Document:-

A/CN.4/416 & Corr.1 & 2 and Add.1 & Corr.1

Rapport préliminaire sur la responsabilité des États, par M. Gaetano Arangio-Ruiz, Rapporteur spécial

sujet:

Responsabilité des Etats

Extrait de l'Annuaire de la Commission du droit international:-

1988, vol. II(1

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

Copyright © Nations Unies

DOCUMENT A/CN.4/416 et Add.1*

Rapport préliminaire sur la responsabilité des Etats par M. Gaetano Arangio-Ruiz, rapporteur spécial

[Original : anglais, espagnol et français]
[18 et 27 mai 1988]

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphes	Pages
INTRODUCTION	1-5	6
Chapitres		
I. PROPOSITIONS CONCERNANT LE PLAN DE LA DEUXIÈME PARTIE (CONTENU, FORMES ET DEGRÉS DE LA RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE) ET DE LA TROISIÈME PARTIE (RÈGLEMENT PACIFIQUE DES DIFFÉRENDS DÉCOULANT D'UN FAIT PRÉSUMÉ INTERNATIONALEMENT ILLICITE) DU PROJET D'ARTICLES	6-20	7
II. CESSATION DU FAIT INTERNATIONALEMENT ILLICITE ET RESTITUTION EN NATURE	21-63	11
A. Objet du présent chapitre	21-28	11
B. Cessation du fait internationalement illicite	29-63	12
1. La doctrine et la pratique en matière de cessation	29-38	12
2. Distinction entre cessation et réparation	39-41	15
3. Rôle de la cessation dans le cas de faits illicites par omission	42-47	15
4. Différences entre la cessation et la restitution en nature	48-52	17
5. Place de la cessation dans le projet d'articles	53-63	19
C. La restitution en nature	64-131	21
1. La notion de restitution dans la doctrine et la pratique	64-70	21
2. *Restitutio* matérielle et *restitutio* légale (juridique)	71-76	23
3. La distinction entre *restitutio* matérielle et *restitutio* juridique	77-84	26
4. La question de l'impossibilité de la restitution en nature	85-98	28
5. Charge trop onéreuse des mesures de restitution	99-103	34
6. La *restitutio* et le traitement des étrangers	104-108	35
7. La question du choix de l'Etat lésé	109-113	37
8. Conclusions sur le rôle de la restitution en nature	114-118	38
9. Nécessité d'un projet d'article spécial sur la restitution en nature	119-131	39
III. PROJETS D'ARTICLES	132	42
A. Cessation		
Article 6. — Cessation d'un fait internationalement illicite à caractère continu		42
B. Restitution en nature		
Article 7. — Restitution en nature		42

* Incorporant les documents A/CN.4/416/Corr.2 et A/CN.4/416/Add.1/Corr.2.

Introduction

1. Conformément au plan général qu'il avait proposé vers la fin de la trente-neuvième session de la Commission du droit international, en 1987, le Rapporteur spécial s'est attaché, en prévision de la quarantième session, à trois des aspects initiaux de sa tâche, à savoir :

a) L'étude des articles 6 et 7 de la deuxième partie du projet d'articles, relatifs à la cessation et à la réparation du fait internationalement illicite, soumis par le précédent Rapporteur spécial, M. Riphagen, et actuellement en instance au Comité de rédaction [1], en vue de les améliorer, le cas échéant;

b) La présentation, à cet effet, d'un libellé provisoire pour le nouvel article 6 sur la cessation et le nouvel article 7 sur la restitution en nature *(restitutio in integrum)*;

[1] Pour le texte, voir *Annuaire... 1986*, vol. II (2e partie), p. 20, note 66.

c) Le rassemblement des matériaux — observations des gouvernements, doctrine et pratique — nécessaires pour compléter et mettre à jour la préparation de la deuxième lecture de la première partie du projet, entamée par le précédent Rapporteur spécial, dans son septième rapport, en ce qui concerne les articles 1 à 3, 6 à 8, 10 à 15, 17, 18 et 20 à 26 de cette partie[2].

2. S'agissant des observations des gouvernements sur les articles de la première partie du projet (4, 5, 9, 16, 19 et 27 à 35), non inclus dans l'examen préparatoire conduit par le précédent Rapporteur spécial dans son septième rapport, le rassemblement susmentionné (par. 1, *c*) a été mené à bien. Il se poursuit maintenant en vue : i) d'y ajouter les commentaires des publicistes et des exemples empruntés à la pratique portant sur ces mêmes articles; et ii) de compléter les matériaux présentés par le précédent Rapporteur spécial, en 1986, par les exemples les plus récents de la pratique et les travaux des publicistes, le cas échéant. Ce travail étant encore en cours, il serait préférable que la documentation qui aura été réunie soit soumise à la Commission à une date ultérieure, lorsque l'élaboration des deuxième et troisième parties du projet sera plus avancée et permettra de procéder avec fruit à la deuxième lecture de la première partie. Dans l'intervalle, les matériaux assemblés seront tenus à jour, qu'il s'agisse des observations des gouvernements, des travaux des publicistes ou des exemples empruntés à la pratique.

3. L'étude susmentionnée (par. 1, *a*) des conséquences du fait illicite, dont traitent les articles 6 et 7 de la deuxième partie du projet, a conforté le présent Rapporteur spécial dans son opinion que ces articles, quels qu'en soient par ailleurs les mérites, pourraient être améliorés. Ils devraient, selon lui, traiter à la fois plus largement et plus à fond des droits de l'Etat ou des Etats lésés et des obligations correspondantes de l'Etat auteur du fait internationalement illicite.

[2] Voir *Annuaire... 1986*, vol. II (1re partie), p. 7 et suiv., doc. A/CN.4/397 et Add.1, sect. II.

4. Du point de vue méthodologique, il serait sans doute bon de mener les travaux de façon plus systématique. Il conviendrait notamment, aux fins de l'analyse, de l'établissement des rapports, de la discussion et de la rédaction, de faire la distinction entre les dispositions du projet portant sur les droits et obligations des parties en matière de cessation du comportement illicite et de réparation *lato sensu*, et celles qui traitent des mesures par lesquelles l'Etat ou les Etats lésés peuvent tenter d'obtenir la cessation ou la réparation, voire peut-être, comme le soutiennent de nombreux auteurs, infliger des sanctions à l'Etat auteur du fait illicite. Il serait aussi opportun, à ces mêmes fins, de distinguer systématiquement entre délits internationaux et crimes internationaux. Il semble pareillement souhaitable de traiter séparément des dispositions relatives à la mise en œuvre, d'une part, et de celles relatives au règlement des différends proprement dits, de l'autre. Etant donné que les distinctions suggérées ci-dessus affecteront, dans une certaine mesure, la structure actuelle des deuxième et troisième parties du projet d'articles, le Rapporteur estime qu'avant d'aborder les questions visées dans les présents articles 6 et 7, il conviendrait de tenter de réviser légèrement le plan de ces deux parties.

5. En conséquence, le présent rapport se compose de trois chapitres comme suit :

a) Le chapitre Ier indique les grandes lignes des modifications qu'il est proposé d'apporter au plan de la deuxième partie et de la troisième partie du projet d'articles;

b) Le chapitre II porte sur l'étude d'une partie des conséquences juridiques du fait internationalement illicite, dont traitent les projets d'articles 6 et 7, actuellement en instance au Comité de rédaction, en vue d'améliorer les textes proposés;

c) Le chapitre III présente le libellé provisoire d'un nouvel article 6 sur la cessation (l'arrêt) du fait illicite et d'un nouvel article 7 sur la restitution en nature *(restitutio in integrum)*.

CHAPITRE PREMIER

Propositions concernant le plan de la deuxième partie (Contenu, formes et degrés de la responsabilité internationale) et de la troisième partie (Règlement pacifique des différends découlant d'un fait présumé internationalement illicite) du projet d'articles

6. Ayant laissé entendre (*supra* par. 1, *a*) qu'il commencerait par étudier la matière traitée dans les projets d'articles 6 et 7, dont le Comité de rédaction est actuellement saisi, le Rapporteur spécial se propose d'examiner les problèmes que soulève l'élaboration des deuxième et troisième parties du projet d'articles, en commençant là où la Commission s'était arrêtée à sa trente-huitième session[3], et en laissant de côté les articles 1 à 5 de la deuxième partie qu'elle avait adoptés en première lecture[4].

7. Hormis toute question concernant la place des articles 1 à 5 de la deuxième partie, à l'intérieur de cette partie, ou le lien entre l'un ou l'autre de ces articles avec les matières traitées aux articles 6 à 16 de la deuxième partie ou aux articles 1 à 5 de la troisième partie, proposés par son prédécesseur, le Rapporteur spécial examinera exclusivement les problèmes visés dans les articles 6 à 16 de la deuxième partie[5] et 1 à 5 de la troisième partie[6].

8. En ce qui concerne la matière ainsi définie, le Rapporteur spécial se propose non seulement de tenir pleine-

[3] Voir *Annuaire... 1986*, vol. II (2e partie), p. 37 et suiv., chap. IV, sect. B.

[4] Pour le texte, *ibid.*, p. 41, sect. C.

[5] Pour le texte et les commentaires du précédent Rapporteur spécial, voir *Annuaire... 1985*, vol. II (1re partie), p. 4 et suiv., doc. A/CN.4/389, sect. I.

[6] Pour le texte et les commentaires du précédent Rapporteur spécial, voir *Annuaire... 1986*, vol. II (1re partie), p. 2 et suiv., doc. A/CN.4/397 et Add.1, sect. I.

ment compte du travail très précieux effectué par son prédécesseur, ainsi que des opinions exprimées et des propositions faites par les membres de la Commission, mais aussi de conserver, dans la mesure du possible, l'ordre dans lequel la matière a été étudiée aux articles 6 à 16 de la deuxième partie et aux articles 1 à 5 de la troisième partie. Il conviendrait néanmoins d'apporter quelques modifications au plan général des deux parties, ce plan ressortant implicitement de l'ordre dans lequel les projets d'articles ont été présentés jusqu'ici.

9. Dans l'hypothèse, sans doute raisonnable, où les articles 1 à 5 de la deuxième partie du projet, qui ont été adoptés en première lecture, constitueraient le chapitre Ier de cette partie, qui s'intitulerait, par exemple, « Principes généraux » par analogie avec l'intitulé du chapitre Ier de la première partie, le Rapporteur spécial propose que ce chapitre soit suivi : *a*) d'un chapitre II consacré aux conséquences juridiques des faits internationalement illicites qualifiables de délits; *b*) d'un chapitre III traitant des conséquences juridiques des crimes internationaux; et peut-être *c*) d'un chapitre IV consacré à tous les problèmes généraux restant à traiter à la fin de la deuxième partie. Viendrait ensuite la troisième partie.

10. L'article 19 de la première partie du projet[7] établit une distinction entre délit et crime en des termes qui indiquent clairement que leurs conséquences juridiques sont très différentes. Ces différences sont toutefois loin d'être clairement définies. Au moment de la rédaction de l'article 19, un membre (qui ne souscrivait pas tout à fait à cette distinction) a fait valoir que si l'on pouvait admettre que les actes illicites qualifiés de crimes puissent ou doivent entraîner des conséquences particulières, la Commission devrait se borner à énoncer les conséquences d'actes illicites qui peuvent être considérés comme étant le « plus petit dénominateur commun » des délits et des crimes. La Commission a rejeté ce point de vue[8] pour un certain nombre de raisons, la principale étant que les articles devraient être plutôt conçus de manière à traiter explicitement des conséquences et de la définition des deux types de fait illicite (les délits et les crimes séparément), quelle que soit la difficulté d'une telle entreprise. La seconde raison, si telle est la bonne interprétation, était que le plus petit dénominateur commun — ou un dénominateur commun suffisamment important pour justifier que l'on réserve aux délits et aux crimes un traitement partiellement identique — pourrait être difficile à trouver.

11. Le précédent Rapporteur spécial était, semble-t-il, d'avis, du moins implicitement, qu'il existe bien un plus petit dénominateur commun. C'est, sans doute, en partant de ce principe qu'après avoir défini les diverses conséquences des faits illicites dans les projets d'articles 6 et suivants il a proposé de stipuler au paragraphe 1 du projet d'article 14 que

> 1. Un crime international fait naître toutes les conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite et, de surcroît, tous droits et obligations ressortant des règles applicables acceptées par la communauté internationale dans son ensemble.

Il explique au paragraphe 2 de ses commentaires que : « Quant aux nouvelles obligations de l'Etat auteur [tel que défini précédemment] — réparation *lato sensu* —, il est difficilement concevable qu'elles puissent ne pas naître dans le cas d'un crime international, et il en va de même pour les nouveaux droits appartenant aux Etats lésés de prendre des contre-mesures. En d'autres termes, il s'agit plutôt [dans les deux cas] de conséquences juridiques supplémentaires[9]. » Les paragraphes 2 à 4 du projet d'article 14 définissent directement ou indirectement un certain nombre de conséquences supplémentaires attachées aux crimes en général et le projet d'article 15 énumère les conséquences d'un « acte d'agression ».

12. Le Rapporteur spécial estime cependant que la solution ainsi suggérée serait prématurée pour les raisons suivantes :

a) Il est possible, mais il n'est pas certain, que les crimes doivent avoir automatiquement toutes les conséquences du fait illicite défini très sommairement ou de manière implicite dans les actuels projets d'articles 6 et 7. Il est encore moins sûr que les mesures considérées comme légalement applicables aux faits illicites en général dans les projets d'articles suivants — et les conditions de leur légalité — puissent être transposées, telles quelles, du domaine des délits à celui des crimes.

b) Que ces doutes soient justifiés ou non, la prudence commande que l'on examine pour l'instant séparément, du moins en principe, les conséquences des délits et celles des crimes. S'il apparaissait, au vu des résultats, que l'on puisse renoncer en partie à cette distinction, le retour à des textes plus ou moins synthétiques ne serait plus qu'une question de rédaction.

