoir (a) les excuses, soit les excuses proprement dites, l'expression de regrets, ainsi que d'autres manifestations (49), puis (b) la punition des coupables, et enfin (c) la demande de sécurité pour l'avenir.

(44) Cf. G. Arangio-Ruiz, *Deuxième Rapport*, A/CN.4/425, § 135.

(45) *Ibid.*, § 135.

(46) Cf. p. ex. notre étude (Ch. Dominicé, « La satisfaction en droit des gens », *Mélanges Georges Ferrin*, Lausanne, Payot, 1984, pp. 91-121) qui contient des analyses qui demeurent valables mais dont les conclusions nous paraissent devoir être nuancées, en ce sens qu'il y a lieu de tenir compte de la notion de dommage politique et juridique. La base de discussion n° 29 de la Conférence de codification de La Haye, qui concernait la satisfaction, avait été retirée, cf. B. Graefrath, « Responsibility and Damages caused : Relationship between Responsibility and Damages », *RCADI*, vol. 185 (1984 II), p. 9, 85.

(47) Cf. not. G. Arangio-Ruiz, *Deuxième Rapport*, § 112 ; P. Bissonnette, *op. cit.*, (note 2), p. 157.

(48) Elle est analysée dans les deux études citées dans la note précédente.

(49) Il s'agit de manifestations, comme le salut au drapeau, qui n'ont plus grand sens aujourd'hui.

On rencontre également des exemples de dommages-intérêts de caractère punitif, du moins est-ce la qualification généralement donnée aux versements, effectués à titre de réparation, qui excèdent manifestement le montant des dommages matériels à indemniser.

C'est en présence de cette abondante pratique que surgissent les interrogations d'ordre juridique. Quelles sont les prescriptions du droit international en la matière ? Et tout d'abord, puisqu'il s'agit notamment de réparation, quels sont les éléments de la « relation nouvelle » résultant du fait illicite dans les rapports entre les deux Etats, le responsable et le lésé ? Car s'il y a bien, avec la satisfaction, une conséquence compensatoire de la responsabilité internationale, il faut alors déterminer le contenu du droit subjectif (du lésé) correspondant à l'obligation nouvelle (de l'Etat responsable).

Dans le règlement amiable les parties conviennent des modalités de la satisfaction. Si un tel règlement n'intervient pas, quel est le « droit nouveau » dont le demandeur va pouvoir se réclamer devant un tribunal, si l'occasion lui en est donnée ? De même que le préjudice matériel causé par un acte illicite va permettre au lésé d'obtenir du juge ou de l'arbitre qu'il condamne l'Etat responsable à effectuer une réparation — restitution en nature ou paiement de dommages-intérêts — qui implique de sa part une prestation, faut-il constater que le préjudice moral ou juridique donne à l'Etat qui le subit le droit d'obtenir que le défendeur soit condamné à une prestation de caractère « satisfactoire » ?

C'est en tentant de répondre à cette question que l'on est amené à examiner, pour chacune des principales formes de la satisfaction, si le demandeur peut se réclamer d'une règle spécifique qui lui accorderait le droit de l'obtenir du tribunal.

Or, il paraît bien que la conclusion doit être, ici, négative (50).

Ainsi, pour les excuses — dont il sera encore question ci-après — on peut rencontrer des prononcés arbitraux, mais ils n'ont pas valeur décisive, et surtout ils sont peu nombreux par rapport à l'ensemble de la jurisprudence, qui, de manière générale, n'indique pas que le demandeur puisse obtenir du tribunal qu'il condamne le défendeur à présenter des excuses.

En ce qui concerne la punition des coupables, les précédents sont vraiment très rares, et il est facile de le comprendre : si le juge était tenu d'ordonner à l'Etat défendeur de pourvoir au châtiment des personnes qui ont agi pour son compte, où irait-on si le fait internationalement illicite est un acte législatif ? Et si l'organe en cause est le

(50) Cf. notre étude, (*supra*, note 46), qui procède à cette analyse.

Président, ou le Ministre ? Il faut qu'il existe une obligation conventionnelle pour que, dans un cas d'espèce, la punition du coupable soit exigible.

La question des garanties pour l'avenir appelle, davantage encore, la même conclusion.

En matière de satisfaction pécuniaire, on a pu relever que la jurisprudence est plus dense, mais, si l'on y trouve des décisions octroyant une somme d'argent à titre de satisfaction, on en trouve également qui rejettent des conclusions allant dans ce sens (51).

En conclusion, si l'on veut identifier, en matière de satisfaction, le contenu de l'« obligation nouvelle », et surtout du droit corrélatif de l'Etat lésé, on doit admettre qu'il n'y a pas pour celui-ci le droit d'obtenir du tribunal qu'il impose une forme particulière d'acte ou de prestation à l'autre partie.

Cependant, cela n'autorise pas à conclure que le demandeur est sans droit. Il a celui d'obtenir, si les circonstances le justifient, une satisfaction, et c'est au juge ou à l'arbitre d'en déterminer la forme et les modalités.

C'est là notre conclusion, mais, avant de nous y arrêter un peu plus en détail, il convient de rappeler brièvement l'autre fonction — importante — de la satisfaction.

21. La doctrine n'a pas manqué de souligner le caractère « afflictif » ou « punitif » que peut présenter un prononcé judiciaire ou arbitral, et l'on cite surtout, à cet égard, l'affaire du *détroit de Corfou* (52), et, antérieurement, les affaires du *Carthage* et du *Manoubâ* (53). Il y a là des condamnations particulièrement nettes et publiques, qui, simultanément, constituent des compensations pour le préjudice moral du demandeur, quand bien même aucune « prestation » n'est ordonnée à l'Etat défendeur.

Une telle condamnation par un tribunal a donc une double fonction, réintégrative et punitive.

(51) P. Bissonnette, *op. cit.*, (note 2), p. 143.

(52) Affaire du Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie), arrêt du 9 avril 1949. *Cf. Recueil* 1949, p. 3, où l'on voit la Cour dire que « ... le Royaume-Uni a violé la souveraineté de la République populaire d'Albanie, cette constatation par la Cour constituant en elle-même une satisfaction appropriée », (p. 36).

(53) Dans deux sentences du 6 mai 1915 entre la France et l'Italie, le tribunal arbitral a déclaré que la constatation d'un fait illicite « constitue déjà une sanction sévère ». J.-B. Scott, *Les travaux de la Cour permanente d'arbitrage de La Haye*, New-York, 1921, p. 350 et p. 363.

Ce n'est cependant pas la jurisprudence qui fait l'objet de cette étude, mais bien la pratique diplomatique. Celle-ci est caractérisée par la grande abondance des cas où des excuses sont demandées, et obtenues. Sur ce point, l'accord intervenu sous l'autorité du Secrétaire général des Nations Unies dans l'affaire du *Rainbow Warrior* est exemplaire (54).

Les excuses ont pour objet la réparation du préjudice moral (55). Faut-il également leur reconnaître une autre nature ? On peut répondre par l'affirmative, en indiquant que, dans un système dominé par l'auto-protection, l'acte de contrition — qui constitue l'autre face de la médaille — est une forme de punition.

En reconnaissant une double fonction aux excuses, on voit qu'elles sont l'équivalent dans le règlement à l'amiable de la condamnation dans le règlement arbitral ou judiciaire, et l'on peut comprendre qu'il n'y a pas grand sens à demander dans un procès que la sentence ou l'arrêt impose à l'Etat responsable l'obligation de présenter des excuses.

22. On peut observer, en conclusion, que le thème particulier de la satisfaction fait apparaître sous un jour intéressant le rôle du règlement amiable.

Une pratique substantielle, sorte de matière brute, a conduit à la formation de règles juridiques conceptualisées par la doctrine et consacrées par la jurisprudence.

Elles instituent au bénéfice de l'Etat victime d'un fait internationalement illicite le droit d'obtenir, pour le dommage moral ou juridique qu'il subit, une satisfaction appropriée, sous une forme qui va dépendre des circonstances du cas d'espèce, de la gravité subjective de la violation, etc.

Si les Etats règlent l'affaire à l'amiable, ils sont libres de choisir la solution qui leur convient.