13. Un examen séparé, suivant à peu près l'ordre établi par le précédent Rapporteur spécial avec l'assentiment de la Commission, permettrait à celle-ci de mieux tenir compte des différents degrés de gravité des crimes par rapport aux délits, et de traiter des uns ou des autres avec plus d'exactitude, en commençant — comme on l'a déjà fait — par les questions moins difficiles et plus familières avant d'attaquer les problèmes très délicats relatifs aux conséquences de fond et de procédure des faits illicites qualifiés de crimes.

14. On estime également que les chapitres du projet d'articles, qui sont consacrés aux délits et aux crimes, respectivement, devraient être conçus de manière à tenir compte de la distinction nécessaire à établir entre les différentes conséquences juridiques de l'un et de l'autre type de fait illicite. Il faudrait, en particulier, distinguer au moins entre deux séries de conséquences juridiques : d'une part, les droits et devoirs des parties en ce qui concerne les divers modes de réparation et la cessation du comportement illicite; d'autre part, les droits — ou plus précisément, peut-être, les facultés — de l'Etat ou des Etats lésés de recourir à des mesures visant à obtenir la réparation (et la cessation) ou à infliger des sanctions, ou les deux objectifs en même temps[10]. Dans un sens, même

[7] Pour le texte et le commentaire de l'article 19 (Crimes et délits internationaux), voir *Annuaire... 1976*, vol. II (2e partie), p. 89 et suiv.

[8] *Ibid.*, p. 109, par. 54 du commentaire.

[9] Voir *supra* note 5.

[10] La distinction est implicite ou explicite selon D. Anzilotti, *Teoria generale della responsabilitá dello Stato nel diritto internazionale*, Florence, 1902, réimprimé dans *Scritti di diritto internazionale pubblico*, Padoue, CEDAM, t. I, 1956, p. 62 à 82; C. Th. Eustathiadès, *La responsabilité internationale de l'Etat pour les actes des organes judiciaires et le problème du déni de justice en droit international*, Paris, 1936, réimprimé dans *Etudes de droit international, 1929-1959*, Athènes, Klissiounis, 1959, t. I, p. 385 à 431 et notamment p. 409; L. Reitzer, *La réparation comme conséquence de l'acte illicite en droit international*,

lorsqu'on admet qu'elles ont également pour fonction de châtier, les mesures sont essentiellement de forme, alors que les divers modes de réparation (et de cessation) visent le fond[11]. Au nombre des conséquences de forme du fait internationalement illicite, il faut citer les conditions de la légalité des mesures applicables, y compris les obligations de représentation, mise en demeure ou sommation, dont l'Etat ou les Etats lésés pourraient avoir à s'acquitter avant d'avoir recours à des mesures, sauf dans des cas et des circonstances à déterminer[12].

15. Si cette distinction s'applique aux deux types de faits internationalement illicites, une analyse de la distinction établie entre délits et crimes quant au lien qui existe entre les conséquences juridiques de fond et de forme (ou « de procédure ») pourrait faire apparaître des différences considérables. Par exemple, en cas de délit, les mesures sont plus susceptibles d'avoir pour finalité première, mais non exclusive, la réparation plutôt qu'une quelconque sanction. Dans le cas des crimes, ainsi que des délits particulièrement graves, les mesures pourraient, dans un premier temps, être plus fréquemment destinées à imposer la cessation du fait incriminé et, par la suite, à infliger une sanction en sus d'une réparation. Il est fort probable que l'adoption de mesures soit subordonnée à des conditions moins sévères en cas de crime qu'en cas de délit. Tout en soulignant la nécessité d'une étude séparée des deux séries de conséquences pour les crimes et les délits, les différences indiquées ici, ainsi que d'autres différences, relatives bien entendu, renforcent l'idée avancée plus haut d'un examen séparé des deux types de faits internationalement illicites.

16. Pour éviter tout malentendu, il faut cependant souligner que les distinctions susmentionnées n'obéissent qu'à un souci méthodologique. Elles sont dictées essentiellement par les difficultés que la Commission rencontrerait si elle devait examiner simultanément les ramifications des diverses questions afférentes aux délits et aux crimes, d'une part, et aux problèmes de fond et de procédure, d'autre part. Le Rapporteur spécial tient à souligner que ses propositions d'ordre méthodologique n'impliquent, de sa part, aucune prise de position sur l'une quelconque des questions pratiques ou théoriques qui se posent, ni une quelconque mise en doute des choix que la Commission a arrêtés ou se propose d'arrêter à cet égard. En particulier, il ne met pas en cause, pour les besoins de la tâche qui lui est dévolue, le choix de la Commission en ce qui concerne la notion de responsabilité internationale et la définition du rapport et des situations juridiques qui naissent d'un fait internationalement illicite[13].

Paris, Sirey, 1938, p. 25 à 80; L. Oppenheim, *International Law: A Treatise*, 8e éd. rev. par H. Lauterpacht, Londres, Longmans, Green, 1955, p. 352 à 355; E. Jiménez de Aréchaga, « International responsibility », *in* M. Sørensen, éd., *Manual of Public International Law*, Londres, Macmillan, 1968, p. 564 et 565; K. Skubiszewski, « Use of force by States. Collective security. Law of war and neutrality », *ibid.*, p. 753; F. A. Mann, « The consequences of an international wrong in international and municipal law », *The British Year Book of International Law, 1976-1977*, vol. 48, p. 2; J. Combacau, « La responsabilité internationale », *in* H. Thierry *et al.*, *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 1975, p. 665 à 671; I. Brownlie, *System of the Law of Nations. State Responsibility*, Oxford, Clarendon Press, 1983, Part I, p. 33 et 34.

La distinction est moins affirmée chez G. Morelli, *Nozioni di diritto internazionale*, 7e éd., Padoue, 1967, p. 363; et M. Giuliano, *Diritto Internazionale*, vol. I, *La società internazionale e il diritto*, 2e éd., avec la collaboration de T. Scovazzi et T. Treves, Milan, Giuffrè, 1983, p. 598.

[11] Le terme « de fond » est employé ici par opposition à l'expression « de forme » ou « de procédure » au sens le plus large — c'est-à-dire au sens où il est utilisé (pour désigner les droits que l'Etat lésé acquiert contre l'Etat auteur du fait internationalement illicite) par Mann, *loc. cit.* (*supra* n. 10), p. 2 et 5. On ne saurait toutefois considérer que des mesures telles que les représailles, la satisfaction et autres sont, selon l'expression de cet auteur, « ésotériques ». Ces mesures constituent en droit international un élément non moins central du phénomène et de la tâche de codification de la Commission. Elles interviennent seulement « après », sans être la conséquence automatique de tout fait illicite, et sont, en tout état de cause, différentes. Elles demandent comme telles à être traitées séparément.

[12] Le terme « mesure » est employé ici au sens le plus large, englobant ainsi tout comportement (actif ou passif) par lequel un ou plusieurs Etats lésés et/ou une institution internationale réagissent à un fait illicite en vue soit d'obtenir qu'il y soit mis fin et/ou d'obtenir une réparation, soit d'infliger une quelconque punition ou sanction. Sans vouloir soulever le problème que pose le terme « contre-mesure », le Rapporteur spécial préfère, pour sa part, s'abstenir de l'utiliser, du moins pour le moment. Il n'entend pas critiquer l'intitulé de l'article 30 de la première partie du projet (dans le texte duquel on utilise toutefois un mot différent), ni le tribunal arbitral et la CIJ qui ont utilisé ce néologisme, mais il n'est pas certain que ce terme soit des plus heureux.

L'une des raisons pour lesquelles le Rapporteur spécial hésite à accepter le terme « contre-mesure » est qu'il pourrait obscurcir l'idée — qui doit rester aussi claire que possible — que *le fait illicite proprement dit* ne peut pas être qualifié de *mesure*. Etant donné que l'Etat auteur du fait illicite peut fort bien qualifier son comportement illégal de mesure (voire de contre-mesure) prise en réaction à un fait prétendument illicite de l'Etat ou des Etats lésés, le législateur serait semble-t-il bien avisé de ne pas employer de termes permettant de qualifier un fait illicite autrement qu'il ne doit l'être. L'autre motif d'hésitation du Rapporteur spécial vient de la connotation belliqueuse qui a été donnée à l'origine au terme « contre-mesure », comme l'a indiqué Leben (Ch. Leben, « Les contre-mesures interétatiques et les réactions à l'illicite dans la société internationale », *Annuaire français de droit international, 1982*, p. 16, note 24).

Il n'est peut-être pas inutile de rappeler que la CIJ n'a utilisé ce terme qu'une seule fois dans l'*Affaire relative au personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, arrêt du 24 mai 1980 (*C.I.J. Recueil 1980*, p. 27, par. 53), revenant immédiatement après au terme plus simple de « mesure » (*ibid.*, p. 28), et que le tribunal arbitral dans l'*Affaire concernant l'Accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946 entre les Etats-Unis d'Amérique et la France* (Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVIII [numéro de vente : E/F.80.V.7], p. 415) avait utilisé plus fréquemment, semble-t-il, des termes tels que « action » et « mesure » (à propos des ordonnances du Civil Aeronautics Board, dont la légalité était contestée) que le terme « contre-mesure », qu'il est censé avoir consacré.

Outre l'article de Leben susmentionné, le néologisme est étudié et utilisé diversement, notamment par W. Wengler, « Public international law. Paradoxes of a legal order », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1977-V*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1982, t. 158, p. 18 à 24; P.-M. Dupuy, « Observations sur la pratique récente des « sanctions » de l'illicite », *Revue générale de droit international public*, Paris, t. 87, 1983, p. 526 et suiv.; E. Zoller, *Peacetime Unilateral Remedies: An Analysis of Countermeasures*, Dobbs Ferry (N.Y.), Transnational Publishers, 1984, *passim*; *id.*, « Quelques réflexions sur les contre-mesures en droit international public »; *Droit et libertés à la fin du xxe siècle. Influences des données économiques et technologiques. — Etudes offertes à Claude-Albert Colliard*, Paris, Pedone, 1984, p. 361 et suiv.; A. de Guttry, « Le contromisure adottate nei confronti dell'Argentina da parte delle Comunità Europee e dei terzi Stati ed il problema della loro liceità internazionale », *in* N. Ronzitti, éd., *La questione delle Falkland-Malvinas nel diritto internazionale*, Milan, Giuffrè, 1984, p. 343; D. Alland, « International responsibility and sanctions: Self-defence and countermeasures in the ILC codification of rules governing international responsibility », *in* M. Spinedi et B. Simma, éd., *United Nations Codification of State Responsibility*, New York, Oceana Publications, 1987, p. 143 et suiv.; P. Malanczuk, « Countermeasures and self-defence as circumstances precluding wrongfulness in the International Law Commission's draft articles on State responsibility », *ibid.*, p. 197 et suiv.

[13] *Annuaire... 1973*, vol. II, p. 177 et 178, doc. A/9010/Rev.1, par. 8 à 13 du commentaire de l'article 1er.

17. Après avoir résumé, en des termes qui méritent d'être rappelés ici, les trois courants de pensée qui se sont dégagés sur la notion de responsabilité internationale[14], la Commission a déclaré ce qui suit :

[...] il doit être clair que, par l'emploi de l'expression « responsabilité internationale » à l'article 1er, la Commission entend désigner globalement toutes les sortes de relations nouvelles qui peuvent naître, en droit international, du fait internationalement illicite d'un Etat, que ces relations se limitent à un rapport entre l'Etat auteur du fait illicite et l'Etat directement lésé ou qu'elles s'étendent aussi à d'autres sujets de droit international, et qu'elles soient centrées sur l'obligation pour l'Etat coupable de rétablir l'Etat lésé dans son droit et de réparer le préjudice causé ou portent aussi sur la faculté pour l'Etat lésé lui-même ou pour d'autres sujets d'infliger à l'Etat coupable une sanction admise par le droit international. Autrement dit, la formule globale utilisée doit être susceptible de permettre tous les développements nécessaires dans le chapitre qui sera consacré au contenu et aux formes de la responsabilité internationale[15].

18. Ainsi qu'il a été indiqué, les propositions d'ordre méthodologique faites plus haut (par. 11 à 13) ne sont pas censées influer sur le choix de la Commission. La suggestion visant à traiter séparément, aux fins d'examen, d'établissement de rapports et de rédaction, les délits, d'une part, et les crimes, d'autre part, ainsi que les questions de réparation et de cessation, d'une part, et les questions relatives à l'adoption de mesures, d'autre part, n'a d'autre but que de traiter plus efficacement des problèmes délicats que pose la détermination des conséquences de fond et de forme ou « de procédure » des faits illicites, à la fois en tant que questions *de jure gentium condito* que dans le cadre du développement progressif du droit international. Ces deux distinctions devraient se révéler utiles, notamment lorsque la Commission reprendra ses travaux sur le sujet, en commençant par la matière dont traitent les projets d'articles 6 et 7 de la deuxième partie, tels qu'ils ont été renvoyés au Comité de rédaction. Les distinctions proposées signifient simplement : *a*) qu'il existe de trop grandes différences entre les faits illicites qualifiés de délits et les faits illicites qualifiés de crimes pour que l'on puisse étudier simultanément les conséquences juridiques des deux types d'infraction; et *b*) que l'on devrait étudier les conséquences de fond des délits ou des crimes proprement dits avant de traiter des conséquences de forme (ou plus généralement « de procédure ») qui correspondent aux divers types de mesures auxquels l'Etat ou les Etats lésés pourraient recourir.