Peut-être la fantaisie des conseillers juridiques pourrait-elle trouver l'occasion de s'exercer de manière constructive : pourquoi la satisfaction ne prendrait-elle pas, dans certains cas, la forme d'une contribution à un organisme humanitaire, de la mise sur pied d'un programme d'aide, ou de toute autre réalisation utile ?

(54) Texte dans *RGDIP* 1987, p. 1031. Cf. J. Charpentier, « L'affaire du *Rainbow Warrior* : le règlement interétatique », *AFDI* 1986, p. 873.

(55) Voir p. ex. le mémorandum de la France dans l'affaire du *Rainbow Warrior*, *RGDIP* 1987, p. 1046. L'échange de lettres est publié *RGDIP* 1986, p. 1094.

Ce pourrait être, dans les cas graves, un complément des excuses et de la réparation matérielle qui se substituerait à des cérémonies et autres manifestations de regrets aujourd'hui dépassées.

Qu'en est-il si le litige est soumis au juge ou à l'arbitrage ? La pratique diplomatique peut alors être la source de son inspiration.

En effet, si l'on admet que l'Etat lésé ne peut pas, en vertu d'une règle de droit, exiger l'octroi d'une forme particulière de satisfaction, mais qu'en revanche il a droit, à la mesure de son préjudice moral, à une satisfaction appropriée, cela signifie que le tribunal dispose d'une importante marge d'appréciation. Il lui appartient de faire son choix, et, à cet égard, de s'inspirer des solutions acceptées entre les Etats. Sans doute peut-il se contenter, au titre de la satisfaction, et indépendamment de la réparation matérielle, de la constatation du fait illicite, voire d'une condamnation verbale, mais il peut aussi, cumulativement, ordonner d'autres mesures. La pratique diplomatique lui donne suffisamment d'exemples (56), et pourrait encore innover.

On peut se demander s'il n'y aurait pas lieu de développer la satisfaction pécuniaire. Il faudrait pour cela, à nos yeux, abandonner la qualification de dommages-intérêts punitifs, qui est un emprunt à la jurisprudence américaine, et parler de *contribution satisfactoire*, qui devrait être affectée à des buts humanitaires. Les tribunaux y seraient d'autant plus enclins qu'ils pourraient trouver des précédents dans le règlement amiable, qui serait propre à influencer la jurisprudence (57).

••

IV. - DEUX ASPECTS PARTICULIERS DES ACCORDS D'INDEMNISATION FORFAITAIRE

23. Aborder le thème du règlement négocié, c'est aussi s'intéresser aux accords d'indemnisation globale et forfaitaire, qui ont pour objet de mettre un terme à un litige entre deux Etats, portant sur un ensemble

(56) Voir dans ce sens le projet d'article 10, intitulé « Satisfaction et garanties de non-répétition » soumis à la Commission du droit international, A/CN.4/425/Add.1, p. 26.

(57) Au moment où ces lignes sont écrites, on apprend que le Tribunal arbitral constitué en vertu des accords pris pour régler l'affaire du *Rainbow Warrior* (RGDIP 1986, p. 1097) a rendu une décision qui suggère la constitution d'un Fonds à vocation de coopération. Si tel est bien le cas, il y a là une initiative intéressante (*Le Monde* du 9 mai 1990).

de réclamations que l'un d'eux fait valoir, contre l'autre, au nom de ses ressortissants, et qui ont pour caractéristique de prévoir le versement au premier, par le deuxième, d'une somme globale (58). C'est l'Etat réclamant qui, par des moyens légaux et administratifs dont il est seul maître, procède à la répartition de cette somme entre les personnes qui ont des prétentions reconnues légitimes à teneur des accords.

Il s'agit le plus souvent, à s'en tenir à la pratique des accords conclus depuis 1945, de règlements globaux consécutifs à des mesures de nationalisation, mais ce ne sont pas les seules circonstances dans lesquelles de tels accords sont conclus (59).

D'importants travaux ont été consacrés à l'analyse des accords d'indemnisation forfaitaire, notamment ceux de Richard B. Lillich et Burns H. Weston (60). Ici, seules seront présentées quelques observations ponctuelles.

24. Dès lors qu'il est consécutif à une réclamation étatique demandant réparation, un tel accord révèle-t-il, dans le chef de l'Etat qui s'oblige à effectuer un versement, la reconnaissance d'une obligation de réparer ou d'indemniser ? Donne-t-il des indications fiables sur les critères d'évaluation de l'indemnité ? Et lorsque plusieurs accords présentent un contenu similaire, y a-t-il lieu d'en déduire des enseignements au sujet des règles du droit international général ?

Ce sont, on le sait, les questions qui ont été posées. En limitant le propos aux accords conclus pour liquider le contentieux consécutif à des mesures de nationalisation, on rappellera que l'on a, par exemple, voulu y voir le fondement et la preuve de l'existence d'une règle du droit international n'imposant qu'une indemnisation limitée et partielle (61).

Nous ne nous arrêterons pas ici à ce débat relatif au principe de l'indemnisation, ni à celui qui, ce principe admis, s'est développé sur

(58) Cf. J. Schokkaert, « Pratique contractuelle de la Belgique en matière d'indemnisation d'avoirs privés lésés à l'étranger », *Revue belge de droit international*, 1974, pp. 425-537.

(59) Ces accords peuvent également régler des problèmes de dommages de guerre, ou de manière plus générale de dommages résultant du recours à la force armée, cf. la collection d'accords publiée dans l'ouvrage de Lillich et Weston (note 60).

(60) R.-B. Lillich and B.-H. Weston, *International Claims : Their Settlement by Lump Sum Agreements*, Charlottesville, University Press of Virginia, 2^e vol., 1975. On y trouve le texte de 139 études consacrées aux Commissions nationales d'indemnisation. Les deux mêmes auteurs ont poursuivi leurs travaux en examinant 29 autres accords, « Lump Sum Agreements : Their Continuing Contribution to the Law of International Claims », 82 *AJIL* 69 (1988).

(61) Cf. Garcia-Amador, 4^e Rapport sur la responsabilité des Etats, *ACDI* 1959, vol. II, p. 22.

le *quantum* (62). Au demeurant, il ne nous paraît pas que les accords d'indemnisation forfaitaire ont rapporté des modifications aux règles classiques du droit international, il suffit pour s'en convaincre de prendre en considération la pratique impressionnante des accords bilatéraux d'encouragement et de protection des investissements (63), ainsi qu'une jurisprudence relativement riche au cours des vingt dernières années (64).

Nous nous proposons de nous arrêter brièvement à deux thèmes qui, parmi d'autres, sont suggérés par l'examen des accords d'indemnisation forfaitaire. Le premier ne surprendra guère, il s'agit de la protection des sociétés (A), alors que le second est moins classique car il est peu abordé dans la doctrine, il s'agit du problème de la prétention de la personne privée en droit international (B).

A. - La protection des sociétés

25. L'extrait de l'arrêt rendu dans l'affaire de la *Barcelona Traction* qui est reproduit au début de cette contribution (§ 2 *supra*) montre les termes de la question qui se pose. L'Etat réclamant, lorsqu'il s'efforce d'obtenir réparation pour ses ressortissants, doit, bien entendu, définir les personnes, physiques et morales, qu'il y a lieu d'indemniser, et indiquer quelles sont les prétentions auxquelles l'accord d'indemnisation va permettre de donner satisfaction, totalement ou partiellement, et qui du même coup, seront éteintes. On doit admettre, dès lors, que les termes de l'accord vont indiquer ce qu'un Etat considère comme étant des réclamations nationales, et qui a été accepté ou reconnu comme tel par l'autre Etat. Si l'analyse d'un nombre important d'accords ayant le même objet fait apparaître que les mêmes principes ou les mêmes notions ont été généralement appliqués, on se trouve en présence d'une pratique qui ne saurait laisser indifférent. Même s'il paraît exact d'affirmer qu'à eux seuls les accords d'indemnisation forfaitaire ne sauraient être générateurs de nouvelles règles juridiques, ils n'en constituent pas moins un élément important de la pratique des Etats et méritent d'être appréciés à ce titre, dans le contexte général de cette pratique.

(62) Cf. p. ex. la discussion de cette question, et les références, dans l'affaire *Sedco* tranchée par le Tribunal des réclamations irano-américain, XXV. ILM 629 (1986).

(63) Cf. particulièrement J.-P. Laviee, *Protection et promotion des investissements*, Paris, PUF, 1985.