19. L'autre problème qui se pose est, bien entendu, la question du règlement des différends, au sujet de laquelle le Rapporteur spécial estime prématuré d'émettre une quelconque opinion. Il se bornera à souligner, pour le moment, qu'il est enclin à considérer le contenu de la troisième partie des projets d'articles, non pas tant du point de vue de l'application ou de la mise en œuvre que du point de vue du règlement pacifique des différends découlant de la responsabilité des Etats. La principale raison en est, ainsi qu'il l'a déjà indiqué en partie (*supra* par. 12), que la mise en œuvre de la responsabilité née d'un fait internationalement illicite met en jeu aussi bien les mesures que toutes autres obligations que l'Etat ou les Etats lésés doivent accomplir comme condition du recours légal à ces mesures. Il s'ensuit que toute règle ou tout principe concernant l'une quelconque de ces obligations relève de la deuxième partie du projet, au même titre que les règles et principes relatifs aux mesures. Si l'on révise le plan des parties du projet d'articles autres que la première partie, ces règles et principes devront relever, de l'avis du Rapporteur spécial, des sections des chapitres relatifs aux conséquences des délits et des crimes, qui traitent des mesures tendant à obtenir réparation (et/ou la cessation de l'infraction) et/ou à infliger une sanction. Par suite, la troisième partie devrait être consacrée — dans la mesure où la Commission le jugera souhaitable — à la question du règlement pacifique des différends découlant de la responsabilité internationale pour faits illicites, mais non, en particulier, aux questions ayant trait aux formalités qui incombent à l'Etat ou aux Etats lésés qui recourent à des mesures.

20. En résumé, les subdivisions du plan de travail que le Rapporteur spécial voudrait proposer à titre provisoire pour les deuxième et troisième parties du projet d'articles sont les suivantes :

---

[14] La Commission a résumé ces trois conceptions en ces termes :

« [...] Une conception que l'on peut considérer comme classique dans la littérature du droit international — on trouve parmi ses tenants les noms d'Anzilotti, de Ch. de Visscher, d'Eagleton, de Strupp — décrit les relations juridiques qui naissent d'un fait illicite international sous une seule et unique forme : celle d'un rapport bilatéral de nature obligatoire s'instaurant entre l'Etat auteur du fait en question et l'Etat lésé, rapport qui oppose l'obligation du premier de réparer — au sens large de ce terme, bien entendu — au droit subjectif du second d'exiger cette réparation. Dans le cadre de cette façon de voir, on n'admet pas la possibilité d'une sanction au sens propre du terme — c'est-à-dire ayant une finalité répressive — que l'Etat lésé lui-même (ou, éventuellement, un sujet tiers) aurait la faculté d'infliger à l'Etat auteur du délit. Une autre façon de voir, dont Kelsen et Guggenheim sont les tenants les plus illustres, aboutit à une position presque diamétralement opposée à celle que l'on vient de décrire. Elle soutient elle aussi, mais d'une manière entièrement différente, l'idée d'un rapport juridique unique qui découlerait du fait illicite et rentrerait ainsi dans la notion de responsabilité. En partant de l'idée que l'ordre juridique est un ordre de contrainte, cette conception voit précisément dans l'autorisation accordée à l'Etat lésé d'appliquer à l'Etat coupable un acte de contrainte à titre de sanction la seule conséquence juridique découlant directement du fait illicite. Le droit international général ne relierait donc au fait illicite nul rapport de nature obligatoire entre l'Etat auteur du fait illicite et l'Etat lésé. L'obligation de réparer ne serait autre chose qu'un devoir subsidiaire que la loi en droit interne et un accord éventuel en droit international insèreraient entre le fait illicite et l'application de l'acte de contrainte. Il est enfin une troisième conception, ayant parmi ses tenants Lauterpacht, Eustathiadès, Verdross, Ago et les auteurs soviétiques du *Kours mejdounarodnogo prava*, selon laquelle on ne saurait limiter les conséquences du fait internationalement illicite ni à la seule « réparation » ni à la seule « sanction ». En droit international — comme dans tout système de droit, d'ailleurs —, le fait illicite serait susceptible de donner lieu non pas à un type unique de rapports juridiques, mais à une double forme de rapports, caractérisés par des situations juridiques différentes des sujets qui y interviennent. Ces conséquences juridiques reviennent, selon les cas, à conférer au sujet de droit international dont les droits ont été violés par le fait illicite le droit d'exiger de l'auteur de ce fait une réparation — toujours au sens étendu de ce terme — ou à attribuer à ce même sujet (ou, éventuellement, à un sujet tiers) la faculté d'infliger une sanction au sujet qui a eu le comportement illicite. Par sanction, on entend ici une mesure qui, tout en n'impliquant pas nécessairement l'emploi de la force, est caractérisée — en partie du moins — par le fait d'avoir pour finalité d'infliger un châtiment. Une telle finalité ne s'identifie donc pas avec la poursuite coercitive de l'exécution de l'obligation ou bien de la réintégration du lésé ou du dédommagement. » (*Ibid.*, p. 177, par. 5 du commentaire de l'article 1er.)

[15] *Ibid.*, p. 178, par. 10 du commentaire de l'article 1er.

DEUXIÈME PARTIE. — CONTENU, FORMES ET DEGRÉS DE LA RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE

Chapitre Ier. — Principes généraux (art. 1 à 5, tels qu'ils ont été adoptés en première lecture)

Chapitre II. — Conséquences juridiques découlant d'un délit international

Section 1. — Droits fondamentaux de l'Etat lésé et obligations correspondantes de l'Etat « auteur »
a) Cessation
b) Réparation sous ses diverses formes
i) Restitution en nature
ii) Réparation par équivalent
iii) Satisfaction (et « dommages-intérêts punitifs »)
c) Garanties contre toute répétition

Section 2. — Mesures auxquelles l'Etat lésé peut recourir pour obtenir la cessation de l'infraction, la réparation et des garanties contre toute répétition

Chapitre III. — Conséquences juridiques découlant d'un crime international

Section 1. — Droits et obligations correspondantes découlant d'un crime international

Section 2. — Mesures applicables

Chapitre IV. — Dispositions finales

TROISIÈME PARTIE. — RÈGLEMENT PACIFIQUE DES DIFFÉRENDS DÉCOULANT D'UN FAIT PRÉSUMÉ INTERNATIONALEMENT ILLICITE

CHAPITRE II

Cessation du fait internationalement illicite et restitution en nature

A. — Objet du présent chapitre

21. Lorsqu'on la considère, en se référant à ce qui a été dit (*supra* par. 14), comme le contenu véritable de la responsabilité internationale[16] et comme la conséquence juridique immédiate et sans doute irrécusable du fait illicite, l'obligation de réparer peut être satisfaite, ainsi qu'il en a été convenu à la quasi-unanimité, par des modes ou des moyens divers qui, tous, isolément ou en combinaison, visent à remplir une certaine « fonction ». Généralement, on distingue, tout d'abord, trois grandes catégories de remèdes, appelés restitution en nature (*restitutio in integrum* ou *in pristinum* ou *naturalis restitutio*), réparation par équivalent ou compensation qui comporte divers éléments (réparation au sens étroit du terme) et satisfaction, sous une forme ou une autre. S'il est généralement admis, non sans de sensibles variations, que la restitution en nature et la réparation par équivalent ont pour objet d'assurer une réparation du préjudice matériel, la satisfaction est généralement considérée, une fois encore non sans variations, comme destinée à répondre à l'exigence plus ou moins distincte de réparer le préjudice « moral » et le préjudice inhérent au fait même de la violation de l'obligation internationale. Il ne faut pas non plus oublier que, dans la satisfaction, sont souvent inclus les dommages dits *exemplary*, *vindictive* ou *punitive* du droit anglais[17]. Quant aux garanties accordées contre un renouvellement éventuel du fait illicite, elles doivent être considérées comme une forme distincte de réparation.

22. Il convient d'attribuer une fonction différente à la cessation (ou à l'arrêt) d'un fait illicite de caractère continu. Bien que l'on tende souvent à la lier plus ou moins étroitement, voire à la confondre, avec la restitution en nature ou avec d'autres modes de réparation, il semble plus juste, ainsi que le précédent Rapporteur spécial l'a reconnu, en principe du moins, de considérer la cessation indépendamment de la réparation au sens propre du terme. Bien que la réparation intervienne nécessairement, sous forme de *restitutio*, d'indemnisation ou de satisfaction, ou peut-être de combinaison de deux ou plus de ces remèdes, pour ce qui est de la partie du fait illicite continu précédant l'arrêt du comportement illégal, la cessation, en tant que telle, remplit une fonction corrective d'un ordre différent. En amenant l'Etat auteur de la violation à ne plus déroger à l'obligation initiale ou à s'engager à la respecter dorénavant, elle le soustrait, en fait, pour ce qui est de la partie du comportement qui cesse d'être illicite à l'obligation de réparer, qui lui incomberait en vertu de la règle dite « secondaire » génératrice de responsabilité. Ce n'est que dans un sens large que l'on peut inclure la cessation du comportement illicite, aux côtés des diverses formes de réparation, parmi les conséquences juridiques du fait illicite international (v. *infra* par. 39), ce qui ne signifie pas qu'elle mérite moins que ces dernières d'être étudiée dans le cadre du thème général de la responsabilité des Etats (v. *infra* par. 52 à 61).

23. En ce qui concerne les projets d'articles 6 et 7, renvoyés au Comité de rédaction, le Rapporteur spécial pense qu'ils ne correspondent pas entièrement à ce que doit être un travail approfondi de codification (sans même parler de développement progressif) des conséquences juridiques essentielles du fait illicite, c'est-à-dire de celles qui engagent la responsabilité internationale et, partant, mettent en jeu les droits et devoirs fondamentaux de l'Etat auteur de la violation et de l'Etat lésé.

[16] La « responsabilité internationale » s'entend, comme l'indiquait M. Ago dans son troisième rapport, de « toutes les formes de relations juridiques nouvelles qui peuvent naître en droit international du fait illicite d'un Etat » (*Annuaire... 1971*, vol. II [1re partie], p. 222, doc. A/CN.4/246 et Add.1 à 3, par. 43).

[17] D'après Anzilotti,

« A la base de l'idée de satisfaction est celle du dommage immatériel ou, comme le disent les Anglais, d'un *moral wrong*, qui, comme on l'a dit, peut même consister seulement dans la méconnaissance du droit d'un Etat. La satisfaction tend par-dessus tout à porter remède à l'atteinte infligée à la dignité et à l'honneur : on pense immédiatement [...] aux *exemplary* ou *vindictive damages* du droit anglais. »

(D. Anzilotti, *Cours de droit international*, tr. française de G. Gidel d'après la 3e éd. italienne, Paris, Sirey, 1929, p. 524.)

24. Indépendamment de la question des mérites des solutions proposées dans les projets d'articles 6 et 7, dont certaines ont suscité de sérieuses réserves de la part des membres de la Commission, le Rapporteur estime que l'ensemble du sujet devrait, autant que possible, être traité à la fois plus en détail et plus en profondeur. Ainsi, on ne saurait considérer que la simple mention du paiement d'une « somme d'argent » épuise tous les aspects de la réparation par équivalent. Ces aspects doivent être examinés de plus près, en tenant compte de la pratique. Cette observation vaut pour la satisfaction. Non seulement le projet ignore pratiquement ce remède pourtant des plus importants (sauf dans la mesure où il existe peut-être un élément de satisfaction dans les garanties prévues contre le renouvellement de la violation), mais il ne fait aucune mention des dommages dits *exemplary* ou *punitive*, en tant qu'éléments possibles de la satisfaction ou de tout autre mode de réparation[18]. Dans l'actuel projet d'article 6, il n'y a rien, en ce qui concerne la réparation par équivalent et la satisfaction, qui permette de distinguer entre l'indemnisation du préjudice matériel et celle due au titre de ce qu'il est convenu d'appeler le préjudice « moral » ou « immatériel », catégories qui, d'après la doctrine, ouvrent droit à compensation ou à satisfaction, ou encore à l'une et à l'autre[19].

25. La cessation elle-même semble non seulement avoir été confondue jusqu'à un certain point avec la *restitutio* (au paragraphe 1, al. *a*, du projet d'article 6), mais elle est inexplicablement limitée aux seuls cas de libération de personnes et de restitution d'objets. La restitution en nature *(restitutio in integrum)* est, semble-t-il, insuffisamment traitée dans le projet d'article 6 en ce qui concerne les faits illicites autres que ceux touchant au traitement des étrangers, alors que, pour tous les types de faits illicites, une trop grande discrétion semble avoir été laissée, aussi bien dans le projet d'article 6 que dans le projet d'article 7, à l'Etat auteur de la violation, cette latitude étant, comme on le soutient, de règle dans tous les cas de tort causé à des ressortissants étrangers. Ainsi qu'on l'a déjà noté, la distinction entre restitution et cessation est insuffisante.

26. En dépit des avantages de certaines des solutions adoptées et de la difficulté généralement admise qu'il y a à poser des règles extrêmement précises dans un domaine aussi sensible des relations internationales, le Rapporteur spécial croit que l'on peut améliorer le projet et que l'on devrait tenter de le faire en consacrant peut-être aux divers remèdes des articles distincts. En adoptant cette méthode, de même qu'en s'attachant à mieux agencer et à codifier plus complètement les règles générales qui se dégagent de l'analyse de la pratique des Etats et des décisions des tribunaux internationaux au sujet des divers remèdes et de leurs combinaisons possibles, on faciliterait, dans une certaine mesure, le développement progressif de ces règles. Cette affirmation ne va pas sans une conscience aiguë du fait qu'il convient de faire preuve de la plus grande prudence en matière de développement progressif et de codification *stricto sensu*. Ce sont ces exigences, outre les limites de temps qui lui sont imposées par les circonstances, qui ont amené le Rapporteur spécial à axer le présent rapport sur une partie de la matière dont traitent les actuels projets d'articles 6 et 7, c'est-à-dire sur la cessation du fait illicite et la restitution en nature.

27. La section B du présent chapitre est consacrée à la cessation du fait illicite ou, plus précisément, à la notion de cessation dans la doctrine et la pratique, à ses rapports avec les divers modes de réparation (notamment la restitution en nature) et à la cessation dans le cas des faits illicites par omission. La section C, qui porte sur la restitution en nature, traite : de la notion de *restitutio in integrum* dans la doctrine et la pratique; de la distinction qu'il est généralement proposé de faire entre restitution matérielle et restitution d'ordre juridique; de la question de l'impossibilité de la restitution en nature; de la charge trop onéreuse imposée à l'auteur de la violation; de la restitution dans les cas de responsabilité du chef de préjudice causé à des ressortissants étrangers; et de la question du choix par l'Etat lésé entre la restitution et d'autres modes de réparation.

28. L'ensemble de la question est traité du double point de vue des droits de l'Etat lésé et des obligations de l'Etat dit l'« Etat auteur ». Etant donné qu'à tout droit fondamental du premier correspond manifestement une obligation du deuxième, le Rapporteur spécial ne voit aucune différence entre les deux points de vue[20].

B. — Cessation du fait internationalement illicite

1. La doctrine et la pratique en matière de cessation

29. De tous les remèdes possibles à des violations du droit international, l'arrêt du fait illicite est le plus négligé, ou peut-être est-il le plus souvent sous-entendu. Mises à part les réflexions intéressantes que lui a consacrées le précédent Rapporteur spécial dans son deuxième rapport[21], la cessation n'a que rarement fait l'objet d'études spéciales; elle a été davantage envisagée dans le cadre et aux fins de discussions visant à définir évidemment la notion de *restitutio in integrum*, plutôt qu'en elle-même, en tant que remède ayant un rôle propre[22].

[18] Il y a d'autant plus lieu de regretter ces deux dernières lacunes que les présents projets d'articles 6 et 7 sont censés représenter ce que l'on a appelé le « plus petit dénominateur commun » des conséquences des crimes et des délits.

[19] Voir l'observation du même ordre, faite à la trente-quatrième session de la Commission par M. Balanda (*Annuaire... 1982*, vol. I, p. 219, 1734e séance, par. 21). M. Zemanek, représentant de l'Autriche à la Sixième Commission de l'Assemblée générale, a fait une déclaration dans le même sens, en 1985, à propos du projet d'article 6 (*Documents officiels de l'Assemblée générale, quarantième session, Sixième Commission*, 33e séance, par. 56 et 57).

[20] Il peut bien entendu exister des divergences d'opinion en ce qui concerne les mesures. On parle ici de « facultés », de « pouvoirs » (ou, plus fréquemment et de manière moins rigoureuse, de droits) de l'Etat lésé : situations juridiques qui ne correspondent pas à proprement parler à des obligations de la part de l'Etat auteur de la violation. Ce dernier est tout simplement « sujet » à des représailles, des sanctions ou d'autres types de mesures. Il est difficile de concevoir que l'auteur d'une violation soit obligé de se soumettre à une mesure ou fasse en sorte de s'y soumettre; cette obligation ne saurait évidemment être entendue au même sens que celle de réparer (ou de se conformer à la règle primaire).

[21] *Annuaire... 1981*, vol. II (1re partie), p. 85 et suiv., doc. A/CN.4/344, par. 29 à 98.

[22] Voir Ch. Dominicé, « Observations sur les droits de l'Etat victime d'un fait internationalement illicite », *Droit international 2*, Paris, Pedone, 1982, p. 25 à 31; B. Graefrath, « Responsibility and damages caused: Relationship between responsibility and damages », *Recueil des cours..., 1984-II*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1985, t. 185, p. 84; K. Nagy, « The problem of reparation in international law », *in* H. Bokor-Szegö, éd., *Questions of International Law. Hungarian Perspectives*, Budapest, Akadémiai Kiadó, 1986, vol. 3, p. 173.

30. D'autres raisons, plus subtiles, inhérentes à la nature même de la cessation, expliquent que ce remède soit traité en parent pauvre par les juristes analysant les conséquences des faits internationalement illicites. La première raison, et la plus importante, tient à ce que, dans la majorité des cas où une partie des juristes seraient enclins à penser qu'il y a matière à cessation, les conditions requises ne sont pas remplies. L'Etat lésé demande, non pas l'arrêt du fait illicite, mais un comportement positif de la part de l'Etat auteur de la violation, tel que l'évacuation d'un territoire, la libération de personnes ou la restitution d'objets. En outre, plutôt que de viser la cessation, ses exigences sont formulées dans le cadre plus large d'une demande de réparation du préjudice. La deuxième raison est que, chaque fois que les Etats en cause ont recours à une procédure de règlement par des tiers, cette procédure s'ouvre à un moment où la commission du fait illicite (qu'il soit instantané ou plus ou moins étendu dans le temps) a pris fin, si bien que le litige soumis au règlement, désormais circonscrit, se limite à la question du mode ou des modes de réparation dus. La troisième raison est que, même lorsque les parties comparaissent devant un organe international à un moment où le comportement qui fait l'objet de la plainte persiste, l'Etat requérant formule ses demandes moins en termes de cessation du fait illicite — l'illicéité elle-même étant alors matière à controverse — qu'en termes de mesures provisoires ou conservatoires, qu'il appartient au juge d'indiquer ou, si c'est possible, d'imposer à l'Etat auquel est imputée la violation[23]. Une demande de cessation proprement dite n'est soumise en pareil cas que lorsque l'organe compétent a prononcé l'illicéité.

31. Si, comme on l'a indiqué, il est malaisé de cerner la notion de cessation, en revanche il ne devrait pas être difficile de définir le rôle et la nature de ce remède. En particulier, il devrait être clair que si, à l'instar des remèdes que recouvre la notion de réparation, la cessation intervient après qu'un fait international illicite est arrivé à un stade assez avancé, elle en diffère en ce que, contrairement à ces derniers, elle relève plutôt du fait illicite que des ses conséquences juridiques. En ce sens, bien entendu, la cessation n'est pas un des modes généralement admis de réparation; elle ne ressortit pas davantage au contenu de la responsabilité ou aux conséquences juridiques essentielles du fait illicite (au sens étroit donné habituellement et à juste titre à ces expressions). La cessation doit être, en fait, considérée — en tant qu'obligation et en tant que remède à une violation du droit international — comme relevant non pas de la règle « secondaire », qui ne devient applicable qu'après la survenance du fait illicite, mais de l'application permanente et normale de la règle « primaire » dont le comportement illicite antérieur constituait une violation.

32. Bien qu'elle n'entre pas dans le champ étroit de la réparation ou des conséquences juridiques du fait illicite, la cessation se rattache à ces dernières au sens large. A ce titre, elle devrait, semble-t-il, trouver place parmi les projets d'articles sur la responsabilité des Etats (v. cependant *infra* par. 59 à 63). Elle a en effet le mérite de mettre fin à une violation du droit international qui est en cours[24]; elle sert, ce faisant, des intérêts qui ne sont pas limités au seul Etat ou Etats lésés, et, étant donné la structure inorganique de la société interétatique, elle acquiert par là souvent une vaste dimension (v. *infra* par. 60 et 61). La portée de son rôle croît, comme le montrent des exemples actuels, avec la gravité du délit ou du crime en voie d'être commis. Il faut ajouter à cela que la cessation est pertinente, même du point de vue des conséquences du fait illicite et de la réparation *stricto sensu*, car l'arrêt plus ou moins tardif du fait illicite a nécessairement une incidence qualitative et quantitative sur la réparation due.

33. Au sens factuel, la cessation est une étape normale par laquelle passe tout fait illicite, quelle qu'en soit la durée. Il est évident toutefois qu'elle ne présente d'intérêt réel, débordant celui que peut offrir la physiologie du fait illicite, que lorsque ce fait revêt un caractère continu. Tant que le comportement illicite dure, il y a des chances, d'une part, pour que son auteur comprenne l'illégalité de son comportement et l'obligation qui lui incombe de le corriger et, de l'autre, pour que l'Etat lésé en demande la cessation immédiate et complète, comme il a — il faut le souligner — la faculté, voire le droit, de le faire. Il importe donc de réfléchir, fût-ce brièvement, à la distinction entre fait illicite instantané et fait illicite continu.

34. On se rappellera que la Commission a envisagé de définir le fait illicite continu lors du débat sur les dispositions du paragraphe 3 de l'article 18[25] et des articles 25 et 26 de la première partie. Le Rapporteur spécial d'alors, M. Ago, avait donné, dans son cinquième rapport, comme exemples de faits illicites continus le

> [...] fait de maintenir en vigueur une loi que l'Etat serait internationalement tenu d'abroger, ou, à l'inverse, [le] fait de ne pas avoir adopté une loi internationalement requise, ou encore [le] fait d'occuper indûment le territoire d'autrui, ou d'entraver de manière inadmissible le passage inoffensif de navires étrangers par un détroit, ou d'avoir instauré un blocus non légitime de côtes ou de ports étrangers [...][26].

Il a également mentionné à ce propos l'affaire *De Becker*, dans laquelle la Commission européenne des droits de l'homme avait jugé que la perte du droit d'exercer la profession de journaliste en vertu d'un jugement, antérieur à l'entrée en vigueur de la Convention européenne des droits de l'homme, constituait une violation continue, et que le requérant s'estimait à bon droit victime d'une violation de la liberté d'expression garantie par l'article 10 de la Convention[27]. La Commission européenne avait jugé la requête recevable dans la mesure où la situation déplorée avait continué à exister au cours de la période suivant l'entrée en vigueur de la Convention[28]. La CDI n'a toutefois pas pris position sur la définition du fait internationalement illicite de caractère continu lors du

[23] P. ex. dans l'*Affaire relative au personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, les Etats-Unis ont demandé à la CIJ d'ordonner la libération immédiate des otages à titre de mesure provisoire, et la CIJ a fait droit à cette demande par l'ordonnance du 15 décembre 1979 (*C.I.J. Recueil 1979*, p. 7).

[24] Une règle expresse sur la cessation serait bien entendu également utile pour souligner la légalité de la demande de cessation et le fait qu'elle ne constitue pas une marque d'animosité.

[25] Selon cet article :

« 3. Si le fait de l'Etat qui n'est pas conforme à ce qui est requis de lui par une obligation internationale a un caractère de continuité, il n'y a violation de cette obligation qu'en regard de la période durant laquelle le fait se déroule pendant que l'obligation est en vigueur à l'égard de cet Etat. » (*Annuaire... 1976*, vol. II [2e partie], p. 81.)

[26] *Annuaire... 1976*, vol. II (1re partie), p. 23, doc. A/CN.4/291 et Add.1 et 2, par. 62.

[27] *Ibid.*, par. 63 et note 103.

[28] Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Rome, 4 novembre 1950) [Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 213, p. 221].

débat en question. Une certaine confusion a régné, notamment lors de la discussion à propos de l'affaire des *Phosphates du Maroc* (v. *infra* par. 35), et on ne pouvait sans doute pas espérer que des affaires souvent citées, telles l'affaire *De Becker* (qui d'ailleurs étaye la notion de violation continue ou « permanente »), jetteraient beaucoup de lumière sur le sujet[29]. La CDI a expliqué, dans le commentaire de l'article 18 de la première partie du projet, qu'il conviendrait d'établir une distinction entre le fait continu (« un fait unique mais qui s'étale comme tel dans le temps avec un caractère de permanence ») et le fait instantané à effets durables. Elle a donné comme exemple de ce dernier l'« acte de confiscation » en précisant que « le fait de l'Etat comme tel prend fin ici dès que la confiscation a eu lieu, même si les conséquences en sont durables »[30], position qui, de l'avis du Rapporteur spécial, n'est pas acceptable (v. *infra* par. 37).

35. La question a été reprise au paragraphe 1 de l'article 25 de la première partie du projet[31], adopté par la Commission, à sa trentième session, sur la base du septième rapport de M. Ago. Celui-ci y examinait à nouveau la distinction entre faits illicites se prolongeant dans le temps et faits illicites instantanés à effets continus. Il évoquait à ce propos l'affaire des *Phosphates du Maroc*, dans laquelle la CPJI, rejetant l'argumentation italienne, avait jugé que le fait incriminé en l'espèce n'était pas, aux fins de la question préliminaire, un fait illicite continu[32]. D'après l'Italie, la législation créant un monopole n'était que l'étape initiale du fait dénoncé comme illicite. Adoptant une position contraire à celle de la Cour, pour qui le fait allégué n'avait pas un caractère continu, M. Ago considérait qu'on se trouvait en présence d'

> une situation législative estimée contraire aux engagements internationaux du pays l'ayant créée et qui, tout en ayant débuté avant la date critique, continuait d'exister après cette date et de constituer une situation qui restait aussi actuelle qu'internationalement illicite[33].

Ce point de vue rejoignait en fait l'opinion individuelle du juge Cheng Tien-hsi, qui s'était exprimé à ce propos dans les termes suivants :

> [...] le monopole — bien qu'il ait été institué par le dahir de 1920 — existe encore aujourd'hui. Il s'agit là d'une situation ou d'un fait actuel. S'il en résulte une injustice, cette injustice ne provient pas simplement du fait qu'elle a été causée, mais du fait que le tort continue à être causé [...]. [...]; il ne s'agit pas non plus simplement des conséquences d'un acte illicite, ce qui signifierait que le tort aurait été causé antérieurement et une fois pour toutes à un moment donné [...]. [...]; l'essence du différend, en effet, est la suivante : le demandeur se plaint de ce qu'il est constamment représenté comme un état de choses « continu et permanent » incompatible avec des droits étrangers plutôt que du simple fait de la création de cet état de choses[34].