(64) Pour une étude récente, T. Hefti, *La protection de la propriété étrangère en droit international public*, Zürich, Schulthess, 1989.

Sur la question particulière de la protection des sociétés, il convient d'examiner la manière dont les Etats ont convenu de définir ou d'identifier celles qui sont admises à présenter des réclamations. On ne peut pas dissocier cette question de celle de la protection des actionnaires.

Il s'agit d'une matière particulièrement complexe. Nous ne pouvons ici nous y arrêter que d'une manière très sommaire. Nous fondant sur l'analyse très fouillée faite par *Lillich et Weston*, nous nous proposons de résumer brièvement les principales observations qu'ils ont faites (65). Quelques remarques suivront.

26. On chercherait en vain une unité de terminologie. Parfois, il y a référence à la nationalité des sociétés, parfois l'accord évite cette référence et définit les sociétés admises à l'indemnisation en ayant recours à une expression différente ; toujours est-il que, sans être caractéristiques de tous les accords, certains traits dominants peuvent être mis en lumière.

Le critère d'éligibilité est constitué par le lieu d'incorporation (pays de tradition anglo-américain) ou le siège social (pays de tradition continentale) dans de nombreux accords, même si l'on en rencontre quelques-uns qui utilisent uniquement le critère du contrôle (66). Jusque-là, rien que de très traditionnel, puisqu'il s'agit du critère généralement utilisé pour déterminer la « nationalité » des sociétés, point de rattachement nécessaire et utile à diverses fins. L'arrêt dans l'affaire de la *Barcelona Traction* rappelle que c'est là, aux yeux de la Cour, le lien de nationalité autorisant l'exercice de la protection diplomatique (67).

Cependant, quand bien même quelques accords sont fondés sur ce critère uniquement, une tendance très affirmée se manifeste qui exige, cumulativement, un intérêt prédominant, ou substantiel, des nationaux de l'Etat de la société. Ainsi donc, si l'on observe une nette tendance à tenir compte de la réalité économique, qui correspond au demeurant à la pratique de plus en plus fréquente des Etats en matière de protection diplomatique, cela va dans un sens qui restreint le cercle des sociétés qui bénéficient des accords.

(65) Cette analyse se trouve dans le vol. I de l'ouvrage cité ci-dessus (note 60), pp. 63-101. Pour la doctrine, cf. P. de Visscher, « La protection diplomatique des personnes morales », *RCADI*, t. 102 (1961-1), p. 395 ; L. Cafilisch, *La protection des sociétés commerciales et des intérêts indirects en droit international public*, La Haye, Nijhoff, 1969.

(66) Il s'agit de quelques accords conclus par la Suisse, *Ibid.*, p. 75.

(67) Il importe cependant de tenir compte des opinions individuelles, cf. not. celle du juge Gros, *CJ Recueil* 1970, p. 268.

27. Cette même préoccupation manifestée par les Etats réclamants de faire en sorte que l'indemnisation intervienne en fonction des intérêts économiques réels trouve son expression dans les dispositions conventionnelles relatives aux actionnaires — et c'est précisément sur ce point que l'on a pu reprocher à la Cour internationale de Justice de n'avoir pas tenu compte, dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, de ce que d'aucuns considèrent comme un apport important des accords d'indemnisation forfaitaire. Observons toutefois qu'en l'occurrence les actionnaires en cause provenaient d'un Etat tiers. Peut-être dans une situation où un Etat aurait voulu protéger ses ressortissants actionnaires d'une société constituée dans l'Etat défendeur la Cour aurait-elle admis ce type de protection (68).

Dans les accords en question, il a été observé que les droits des actionnaires sont très largement pris en considération lorsqu'il s'agit de cette situation bilatérale, et cela soit par une disposition expresse, soit par une référence aux biens, droits et intérêts appartenant « directement ou indirectement » à des nationaux (69).

Quant à la situation plus complexe qui se présente lorsqu'il s'agit des intérêts indirects des actionnaires, elle n'est pas ignorée non plus. De très nombreux accords tiennent compte de ces intérêts indirects, il est vrai selon des formules diverses et dans une mesure variable, parfois sans limite quantitative et parfois en exigeant une participation minimum (70).