Le juge van Eysinga avait, lui aussi, semble-t-il, admis le caractère continu de l'acte que l'Italie taxait d'illicite[35].

36. La notion de fait internationalement illicite de caractère continu a été étudiée par Triepel qui, sans en donner de définition, s'était borné à citer l'exemple de la non-promulgation ou de la non-abrogation illicite de lois internes[36]. De son côté, M. Ago avait précisé que « l'élément essentiel de la distinction » entre faits illicites instantanés et faits continus « se trouve dans l'instantanéité ou dans la permanence de l'action », si bien qu'on peut distinguer entre « faits illicites dans lesquels l'élément objectif de la conduite contrastant avec une obligation internationale de l'Etat a un caractère immédiat [...], par exemple l'insulte au drapeau d'une nation amie » et d'« autres infractions d'une obligation internationale qui ont un caractère prolongé dans le temps, si bien que lorsqu'elles sont devenues parfaites, tous leurs éléments constitutifs étant réalisés, elles ne cessent pas pour autant d'exister, mais se continuent, identiques à elles-mêmes, avec un caractère de permanence », et, pour illustrer son propos, il ajoutait, au cas hypothétique évoqué par Triepel, « la saisie abusive des biens d'un étranger, [...] l'arrestation d'un diplomate »[37].

37. Pour sa part, le Rapporteur spécial serait enclin à souscrire, en ce qui concerne la notion de fait illicite continu, aux définitions de Triepel et d'Ago. Il ne peut donc pas accepter l'opinion selon laquelle une confiscation n'est pas, comme semble le soutenir la Commission dans son rapport sur sa vingt-huitième session (v. *supra* par. 34), un fait illicite de caractère continu. Il ne pense pas notamment que le fait illicite de l'Etat prend fin avec l'acte législatif portant confiscation. Le fait illicite dure aussi longtemps que la mesure n'est pas rapportée.

38. En ce qui concerne le moment où une demande de cessation peut être présentée par l'Etat ou les Etats lésés, il est évident que cette demande ne peut intervenir en droit qu'après que le comportement illicite a débuté, c'est-à-dire qu'un seuil, celui de l'illégalité, a été franchi

---

[29] La Commission européenne des droits de l'homme, qui a statué sur cette dernière affaire, s'emploie en réalité, bien qu'elle soit un organe international, à assurer l'application uniforme et correcte de la Convention dans les systèmes juridiques (systèmes juridiques interindividuels) des Etats participants. Ce faisant, la Commission européenne se place idéalement, et ce en dépit de l'absence « d'effet direct en droit interne » de ses décisions, dans une situation comparable à celle d'une juridiction de l'ordre interne (ayant compétence pour connaître de requêtes individuelles) et non à celle d'un tribunal international. La Commission européenne, idéalement et à juste titre, se préoccupe plus du fait illicite commis par l'Etat au détriment de l'individu que de celui commis à l'égard d'un autre Etat. Il est donc parfaitement compréhensible que, dans l'affaire *De Becker*, la Commission européenne ait considéré moins un « tout complexe » constitué par un fait internationalement illicite commis par un Etat dans le cadre de ses relations (extérieures) avec un autre Etat (présumé lésé), que les faits d'une autorité nationale déterminée à l'encontre d'un individu, dans le cadre d'un système de droit interne en principe adapté à la Convention.

[30] *Annuaire... 1976*, vol. II (2e partie), p. 86 et 87, par. 21 du commentaire de l'article 18.

[31] L'article 25 dispose :

« 1. La violation d'une obligation internationale par un fait de l'Etat ayant un caractère de continuité se produit au moment où ce fait commence. Toutefois, le temps de perpétration de la violation s'étend sur la période entière durant laquelle ce fait continue et reste non conforme à l'obligation internationale. » (*Annuaire... 1978*, vol. II [2e partie], p. 101.)

[32] *Annuaire... 1978*, vol. II (1re partie), p. 39 et suiv., doc. A/CN.4/307 et Add.1 et 2, par. 27 à 32.

[33] *Ibid.*, p. 40, par. 30.

[34] *C.P.J.I. série A/B n° 74*, arrêt du 14 juin 1938, p. 36 et 37.

[35] *Ibid.*, p. 34 et 35.

[36] Selon Triepel,

« Si à un moment donné les Etats sont internationalement obligés d'avoir des règles de droit d'une teneur déterminée, l'Etat qui les a déjà viole son devoir s'il les abolit et néglige de les introduire à nouveau, tandis que l'Etat qui ne les a pas encore viole son devoir seulement par le fait de ne pas les introduire : tous les deux commettent d'ailleurs [...] un *délit permanent international (völkerrechtliches Dauerdelikt)*. » (H. Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig, 1899, p. 289; trad. française du passage cité dans *C.P.J.I. série C n° 84*, p. 494.)

[37] R. Ago, « Le délit international », *Recueil des cours..., 1939-II*, Paris, Sirey, 1947, t. 68, p. 519, 520 et 521, en se référant à l'opinion de Triepel, citée *supra* n. 36.

par suite du comportement réputé illicite. Il convient, en tout état de cause, de distinguer entre un comportement qui « complète » un fait illicite (instantané ou prolongé dans le temps) et un comportement antérieur à l'achèvement du fait en cause, qui ne saurait être considéré comme un fait illicite. Il convient aussi de voir, par ailleurs, que, différent en cela du fait illicite de droit interne, le fait internationalement illicite de l'Etat est très souvent, voire dans la plupart des cas, la résultante d'un concours d'actions ou d'omissions individuelles qui, bien que juridiquement distinctes en droit interne, forment un tout en quelque sorte indissociable du point de vue du droit international. Ainsi, un acte législatif dont les dispositions seraient de nature à ouvrir la voie à la commission par l'Etat d'un fait illicite peut, en réalité, ne pas aboutir à ce résultat, parce qu'il n'a pas été suivi des mesures administratives ou judiciaires « ordonnées par le législateur »; inversement, un acte législatif qui aurait en lui-même pour objet d'assurer le respect par un Etat de ses obligations internationales pourrait se révéler insuffisant, parce qu'il ne serait pas appliqué par les organes administratifs ou judiciaires, ou le serait à mauvais escient. Le caractère complexe de la plupart des faits internationalement illicites est particulièrement manifeste dans les cas où ce sont fréquemment les actes de particuliers ou d'organes subsidiaires qui ont initialement conduit à la commission du fait illicite par l'Etat et où il faut de nouvelles mesures des organes de l'Etat pour que le fait internationalement illicite soit « parfait »[38]. Cette observation donne à penser que s'il est vrai qu'une demande de cessation est recevable de droit (ou constitue une faculté) seulement à partir du moment où le comportement de l'Etat auteur a atteint le seuil où un fait qui n'était pas illicite jusque-là le devient[39], on peut concevoir que, dans certaines situations, une initiative de l'Etat susceptible d'être lésé puisse être considérée comme utile et non comme illégale. Certes, un Etat qui est confronté de la part d'un autre Etat à un comportement qui lui paraît constituer manifestement la phase initiale d'une démarche, d'une action ou d'une omission de nature à conduire à un fait illicite peut, avec toutes les précautions nécessaires, prendre les mesures appropriées en l'occurrence, tout en respectant le principe de la non-ingérence dans les affaires intérieures de l'autre partie, et proposer amicalement à l'Etat en question de modifier son comportement de manière à éviter d'encourir une responsabilité. Ce point pourrait être utilement mentionné dans un commentaire accompagnant le projet d'article sur la cessation.

[38] La notion de « complexité » et d'« unité » d'un fait internationalement illicite et, plus généralement, la notion qu'un élément de la conduite de l'Etat en vertu du droit international (action, omission ou acte volontaire) est une « unité factuellement complexe » du point de vue du droit international a été reprise par le Rapporteur spécial, en ce qui concerne les faits illicites (ainsi que la conclusion de traités), dans un article publié en 1976 : G. Arangio-Ruiz, « L'Etat dans le sens du droit des gens et la notion du droit international », *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, Vienne, vol. 26, n°s 3-4, mai 1976, p. 311 à 331.

[39] Pour reprendre les termes du demandeur dans l'affaire des *Phosphates du Maroc* (*C.P.J.I. série C n° 84*, p. 850), « c'est seulement au moment où l'on a comme résultat final un manquement à [des] obligations que la violation du droit international est parfaite », et que la relation juridique dite « secondaire » intervient (ces termes avaient été cités par M. Ouchakov, lors de l'examen de la question à la trentième session de la Commission, voir *Annuaire... 1978*, vol. I, p. 26, 1480e séance, par. 8).

2. Distinction entre cessation et réparation

39. Il nous paraît important de développer la distinction déjà notée (*supra* par. 31) entre la cessation et toute forme de réparation. La cessation qui, comme on l'a fait observer, suppose au moins que soit amorcée la phase initiale d'un fait illicite, est en un sens une des conséquences du caractère continu du fait illicite. De par sa nature et son rôle, elle ne fait, par ailleurs, en aucune manière partie de la réparation au sens large du terme, ou d'une forme particulière de réparation. La réparation, bien comprise, répond à l'exigence, définie par la CPJI dans l'affaire célèbre de l'*Usine de Chorzów*[40], d'« effacer toutes les conséquences », sur les rapports entre l'Etat auteur et l'Etat lésé, des effets matériels et juridiques de la violation d'une obligation internationale du premier à l'égard du second : situation qui reste nécessairement névralgique tant que la réparation n'est pas effectuée dans le sens indiqué.

40. La question des droits et obligations inhérents à la cessation du fait illicite est d'un tout autre ordre. Lorsqu'il s'agit de faits illicites s'étendant dans le temps, c'est-à-dire du type de faits auxquels elle est applicable, la cessation n'a pas pour but d'annuler les conséquences juridiques ou matérielles éventuelles du fait illicite. La cessation vise le comportement illicite en tant que tel, c'est-à-dire la source même de la responsabilité. Elle consiste, pour ainsi dire, à tarir la responsabilité à la source, pour autant que celle-ci n'ait pas encore joué. La cessation en tant que telle n'influe pas sur les conséquences, juridiques ou matérielles, du comportement illicite passé. Une demande de cessation peut, bien entendu, comme on l'a déjà noté, représenter le premier stade de la délimitation approximative du préjudice causé par le fait illicite et, partant, de la définition des droits et obligations inhérents à la réparation. Même dans ce cas, elle reste en dehors du champ de la réparation et des rapports juridiques instaurés par elle.

41. En conclusion, quel que soit le moment où elle est demandée ou effectuée, la cessation permet la réalisation du rapport juridique originel entre les parties, tel qu'établi et maintenu par la règle primaire. Il s'ensuit que :

a) Dans tout projet visant à codifier les conséquences du fait illicite, l'obligation de cesser le comportement illicite devrait faire l'objet de dispositions distinctes de celles portant sur la réparation ou sur le contenu de la responsabilité au sens strict;

b) L'obligation qui incombe à l'Etat auteur de la violation de mettre fin à son comportement illicite est indépendante, comme l'est l'obligation d'observer la règle primaire, de toute injonction ou demande de l'Etat lésé.

3. Rôle de la cessation dans le cas de faits illicites par omission

42. Il est un aspect de la cessation à ne pas négliger, à savoir le rôle qu'elle pourrait jouer dans les cas de faits illicites consistant en un comportement par omission, c'est-à-dire dans les cas de violations d'obligations de faire. Le Rapporteur spécial est enclin à penser que les faits illicites par omission pourraient fort bien relever, au même titre et peut-être plus fréquemment que ceux nés d'une action, de la catégorie des faits illicites de caractère

[40] *C.P.J.I. série A n° 17*, arrêt du 13 septembre 1928, p. 47.

continu. La non-observation d'une obligation de faire est, dès lors qu'elle se prolonge au-delà des délais d'accomplissement de l'obligation, un fait illicite de caractère continu. Il s'ensuit que toute demande au titre de l'exécution (tardive) de l'obligation serait fondée exclusivement sur la règle primaire, sans préjudice bien entendu de la demande de réparation sous toute forme appropriée (y compris une restitution en nature), qui pourrait être formée au titre de la période de non-exécution. La plupart des auteurs actuels semblent voir les choses différemment. Tout en reconnaissant qu'il s'agit en l'occurrence de l'« exécution de l'obligation dont l'Etat a manqué de s'acquitter »[41], ils considèrent en général cette exécution comme une des formes ou un des contenus que peut revêtir la *restitutio in integrum*[42]. On notera toutefois que ces auteurs ne semblent guère prêter d'attention au problème de la cessation et se bornent à considérer l'omission comme un des types de fait illicite susceptibles d'engendrer l'obligation de réparation[43].

43. La question mérite à notre avis qu'on s'y attarde. En droit privé, la *restitutio in integrum* est généralement considérée comme une des formes de réparation des faits illicites dits extra-contractuels, et notamment de ceux consistant en la violation des obligations de ne pas faire, mises à la charge de toutes les personnes physiques et morales pour assurer la protection des droits absolus *(erga omnes)*. La violation des obligations de faire est généralement considérée comme relevant du droit des contrats et s'analyse en une rupture de contrat, situation qui appelle des remèdes spécifiques, tels que la résolution du contrat ou, lorsque faire se peut, son exécution intégrale. Pour les civilistes, le second remède présente l'avantage de prévenir la survenance du préjudice en permettant à la partie intéressée d'« obtenir par la voie judiciaire le respect de son droit primaire »[44], tandis que la résolution du contrat constitue une forme de réparation (du préjudice né de l'inexécution de l'obligation) qui vise, en abolissant la relation contractuelle, à rétablir entre les parties la situation antérieure à l'inexécution.

44. On pourrait peut-être transposer cette notion, *mutatis mutandis*, au droit international et opérer pareillement une distinction entre l'obligation d'abstention, c'est-à-dire l'obligation de ne pas faire, et les obligations de faire. L'Etat lésé par la violation d'une obligation de faire aurait ainsi une possibilité de choix. Il pourrait insister pour que l'obligation soit exécutée, c'est-à-dire demander que cesse l'inexécution, demande qui, sans préjudice de la réparation due, est normalement couverte par la règle primaire. Il pourrait aussi, si les circonstances le permettent, invoquer l'article 60 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités[45] pour « mettre fin au traité ou suspendre son application en totalité ou en partie ».

45. Le manque de clarté de la doctrine à laquelle souscrivent la majorité des auteurs se retrouve dans la pratique des Etats. Le Comité préparatoire institué par la SDN en vue de la Conférence de La Haye de 1930 pour la codification du droit international avait établi des bases de discussion, comportant un point XIV intitulé « Réparation des dommages », dans lequel la question de savoir si ce point devait former l'objet d'une disposition de l'arrangement à intervenir était suivie d'une autre question portant sur « les solutions qui devraient être données sur les points suivants : *a*) exécution de l'obligation ?... »[46]. La Belgique, la Bulgarie, le Japon, les Pays-Bas et la Tchécoslovaquie avaient répondu que l'exécution de l'obligation devrait faire partie de la réparation[47]. La réponse de la Pologne allait dans le même sens :

> S'il est encore possible de rétablir le *statu quo*, qui a été violé par l'Etat, ou de remplir l'obligation à laquelle l'Etat cherche à se soustraire, alors cet Etat (si toutefois cela présente encore quelque intérêt pour le particulier lésé) pourra être obligé, en principe, au rétablissement de l'ancien état de choses ou à l'exécution de son obligation[48].

L'article 27 (Forme et objet de la réparation) du projet de convention sur la responsabilité internationale des Etats pour dommages aux étrangers, établi en 1961 par la Harvard Law School, prévoit, au paragraphe 2, al. *c*, l'exécution de l'obligation qui n'a pas été remplie[49].

46. Dans l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Co.*, le Royaume-Uni avait saisi la CIJ d'une demande de restitution pleine et entière à l'Anglo-Iranian Oil Co. des droits découlant de son contrat de concession[50], formule qui pouvait traduire soit une demande de cessation du comportement illicite conjuguée à une demande de réparation (restitution en nature et indemnisation), soit, simplement, une demande d'exécution des obligations conventionnelles ou autres dont on alléguait la violation. Dans l'affaire *BP Exploration Company (Libya) Ltd.* c.

---

[41] Jiménez de Aréchaga, *loc. cit.* (*supra* n. 10), p. 565.

[42] Outre Jiménez de Aréchaga, voir K. Strupp, « Das Völkerrechtliche Delikt », *in* F. Stier-Somlo, éd., *Handbuch des Völkerrechts*, Stuttgart, Kohlhammer, 1920, vol. III, 1re partie, *a*, p. 209; J. Personnaz, *La réparation du préjudice en droit international public*, Paris, Sirey, 1939, p. 83; B. Alvarez de Eulate, « La *restitutio in integrum* en la práctica y en la jurisprudencia internacionales », *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, Madrid, vol. 4, 1973, p. 265; P. Weil, « Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier », *Recueil des cours..., 1969-III*, Leyde, Sijthoff, 1970, t. 128, p. 225; J. G. Wetter, « Diplomatic assistance to private investment », *The University of Chicago Law Review*, Chicago, vol. 29, 1962, p. 324 (ces deux derniers auteurs ne traitent toutefois que des violations d'obligations entre Etats et personnes étrangères de droit privé); W. Wengler, *Völkerrecht*, Berlin, Springer, vol. I, 1964, p. 510.

Une opinion différente, plus proche de la position adoptée ici par le Rapporteur spécial, est celle de Morelli, *op. cit.* (*supra* n. 10 *in fine*).

[43] En ce sens que « lorsqu'il s'agit d'une responsabilité de type contractuel dans le cas d'espèce considéré, les mêmes principes que pour tout autre type de responsabilité sont applicables, étant donné que le droit international n'établit pas, en matière de réparation, de distinction fondée sur l'origine de l'acte ou de l'omission illicite » (A. Gómez-Robledo V., « Aspectos de la reparación en derecho internacional », *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Mexico, vol. 9, 1976, p. 352). K. Zemanek semble faire, aux fins des conséquences de faits illicites, une distinction entre les traités-contrats et les autres traités, dans « Die völkerrechtliche Verantwortlichkeit und die Sanktionen des Völkerrechts », *in* H. Neuhold, W. Hummer et C. Schreuer, éd., *Österreichisches Handbuch des Völkerrechts*, Vienne, 1983, Manz, vol. I, p. 378.

[44] A. De Cupis, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, 3e éd., Milan, Giuffrè, 1979, vol. II, p. 312, 314 et 315 à 317.

[45] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, p. 331.

[46] SDN, doc. C.75.M.69.1929.V, p. 146.

[47] Les Pays-Bas ont précisé que l'exécution de l'obligation devrait faire partie de la réparation dans les cas où elle était encore possible et si elle avait encore une valeur quelconque pour le réclamant (*ibid.*, p. 149).

[48] *Ibid.*, p. 150.

[49] Harvard Law School, *Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens*, Cambridge (Mass.), 1961; trad. française dans le premier rapport de M. Ago, *Annuaire... 1969*, vol. II, p. 147 et suiv., doc. A/CN.4/217 et Add.1, annexe VII.

[50] Voir *C.I.J. Mémoires, Anglo-Iranian Oil Co.* (*Royaume-Uni* c. *Iran*), p. 124 et 125, et *C.I.J. Recueil 1952*, arrêt du 22 juillet 1952, p. 93.

Gouvernement libyen (1973, 1974), l'arbitre Gunnar Lagergren a soulevé les questions suivantes :

ii) Les deux remèdes de l'exécution et de la *restitutio in integrum* sont-ils ouverts au demandeur ? Peut-on déclarer en cette instance que le demandeur est propriétaire d'une part du pétrole brut produit dans le périmètre de la concession tant avant qu'après l'adoption de la loi de nationalisation et d'une part de toutes les installations et autres matériels liés à la concession.

La déclaration n° 4 du demandeur vise à faire reconnaître le droit qu'il a d'être rétabli dans la pleine jouissance de ses droits en vertu de la concession accordée à la BP. La déclaration n° 5 équivaut à une demande de jugement déclaratif touchant aux titres de propriété sur le pétrole et sur certains biens du demandeur.

On peut soutenir que le demandeur ne demande pas en fait une ordonnance de *restitutio in integrum*, mais simplement une déclaration définissant sa situation juridique en vertu de la concession accordée à la BP et à l'égard de certains biens et que la question de savoir s'il peut être admis au bénéfice d'une restitution en nature n'est par conséquent pas posée. Cette distinction, pour subtile qu'elle soit, peut être utile pour comprendre les décisions des tribunaux internationaux. Le tribunal estime toutefois qu'il n'y a pas lieu d'opérer une telle distinction. S'il s'avère que le demandeur peut légitimement prétendre à être rétabli dans la pleine jouissance de ses droits en vertu de la concession octroyée à la BP et qu'il est le propriétaire du pétrole et des biens visés, il peut également prétendre à une ordonnance d'exécution ou à un jugement déclaratif reconnaissant son droit à l'exécution [...][51].

Dans son argumentation, l'arbitre différencie l'exécution de la *restitutio in integrum*, mais sa conclusion ne semble pas conforme à cette distinction. Il termine néanmoins son examen de la pratique et de la doctrine en matière de restitution comme suit :

[...] ni la pratique, ni la doctrine ne semblent appuyer explicitement la thèse selon laquelle l'exécution et, moins encore, la *restitutio in integrum* constituent des remèdes de droit international public dont peut se prévaloir la partie victime d'une rupture illicite de contrat par une partie cocontractante. [...] L'étude de la jurisprudence montre, elle aussi, que la responsabilité du chef de l'inexécution d'un engagement contractuel se traduit par l'obligation pour la partie fautive de payer des dommages-intérêts. [...][52].

Dans l'affaire *Texaco et Calasiatic* c. *Gouvernement libyen* (1977), l'arbitre René-Jean Dupuy a abouti à une conclusion opposée. Après avoir examiné les mêmes exemples tirés de la pratique et de la doctrine, il a été « amené à statuer que la *restitutio in integrum* constitue, tant selon les principes de la loi libyenne que selon ceux du droit international, la sanction normale de l'inexécution d'obligations contractuelles »[53] et, sur cette base, il a invité le Gouvernement libyen « à exécuter en nature ses propres obligations »[54], confondant ainsi les deux notions de *restitutio* et d'exécution en bonne et due forme. Dans l'affaire *LIAMCO* c. *Gouvernement libyen* (1977), la même question a été évoquée incidemment, parce que le demandeur ne réclamait qu'une réparation pécuniaire. L'arbitre Sobhi Mahmassani a considéré que « conformément à ces principes généraux communs [c'est-à-dire le droit libyen, le droit international et les principes de droit], les obligations doivent être exécutées principalement en nature, si cette exécution est possible », et que « ce principe général est également commun au droit international dans lequel la *restitutio in integrum* est conditionnée par la possibilité d'exécution du contrat »[55].

[51] *International Law Reports*, Cambridge, 1979, vol. 53, p. 330.

[52] *Ibid.*, p. 347.

[53] *Journal de droit international* (Clunet), Paris, 104e année, 1977, p. 387, par. 109 de la sentence.

[54] *Ibid.*, p. 388, par. 112 de la sentence.

[55] *International Law Reports*, Cambridge, 1982, vol. 62, p. 198; trad. française (extraits) dans *Revue de l'arbitrage*, Paris, 1980, p. 167 et 168.

47. En conclusion, s'agissant des faits illicites par omission ou des violations d'obligations de faire, la doctrine et, en partie, la pratique ne semblent pas avoir établi clairement la distinction entre la cessation — remède destiné à faire cesser le comportement illicite et consistant en une demande d'exécution de l'obligation dont on a manqué de s'acquitter jusque-là — et la restitution en nature, qui est assurément une forme de réparation en soi. En dépit de ces incertitudes de la doctrine et de la pratique, le Rapporteur spécial est enclin à penser que la cessation s'applique dans les cas d'omission comme dans les cas d'action fautive, c'est-à-dire de violations d'obligations de faire et d'obligations de ne pas faire. Elle est applicable, *mutatis mutandis*, aussi bien isolément que combinée à une ou plusieurs formes de réparation, et notamment à la restitution en nature.

4. Différences entre la cessation et la restitution en nature

48. Pour bien comprendre en quoi la cessation et la restitution en nature constituent des remèdes différents des violations du droit international, il faudrait considérer quelques cas où ces deux modes de réparation sont applicables. Il s'agit notamment de la libération de personnes, de la restitution d'objets ou de locaux ou de l'évacuation d'un territoire. La plupart des auteurs rangent ces mesures parmi les réparations sous forme de restitution en nature[56]. Toutefois, au cours des dernières années, un certain nombre de juristes, dont le précédent Rapporteur spécial, ont recommandé de ne pas accorder à ces actes le caractère réparatoire de la restitution en nature[57] et d'y voir plutôt des cas de cessation d'un comportement illicite. Certes, les situations pour lesquelles de telles actions ont été requises et finalement menées à bien font partie de la catégorie des faits illicites de caractère continu et qui durent encore au moment où l'Etat lésé réclame un ou plusieurs modes de réparation. Il s'ensuit que les actions en question semblent correspondre à un problème de cessation. Cela n'exclut pas toutefois le fait que la même action peut constituer simultanément une forme de réparation, en particulier de restitution en nature.

49. A la vérité, il semble qu'il existe, dans de nombreux cas, une combinaison de remèdes, en particulier de cessation et de restitution en nature, cette dernière étant

[56] Voir notamment Anzilotti, *Cours de droit...*, op. cit. (*supra* n. 17), p. 525 et 526; Alvarez de Eulate, *loc. cit.* (*supra* n. 42), p. 272 et suiv.; Graefrath, *loc. cit.* (*supra* n. 22), p. 77; Zemanek, *loc. cit.* (*supra* n. 43).

[57] M. Riphagen faisait observer dans son deuxième rapport :

« qu'en fait dans les nombreux cas où l'Etat auteur a procédé à la libération de personnes, à la restitution de navires, de documents ou de sommes d'argent, etc., à l'instigation (protestation, etc.) de l'Etat lésé, ou dans ceux où de telles mesures ont été ordonnées par un organe judiciaire international, il s'agissait de mettre fin à la violation, et non pas de réparation ou de *restitutio in integrum, stricto sensu* ». (*Annuaire... 1981*, vol. II [1re partie], p. 91, doc. A/CN.4/344, par. 76.)

Dominicé exprime un point de vue semblable, *loc. cit.* (*supra* n. 22), p. 15 à 31, et notamment p. 27 :

« Il est bien évident que si l'on parle, dans des circonstances de ce genre, d'obligations de réparer (au sens large), de *restitutio in integrum*, il ne s'agit pas en réalité d'une réparation. Ce qui est requis, c'est le retour à l'attitude exigée par le droit, la cessation du comportement illicite. L'Etat victime ne fait pas valoir un droit nouveau, créé par le fait illicite. Il demande le respect de ses droits, tels qu'ils étaient avant le fait illicite, et tels qu'ils demeurent. »

associée, si nécessaire, avec d'autres modes de réparation[58]. Cela amène à se demander si la cessation n'a aucun rôle propre dans la demande de l'Etat lésé ou s'il s'agit simplement d'une question de restitution ou d'un autre mode de réparation. Pour répondre à cette question, il faut sans doute chercher à bien comprendre la restitution en nature. Ce mode de réparation ne consiste pas seulement à rendre ou à rétrocéder, par exemple, un objet illégalement détenu. Il s'agit en fait de rétablir un objet dans l'état où il se trouvait avant la violation, sinon dans l'état où il aurait été si la violation n'avait pas été commise. Dans l'hypothèse envisagée ici, cela implique au moins la restitution matérielle de l'objet dans l'état où il se trouvait avant l'acte par lequel le « propriétaire » légitime a été dépossédé de cet objet[59]. Cependant une telle mesure, qui est manifestement de réparation, comprend aussi la cessation du comportement illicite, la cessation consistant exclusivement, en soi, à restituer cet objet[60].