28. Les accords d'indemnisation forfaitaire présentent une grande diversité et l'on ne saurait prétendre qu'il s'en dégage une pratique aux contours précis. Il serait cependant inexact de méconnaître les orientations générales qu'ils montrent quant à la protection des intérêts constitués en sociétés.

La protection des sociétés comme telles n'est plus uniquement liée au critère formel de la nationalité, qui doit être complété par celui du contrôle, alors que la protection des intérêts directs et indirects des actionnaires y est très généralement acceptée.

Cette pratique conventionnelle, aussi substantielle qu'elle puisse être n'est pas de nature, à elle seule, à permettre des conclusions sur la teneur du droit international général. Elle signifie toutefois davantage que ce que la Cour internationale de Justice a bien voulu en dire dans l'affaire de la *Barcelona Traction*. Elle est une donnée importante de la pratique internationale contemporaine, et il paraît nécessaire de

(68) Voir la référence à cette situation au § 92 de l'arrêt, *CIJ Recueil* 1970, p. 48.

(69) Voir l'ouvrage de Lillich/Weston, t. I, pp. 84-86.

(70) *Ibid.*, pp. 91-102.

la situer dans ce contexte général pour en évaluer la portée, afin de déterminer si elle constitue un phénomène isolé, ou participe d'un mouvement d'ampleur significative.

29. Il ne saurait être question d'entreprendre ici cet exercice. Il est cependant possible d'évoquer très sommairement quelques données intéressantes.

Les accords ou traités bilatéraux d'encouragement et de protection des investissements, dont les premiers exemples ont près d'une trentaine d'années, sont actuellement très en vogue. S'ils ont été conclus, tout d'abord, principalement entre Etats occidentaux et pays en développement, le réseau en a été étendu et touche notamment les pays d'Europe de l'Est. Une étude approfondie qui leur a été consacrée en 1985 en avait recensé environ 200 (71). Depuis lors, leur nombre s'est encore sensiblement accru et l'on devrait en compter aujourd'hui plus de 300.

Bien entendu, les dispositions de ces accords qui concernent la protection des sociétés présentent une grande diversité (72). Si la nationalité des sociétés à proprement parler y est définie selon les critères traditionnels du lieu d'incorporation et du siège social, encore que l'on trouve aussi des conventions qui retiennent le principe de l'intérêt prépondérant, divers types de solutions sont adoptées pour assurer la protection de sociétés — ou parfois de leurs actionnaires — lorsque le critère de la nationalité formelle de la société ne permet pas cette protection (73). Il s'agit bien entendu, mais pas uniquement, de la situation qui se présente lorsque l'investissement prend la forme d'une société du pays d'accueil, il est caractéristique des solutions retenues qu'elles ont pour effet que la nationalité d'un investissement, respectivement la nationalité d'une réclamation, ne coïncident pas avec la nationalité de la société (sauf lorsque cette nationalité est définie selon le critère du contrôle).

C'est la même idée, on le sait, qui inspire l'article 25 de la Convention de Washington de 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats (74). Autre exemple conventionnel, isolé celui-ci, mais intéressant aussi,

(71) Il s'agit de la thèse de J.-P. Laviee, citée *supra*, note 63.

(72) *Ibid.*, pp. 39 ss.

(73) Laviee identifie cinq groupes de Conventions, *ibid.*, pp. 44 ss.

(74) L'article 25 définit la compétence du CIRDI et précise (§ 2) que « "Resortissant d'un autre Etat contractant" signifie :

...b) toute personne morale qui possède la nationalité d'un Etat contractant autre que l'Etat partie au différend à la date à laquelle les parties ont consenti à soumettre le différend à la conciliation ou à l'arbitrage et toute personne morale

celui des textes que régissent la compétence du Tribunal des différends irano-américains (75). Ici, à nouveau, le critère du contrôle joue un rôle important, en ce sens qu'une société constituée selon le droit de l'un des deux Etats (qui a donc sa nationalité), mais qui n'est pas contrôlée, à raison d'au moins 50 % par ses nationaux, n'est pas éligible, tandis qu'inversement les ressortissants de chacun des deux Etats peuvent être admis à faire valoir leurs réclamations à raison de droits dont ils sont indirectement titulaires par l'intermédiaire de sociétés, même étrangères, à condition qu'ils y détiennent une participation suffisante pour les contrôler (76).