50. La cessation en soi — en tant que mode distinct de réparation d'une violation persistante — apparaît en fait avec plus d'évidence dans le cas de la détention illicite de ressortissants de l'Etat lésé. De plus, en pareils cas, la libération des personnes en cause est le plus souvent présentée, dans la pratique des Etats et dans la jurisprudence internationale, comme une question de *restitutio in integrum*. La cessation semble, en outre, faire partie de l'action de réparation[61]. L'existence concomitante de la cessation en tant que mode distinct de réparation est néanmoins plus évidente. Etant donné que les entités détenues sont des êtres humains et que le traitement illicite dont ils font l'objet porte atteinte à leur intégrité physique et psychique ainsi qu'à leur liberté et à leur dignité personnelles (sans parler de leurs simples activités économiques et productives), leur libération devient, moralement et juridiquement, une question pressante de cessation de la violation. Cette exigence prend, dans un sens, le pas sur la restitution, la compensation ou toute autre forme de réparation, sans pour autant exclure celles-ci. La primauté de l'exigence de la cessation ressort aussi de la constatation que les torts causés aux personnes ont moins de chances (que les dégâts causés aux objets matériels) de faire l'objet d'une réparation adéquate sous la forme d'une *restitutio in integrum* ou d'autres formes de réparation.

51. La prédominance de l'exigence de cessation par rapport à la restitution en nature (et à d'autres modes de réparation), lorsque des êtres humains sont illégalement appréhendés, détenus ou emprisonnés, apparaît clairement dans l'affaire relative au *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*. Après avoir déclaré que le comportement de l'Iran constituait un acte illicite qui s'étendait dans le temps et qui continuait de se

---

[58] Il y a lieu de noter, à cet égard, la requête présentée par la Grèce dans l'affaire des *Forêts du Rhodope central*. Ces forêts ayant été annexées par la Bulgarie, la Grèce réclamait le droit de propriété et d'usage qu'elle détenait avant cette annexation, dont elle jugeait le caractère aussi illicite que la prise de possession même des forêts. Cependant, la requête de la Grèce était formulée non pas comme un retour à la situation légale initiale, mais en tant que *restitutio in integrum*, c'est-à-dire comme une réparation. Selon les termes de la Grèce, « cette réparation doit comporter, quant aux biens dont les réclamants ont été dépossédés, leur restitution et, à défaut, le paiement à titre d'indemnité de leur valeur actuelle ». (Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III [numéro de vente : 1949. V. 2], p. 1407.)

[59] On peut peut-être accorder la même importance — même si c'est dans le cadre particulier des accords passés après la seconde guerre mondiale — au différend *Société nationale des chemins de fer français*, que la Commission de conciliation franco-italienne a réglé, par ses décisions des 5 et 10 mars 1955 (voir Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIII [numéro de vente : 64.V.3], p. 553 et suiv., notamment p. 563). Avant même l'entrée en vigueur du Traité de paix du 10 février 1947 entre les puissances alliées et associées et l'Italie (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 49, p. 3), l'Italie avait déjà restitué à la France une quantité importante de matériel ferroviaire qui appartenait à la SNCF. Or, une partie considérable de ce matériel avait été endommagée à cause de la guerre et faute d'entretien; la Commission de conciliation avait imposé à l'Italie le coût des réparations de ce matériel sous forme d'octroi à la France d'un crédit sur l'industrie italienne. Fait intéressant — même s'il ne s'agissait que d'un cas d'interprétation d'une règle conventionnelle envisageant la *restitutio in integrum* —, la Commission de conciliation, lorsqu'elle avait interprété l'obligation de restitution découlant de l'article 75, par. 3, du Traité (« Le Gouvernement italien restituera les biens visés dans le présent article en bon état de marche et à cet égard prendra à sa charge tous les coûts de main-d'œuvre, de matériaux et de transport engagés à cet effet en Italie »), avait considéré que l'obligation de restituer le matériel en bon état était un aspect de la *restitutio in integrum*, ce qui est conforme à l'idée d'une réparation, comme il a été indiqué plus haut, dans le texte, à savoir une obligation de rétablir le *statu quo ante* de la façon la plus parfaite possible.

Cette notion est exprimée encore plus clairement dans l'arrêt de la CPJI du 15 décembre 1933 relative à l'*Appel contre une sentence du tribunal arbitral mixte hungaro-tchécoslovaque (Université Peter Pázmány)*, par lequel la Cour avait ordonné la restitution, à l'université Peter Pázmány de Budapest, de ses biens confisqués par le Gouvernement tchécoslovaque (*C.P.J.I. série A/B n° 61*, p. 249) [voir *infra* par. 81]. La plénitude de la *restitutio in integrum* dans les relations internationales a été mise en évidence par B. A. Wortley, *Expropriation in Public International Law*, Cambridge University Press, 1959, p. 72 à 92 et notamment p. 77.

Il convient, toutefois, de rappeler que les restitutions effectuées à la suite d'un état de guerre ne sont pas toujours considérées comme des précédents valides pour démontrer le rôle de la *restitutio in integrum* dans le droit international. Voir p. ex. H. W. Baade, « Indonesian nationalization measures before foreign courts: A reply », *The American Journal of International Law*, Washington (D.C.), vol. 54, 1960, p. 801 et suiv. Cet auteur fait observer que

> « Si les traités de paix, tout particulièrement depuis la seconde guerre mondiale, prévoient de plus en plus souvent la restitution de biens identifiables de ressortissants des puissances victorieuses qui avaient été affectés par des mesures de guerre spéciales, cette restitution n'est pas tant une forme de réparation qu'une forme de traitement préférentiel des demandes de réparation des particuliers. » (P. 822, note 134.)

En revanche, Wortley note que

> « [...] les principes régissant la restitution au lendemain d'une guerre sont souvent applicables aux demandes faisant état de la perte de biens causée par une législation de temps de paix en matière d'expropriation. Ces principes montrent que l'acte d'une entité souveraine, même vis-à-vis des biens placés sous son contrôle et même subordonnés à la *lex situs* imposée par cette entité souveraine, n'est pas définitif et concluant pour ce qui est des demandes de restitution faites conformément au droit international. » (*Op. cit.*, p. 80.)

[60] Graefrath propose, semble-t-il, de comprendre de la même façon la relation souvent perceptible qui existe entre les rôles de la cessation et de la *restitutio in integrum*, lorsqu'il fait observer que

> « la demande de restitution pendant une violation prolongée du droit international coïncide dans une large mesure avec la demande tendant à faire cesser la violation. C'est pourquoi la cessation de la violation peut très souvent être déjà considérée comme faisant partie de la restitution. » (*Loc. cit.* [*supra* n. 22], p. 84.)

[61] Voir notamment les affaires du « *Trent* » (1861) et du « *Florida* » (1864), dans J. B. Moore, *A Digest of International Law*, Washington (D.C.), 1906, vol. VII, p. 768 et suiv. et p. 1090 et 1091. Dans ces affaires, la libération des personnes semble être considérée par les deux parties comme une forme nécessaire et essentielle de réparation du fait illicite et particulièrement comme le rétablissement du *statu quo ante*. Voir aussi l'affaire *Jacob* (1935) [*Répertoire suisse de droit international public*, Bâle, vol. II, p. 1016, et vol. III, p. 1775], dans laquelle Dominicé voit aussi un cas de réparation à caractère de restitution et non pas simplement de cessation du comportement illicite (*loc. cit.* [*supra* n. 22], p. 22, note 44).

produire au moment où la requête avait été présentée[62], la CIJ a décidé que le gouvernement de cet Etat

doit prendre immédiatement toutes mesures pour remédier à la situation qui résulte des événements du 4 novembre 1979 et de leurs suites, et à cette fin :

a) doit faire cesser immédiatement la détention illicite du chargé d'affaires, d'autres membres du personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis et d'autres ressortissants des Etats-Unis détenus en otages en Iran, et doit assurer la libération immédiate de toutes ces personnes sans exception et les remettre à la puissance protectrice (article 45 de la Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques);

b) doit assurer à toutes les personnes en question les moyens, notamment les moyens de transport, qui leur sont nécessaires pour pouvoir quitter le territoire iranien;

c) doit remettre immédiatement à la puissance protectrice les locaux, biens, archives et documents de l'ambassade des Etats-Unis à Téhéran et de leurs consulats en Iran[63].

Non seulement cette décision ne fait aucune référence, en termes techniques, à la réparation ou la restitution par voie de réparation, mais le langage du dispositif — et tout particulièrement du point *a*, qui a trait à la libération des otages — ne cherche pas tant (à supposer que ce soit le cas) la réparation (sous forme de restitution ou sous d'autres formes encore) que la cessation de la détention des otages qui était de loin l'objectif essentiel et le plus urgent de la requête présentée, ainsi que de la décision de la Cour[64]. Cela confirme que, dans les cas où des personnes sont illégalement détenues ou retenues, même s'il peut être question d'une restitution en nature et même si les aspects propres de la restitution en nature et de la cessation sont inextricablement liés dans la requête de l'Etat lésé et dans les mesures de réparation prises par l'Etat auteur —, la libération des personnes semble répondre, dans le cadre d'une définition suffisamment large des conséquences des faits illicites, à la nécessité prioritaire de mettre fin à la situation illicite plutôt qu'au souci d'obtenir une restitution en nature, à titre de réparation.

52. Même si l'imprécision de la doctrine et de la pratique vient de ce que les notions de cessation ou de restitution ne sont pas clairement comprises, il n'en reste pas moins que les deux modes de réparation diffèrent tant par leur nature que par leur rôle. Ils peuvent être distingués tant du point de vue de leur source (règle primaire ou secondaire) que de leur objet (accomplissement de l'obligation initiale ou réparation par rétablissement du *statu quo ante* ou de la situation qui existerait si le fait illicite ne s'était pas produit), et cette distinction semble valide tant pour les faits illicites actifs que pour les faits illicites passifs. Une analyse juridique adéquate montre donc qu'il n'est pas fondé d'intégrer la cessation d'un comportement illicite dans la notion plus générale d'une réparation ayant le caractère de restitution, ni, *vice versa*, d'intégrer la restitution dans la catégorie de la cessation. On peut au contraire constater dans la réalité que les deux modes de réparation sont soit concrètement distincts, soit intimement associés, tout en ayant leur caractère propre[65].

5. Place de la cessation dans le projet d'articles

53. Les considérations qui précèdent tendent à montrer que la cessation d'un fait internationalement illicite (qu'il s'agisse d'un délit ou d'un crime) devrait faire l'objet d'une disposition expresse du projet d'articles sur la responsabilité des Etats. Cela irait dans le sens de la décision prise par le précédent Rapporteur spécial de mentionner la cessation à l'alinéa *a* du paragraphe 1 du projet d'article 6, décision approuvée implicitement par la Commission.

54. Il semble, en revanche, qu'une différenciation plus nette devrait être faite, dans le projet d'articles, entre la cessation et les dispositions relatives à d'autres aspects des conséquences des violations du droit international. Une claire distinction, qui, de l'avis du Rapporteur spécial, fait défaut dans la formulation de l'alinéa *a* du paragraphe 1 du projet d'article 6, s'impose en raison du caractère spécifique de la cessation, dont on a vu (*supra* par. 31) qu'il s'agissait non pas d'une forme de réparation, mais d'une obligation découlant de la conjonction d'un comportement illicite en cours et de l'action normative de la règle primaire à laquelle contrevient le comportement illicite. A la différence des divers modes de réparation — à commencer par la restitution en nature —, l'obligation de faire cesser le comportement illicite ne relève pas de la responsabilité internationale découlant de la règle dite « secondaire » (v. *supra* par. 39 à 41). L'Etat ayant un comportement illicite est tenu d'y mettre fin en vertu de la même règle lui imposant l'obligation initiale à laquelle contrevient le fait illicite. Cette observation élémentaire découle de la constatation tout aussi élémentaire que la règle à laquelle contrevient le fait illicite n'est pas annulée ni affaiblie par la violation elle-même. Il va sans dire — et on aurait tort de nier — que la violation a des répercus-

[62] « [...] par le comportement mis en évidence par la Cour dans le présent arrêt, la République islamique d'Iran a violé à plusieurs égards, et continue de violer des obligations auxquelles elle est tenue envers les Etats-Unis d'Amérique, en vertu de conventions internationales en vigueur entre les deux pays ainsi que de règles du droit international général consacrées par une longue pratique. » (*C.I.J. Recueil 1980*, p. 44, par. 95.)

[63] *Ibid.*, p. 44 et 45.

[64] Le Rapporteur spécial parle de l'objectif principal et non pas unique de la Cour parce que la décision comporte manifestement une intention de réparation, c'est-à-dire de restitution, comme l'indiquent les premières lignes du dispositif. Le membre de phrase « prendre immédiatement toute mesure pour remédier à la situation qui résulte » dénote en fait l'intention non seulement d'agir sur le comportement illicite persistant, mais aussi de remédier à la situation causée par ce comportement. Ce dernier objectif, qui a proprement un caractère de réparation, est de nouveau énoncé, en termes plus concrets et mettant davantage l'accent sur la restitution, au point *c* du dispositif, dans lequel l'obligation de l'Iran de « remettre immédiatement à la puissance protectrice » les biens meubles et immeubles doit être évidemment interprétée comme incluant l'obligation plus spécifique de restituer ces biens dans l'état où ils étaient avant la violation, c'est-à-dire une obligation venant s'ajouter à la cessation de la possession illicite de ces biens.