30. Il est permis d'affirmer que les accords d'indemnisation forfaitaire constituent, en matière de protection des sociétés et/ou des actionnaires, un élément important de la pratique internationale et s'inscrivent dans un courant qui tend à faire coïncider, dans une certaine mesure, à tout le moins, la protection diplomatique et la réalité économique.

Cela nous paraît évident pour les sociétés qui ont la nationalité de l'Etat protecteur : cette nationalité ne suffit plus. Quant au cas, ou aux divers cas, où une société n'a pas la nationalité de l'Etat protecteur, divers courants se font jour, parmi lesquels on peut reconnaître une tendance, qui paraît dominante dans les accords d'indemnisation forfaitaire, vers la protection des intérêts des actionnaires, mais aussi une autre tendance allant dans le sens de la protection de la société selon le critère du contrôle exercé sur elle, ce qui peut revenir à protéger les bénéficiaires réels des intérêts incorporés dans la société.

Ce qui nous paraît certain, c'est que la pratique des règlements négociés, dès lors qu'elle n'apparaît pas sur ce point particulier de la protection des sociétés comme isolée, exceptionnelle, contribue à la formation de nouveaux principes, dont il conviendra encore de définir les contours exacts, en vertu desquels la nationalité d'une réclamation, aux fins de la protection diplomatique, ne coïncide pas nécessairement avec la nationalité de la société titulaire du droit auquel il a été porté atteinte.

qui possède la nationalité de l'Etat contractant partie au différend à la même date et que les parties sont convenues, aux fins de la présente Convention, de considérer comme ressortissant d'un autre Etat contractant en raison du contrôle exercé sur elle par des intérêts étrangers ».

(75) Les textes constituant l'accord d'Alger du 19 janvier 1981 sont publiés XX ILM 225 (1981).

(76) Cf. B. Stern, « Les questions de nationalité des personnes physiques et de nationalité et de contrôle des personnes morales devant le Tribunal des différends irano-américains », *AFDI*, 1984, p. 425, 440-445.

B. - La prétention internationale de la personne privée

31. La lecture des accords d'indemnisation forfaitaire révèle un autre trait intéressant. Chaque accord indique d'une manière ou d'une autre les réclamations auxquelles il s'applique, et dont il est convenu qu'elles seront tenues pour liquidées, éteintes.

Or, parfois, sous des formes diverses, il est question des réclamations (claims) des ressortissants (nationaux) de l'Etat qui obtient l'indemnité à l'endroit de celui qui s'engage à la verser (77).

Qu'est-ce à dire ?

Certes, il peut s'agir de prétentions fondées sur un droit interne. Ce sera le cas s'il s'agit de créances résultant d'un emprunt, ou encore, par exemple, de créances de droit privé contre un débiteur dont les biens ont été transférés à l'Etat. Mais cette interprétation n'est plus possible lorsqu'il est précisé qu'il s'agit de réclamations consécutives à des mesures d'expropriation.

S'agit-il d'une simple clause de style, ou faut-il admettre que l'individu peut être titulaire de prétentions fondées sur le droit international lui-même ? Cela voudrait-il dire que lorsqu'un Etat transgresse le droit international au détriment d'une personne privée, la responsabilité internationale de cet Etat pourrait être engagée également à l'égard de celle-ci ? Le mécanisme de la responsabilité internationale ne serait donc pas uniquement celui de la substitution de l'Etat national du lésé à son ressortissant, dont on a d'ailleurs évoqué le caractère à certains égards fictif (78).

32. Cette question mérite une étude approfondie. Nous nous bornons, ici, à la poser, en indiquant uniquement qu'il ne paraît pas y avoir d'obstacle de principe à une telle thèse.

Il est admis que l'individu peut être titulaire de droits que lui accordent des normes du droit international public. Ces normes peuvent impliquer des obligations à la charge des Etats. Elles peuvent être conventionnelles, mais aussi coutumières (79).

(77) P. ex. art. 1 de l'accord entre la Suisse et la Hongrie (19-7-1950; Lillich/Weston, t. II, p. 49); art. 2 de l'accord entre le Danemark et la Yougoslavie (13-7-1959; *ibid.*, p. 205).

(78) Cf. J. Combacau, in H. Thierry et al., *Droit international public*, 5^e éd., 1986, p. 647.

(79) Cf. Ch. Dominicé, « L'individu, la coutume internationale et le juge national », *Mélanges dédiés à Robert Pelloux*, Lyon, 1980, p. 193.

La question que fait surgir l'hypothèse de la violation, par un Etat, d'une obligation de cette nature est donc celle de savoir s'il existe des normes secondaires, et lesquelles, indiquant quelles sont, dans le chef d'un individu, les conséquences qui en résultent. Va-t-il être titulaire de droits nouveaux ? Un système conventionnel, tel celui de la Convention européenne des droits de l'homme, peut répondre à cette question. Qu'en est-il en droit international général ?

Si l'individu devient titulaire d'une prétention internationale, il faut alors en examiner la relation avec celle de l'Etat national de l'intéressé. Celle-ci pourrait n'être que subsidiaire, tout en conservant son importance car l'individu a rarement le moyen d'agir. Le juge interne, s'il est en mesure d'appliquer le droit international, pourrait tenir compte de cette prétention internationale de l'individu, qui constituerait de la sorte l'un des éléments mis en avant par le réclamant dans les procédures conduites devant les tribunaux internes.

En bref, la pratique conventionnelle des Etats en matière d'indemnisation des dommages subis par des particuliers contient probablement des éléments qui pourraient contribuer à l'enrichissement de la théorie de la responsabilité internationale, mais, ici aussi, il convient de ne pas la considérer isolément, et d'examiner simultanément le contexte général dans lequel elle s'inscrit. C'est une étude qu'il reste à faire.

CONCLUSIONS

Le monde du règlement direct entre les parties à un litige est particulièrement vaste, hétérogène. Il est difficile d'y trouver un itinéraire.

Les attitudes étatiques qui en constituent la matière méritent l'attention, car elles peuvent fournir des indications sur la manière dont le droit international est compris et appliqué, mais aussi sur des développements qui pourraient se dessiner.

Les exemples que nous avons choisis fournissent l'occasion de quelques réflexions, quand bien même aucune conclusion définitive ne saurait en être tirée.

1. — Le règlement *ex gratia*, et l'importance qu'il accorde aux motifs d'humanité, conduit à s'interroger sur les orientations possibles du droit international général en matière d'atteinte à la personne des indi-

vidus. Peut-être peut-on discerner les signes d'une évolution visant à consacrer le principe selon lequel il est illicite pour un Etat de porter atteinte à l'intégrité physique des êtres humains, sauf exception prévue par le droit international lui-même.

ii. — Parmi les modes de la réparation, la satisfaction incite à réfléchir à la notion de punition dans les rapports entre Etats. La condamnation solennelle par un tribunal revêt certainement cette signification. On peut se demander si, en outre, des « contributions satisfaisantes », affectées à des buts humanitaires et culturels, ne pourraient pas conférer à la notion de punition un tour positif. C'est dans la pratique diplomatique qu'une telle évolution pourrait trouver ses racines, et les ministères des Relations extérieures paraissent disposer à cet égard d'un champ assez largement ouvert.

iii. — Enfin, la pratique de l'indemnisation attestée par des traités internationaux invite à remettre en cause certains schémas probablement stratifiés. Le premier voudrait que la nationalité formelle d'une société, par ailleurs point de rattachement nécessaire, soit déterminant pour définir la nationalité d'une réclamation aux fins de la protection diplomatique. Le deuxième s'en tient à l'idée qu'une atteinte au droit international au détriment d'une personne privée ne crée une relation de responsabilité internationale (et les « droits nouveaux » qu'elle implique) que sur le plan des relations interétatiques. Ce sont des notions qu'il faut revoir, car elles ne paraissent plus répondre aux données de la société moderne.

Si la pratique diplomatique n'est ainsi pas uniquement faite d'expédients, mais est susceptible d'être porteuse de développements intéressants, on peut trouver dans cette observation un motif d'enthousiasme pour ceux qui la façonnent, et ce sera notre conclusion.