[65] Voir notamment l'affaire de la *Fonderie de Trail (Trail Smelter)* dans laquelle le tribunal arbitral a jugé que le Canada était responsable en droit international et a décidé que

« la fonderie de Trail devait être requise de s'abstenir de causer quelque dommage que ce soit par des émissions de fumées dans l'Etat de Washington; les dégâts évoqués ici et leur importance étant de nature à faire l'objet d'une demande en réparation devant les tribunaux des Etats-Unis dans le cadre de procès entre personnes privées. L'indemnisation correspondant à ces dommages devra être fixée d'une façon dont les gouvernements puissent en convenir, conformément à l'article IX de la Convention. » (Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III, p. 1966.)

L'obligation du Canada est formulée ici dans des termes distinguant clairement la cessation de toute forme de réparation (et tout particulièrement d'une restitution en nature). La décision vise à prévenir la cause même des dommages à l'origine de la question de réparation. Pour se conformer à la décision, le Canada devra adopter de nouveau un comportement licite, c'est-à-dire un comportement conforme à son obligation initiale vis-à-vis des Etats-Unis.

sions sur la relation juridique dont l'obligation violée représente en quelque sorte un « aspect ». En réalité, il est possible que les parties aient décidé à l'avance que toute violation de cette obligation entraînerait de façon plus ou moins automatique la cessation de leur relation juridique ou de la règle sur laquelle celle-ci repose. L'autre possibilité largement reconnue est que l'Etat lésé ait droit, dans certaines circonstances et à certaines conditions (sur lesquelles il n'y a pas lieu de s'arrêter pour l'instant), de mettre fin à la relation juridique initiale. Il n'en reste pas moins qu'en principe et presque toujours en pratique la relation juridique initiale et l'obligation de l'Etat auteur qui en découle survivent à la violation[66].

55. En raison de la nature de la cessation, il est particulièrement souhaitable de prévoir une disposition distincte, vu que les conséquences des faits illicites peuvent être aussi formulées du point de vue soit des droits de l'Etat lésé, soit des obligations de l'Etat auteur. Pour ce qui est des différents modes de réparation, il est justifié, comme on le verra, de donner la préférence à une formulation reposant sur les droits de l'Etat lésé — préférence qui a été exprimée par la Commission et énoncée par le précédent Rapporteur spécial dans son troisième rapport[67], car c'est par une décision de l'Etat lésé qu'un mécanisme juridique secondaire est mis en branle. Si l'Etat lésé ne présente pas de demande de réparation, la relation juridique secondaire ne peut pas apparaître. Il ne semble pas en aller de même en ce qui concerne la cessation pour laquelle, même si une initiative de l'Etat lésé est à la fois juridiquement fondée et normale, l'obligation de faire cesser le comportement illicite doit être considérée non seulement comme présente, mais aussi comme effective, sur la seule base de la règle primaire, indépendamment de toute représentation ou demande de l'Etat lésé. Il n'y a pas à amorcer ici de relation juridique accessoire ou secondaire (ou nouvelle), l'élément de l'acte illicite qui constitue un fait accompli devant manifestement faire l'objet de mesures à titre de réparation. Toute disposition relative à la cessation doit être formulée de manière à mettre en évidence que l'Etat auteur continue d'être inconditionnellement soumis à l'obligation primaire, sans qu'il soit nécessaire pour l'Etat lésé d'en exiger le respect. En d'autres termes, la disposition relative à la cessation du fait illicite doit être formulée en termes précis, faisant ressortir que l'obligation de l'Etat responsable n'existe pas seulement dans le cas d'un fait illicite qui continue de se produire au moment où la demande (de cessation et de réparation) de l'Etat lésé est présentée, mais plutôt — et en premier lieu — pour tout fait illicite qui se poursuit, et ce indépendamment de la mise en route du processus de réparation dans lequel la cessation semble être fréquemment, pour ainsi dire, absorbée.

56. Outre la raison d'être spécifique de la cessation et le caractère particulier des termes qui doivent être employés dans une disposition relative à la cessation, il est également justifié de prévoir une règle *ad hoc* (distincte de toute règle se rapportant à tout mode de réparation) pour l'arrêt du fait illicite, en raison du caractère relativement limité du champ d'application de la réparation en question dont il n'est pas tenu expressément compte à l'alinéa *a* du paragraphe 1 du projet d'article 6. Comme on l'a vu (*supra* par. 33), l'obligation de faire cesser le comportement illicite n'est concevable que pour les faits illicites s'étendant dans le temps, parce que ceux-ci ne cessent pas au moment même où débute la violation ou tout de suite après[68]. Une disposition relative à la cessation devrait donc préciser clairement, si évident que cela paraisse, que l'obligation visée ne se rapporte qu'aux Etats dont le comportement constitue précisément un fait illicite de caractère persistant. Ce serait une source de confusion que de traiter de la cessation dans une disposition générale, qui porterait également — comme c'est le cas de l'actuel projet d'article 6 — sur les conséquences d'un fait illicite autre que la cessation (en particulier de conséquences aussi différentes et variées que les diverses formes de réparation)[69].

57. Il y a également lieu de différencier la cessation de la réparation pour éviter de soumettre la cessation aux limites ou exceptions applicables aux divers modes de réparation, et notamment à la restitution *in integrum* (v. *infra* sect. C). Aucune des difficultés susceptibles d'entraver ou d'empêcher la restitution en nature ne saurait affecter l'obligation de faire cesser le comportement illicite. Cela découle inéluctablement du fait que les difficultés ou les obstacles susceptibles d'affecter en tout ou en partie la restitution (ou tout autre mode de réparation) ont trait aux mesures de réparation qui ne peuvent que faire suite au fait illicite accompli, c'est-à-dire à la violation effective de la règle primaire. La cessation n'est pas soumise, et ne doit pas l'être, à la primauté de tels aléas, dans la mesure où elle vise précisément à empêcher un comportement illicite futur, c'est-à-dire un comportement qui étendrait le fait illicite dans le temps et dans l'espace. L'obligation de faire cesser le comportement illicite doit rester illimitée, à moins que la règle primaire elle-même ne soit modifiée ou ne cesse d'exister et que le comportement illicite ne doive être toléré à un certain moment en raison de circonstances imprévues qui excluent l'illicéité. Toute limitation d'une obligation aussi fondamentale remettrait en cause le caractère contraignant des règles primaires elles-mêmes et porterait atteinte à la validité, à la stabilité et à l'efficacité des relations juridiques internationales.

58. Pour élaborer une disposition relative à la cessation, il faut aussi garder présente à l'esprit la distinction entre faits illicites actifs et passifs. Toute disposition relative à la cessation doit englober les deux types de faits illicites. Pour ce qui est des premiers, la cessation correspondra à l'obligation (négative) de « cesser de faire » ou « de ne plus faire ». L'Etat auteur devra s'abstenir de tout comportement qui ne serait pas conforme à l'obligation négative découlant de la règle primaire. Dans le cas des faits illicites passifs, la cessation doit viser l'obligation non encore accomplie de l'Etat auteur de « faire » ou de « faire d'une certaine façon ». L'Etat auteur devra « faire » ou « faire d'une façon donnée ». Il se conformera dans ses actes ou son comportement à la règle primaire et

[66] M. Tomuschat a exprimé un point de vue analogue à la trente-septième session de la Commission, voir *Annuaire... 1985*, vol. I, p. 121, 1896e séance, par. 35.

[67] *Annuaire... 1982*, vol. II (1re partie), p. 25, doc. A/CN.4/354 et Add.1 et 2.

[68] Ce phénomène est particulièrement manifeste dans l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*.

[69] Le représentant de la Thaïlande, M. Sucharitkul, a exprimé une opinion analogue à la Sixième Commission de l'Assemblée générale, en 1981 (*Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-sixième session, Sixième Commission*, 40e séance, par. 33).

à la relation initiale avec l'Etat lésé. Il s'agira en d'autres termes pour cet Etat de commencer ou de recommencer à s'acquitter de son obligation initiale (c'est-à-dire de mettre fin au non-respect de ladite obligation) [v. *supra* par. 42 à 47].

59. On peut évidemment soutenir que si, du fait même de la cessation de l'illicite, l'Etat auteur se conforme à la règle primaire pertinente, il est inutile d'inclure une règle énonçant une obligation de cessation dans le projet d'articles sur la responsabilité des Etats. Le maintien et le rôle normatif de la règle primaire devraient suffire. Or, comme la cessation est apparue (quoique sous une forme partiellement obscure ou en association avec des formes de restitution en nature) à l'alinéa *a* du paragraphe 1 du projet d'article 6, qui a déjà été envoyé au Comité de rédaction, le Rapporteur spécial estime indispensable de continuer à étudier la question de la cessation. Certaines considérations semblent en fait jouer en faveur de l'inclusion, dans le projet d'articles, d'une disposition sur la cessation sous une forme appropriée et convenue.

60. En premier lieu, un remède tel que la cessation présente plus d'intérêt pratique dans les relations juridiques internationales que dans les systèmes juridiques nationaux bien mieux « équipés ». Il ne faudrait pas négliger notamment :

a) L'importance que revêt une règle sur la cessation de faits illicites ayant un caractère continu, parce que le système juridique international ne comporte pas de mécanisme institutionnel d'application générale qui soit comparable au système de droit pénal et de procédure pénale ni aux procédures civiles, par lesquelles une partie lésée dans un pays donné peut obtenir l'adoption et l'exécution de mesures tendant à protéger des droits dont la violation peut être en cours.

b) L'importance pratique d'une obligation spécifique de faire cesser un fait illicite actif ou passif (et celle de la demande spécifique de cessation présentée par l'Etat ou les Etats lésés) dans le cas de délits d'une gravité particulière, ainsi que dans tous les cas de crime international. Pour s'en tenir à une affaire déjà jugée, celle du *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran* (v. *supra* par. 51) semble pertinente à cet égard.

c) Le fait qu'il n'a pas été donné suite à une demande de cessation ni à une injonction dans ce sens, émanant d'un organe international compétent, tendrait à justifier le recours à des mesures immédiates — personnelles ou institutionnelles — contre l'Etat auteur.

61. De plus, dans la mesure où l'utilité pratique d'une règle relative à la cessation peut être reconnue, il ne faut pas exclure du projet d'articles une règle de cette nature, en partant de la théorie qu'une obligation de cessation n'est pas à sa place parmi les conséquences juridiques d'un fait illicite *stricto sensu* et ne relève pas de la sphère normative de la règle ou des règles secondaires régissant la responsabilité. La distinction même entre règles primaires et règles secondaires, ou toute autre distinction entre les éléments d'un système juridique, n'a, après tout, qu'une valeur relative. Il s'ensuit qu'une règle relative à la cessation pourrait être considérée comme une disposition située à mi-chemin, pour ainsi dire, entre les règles primaires et les règles secondaires. S'agissant des premières, une telle règle contribuerait à concrétiser l'obligation primaire dont la violation par l'Etat auteur est en cours. S'agissant des autres, la règle contribuerait à affecter — sans prévoir directement de réparation — la qualité et la quantité de la réparation proprement dite, ainsi que les modalités et conditions des mesures auxquelles l'Etat lésé ou les Etats lésés (ou une institution internationale) peuvent recourir afin d'obtenir une réparation ou d'infliger une sanction. D'un point de vue comme de l'autre, une règle spécifique relative à la cessation pourrait contribuer à préserver durablement la vitalité et l'efficacité de la règle primaire violée qui pourrait être affectée à terme par la persistance de la violation.

62. Le Rapporteur spécial espère, pour conclure, que la Commission fera faire connaître son point de vue sur la formulation provisoire d'un nouvel article relatif à la cessation et sur sa place dans le projet. Il reste, en fait, à déterminer s'il convient ou non qu'un article de cette nature figure parmi les articles traitant des différents modes de réparation.

63. Le chapitre III du présent rapport présente, à titre préliminaire, un projet d'article sur la cessation (ainsi qu'un projet d'article consacré à la restitution *in integrum*).

C. — La restitution en nature

1. La notion de restitution dans la doctrine et la pratique

64. Si l'on s'accorde généralement à voir dans la restitution en nature une des formes spécifiques de la réparation *lato sensu*[70], l'accord n'est pas aussi unanime sur la notion de réparation proprement dite. Deux principales tendances se manifestent chez les auteurs. D'après la plus courante — dénommée ci-après « définition A » —, la restitution en nature consisterait à rétablir le *statu quo ante*, c'est-à-dire la situation qui existait avant la survenance de l'acte illicite, de manière à rétablir le rapport entre les parties dans son état originaire. L'autre tendance — dite « définition B » — voit dans la restitution en nature (pour reprendre l'expression de la CPJI dans la célèbre affaire de l'*Usine de Chorzów*) un moyen d'établir ou de rétablir la situation qui existerait ou qui aurait existé si l'acte illicite n'avait pas été commis (v. *infra* par. 66 *in fine*).

65. Les tenants de la définition A sont, entre autres : Visscher, qui définit la *restitutio in integrum* comme la « réparation directe » qui intervient « quand l'Etat responsable accepte de rétablir dans son intégrité première l'état de choses qui existait avant l'infraction »[71]; Bissonnette, qui décrit la *restitutio in integrum* comme la création d'un « nouvel acte tendant à rétablir le *statu quo*

[70] Il est cependant utile de rappeler (au vu du début sur la teneur du projet d'article 7 qui a été renvoyé au Comité de rédaction) l'observation de Mann :

« La réparation en nature [...] est *largement inconnue** du droit commun qui, en principe et assez paradoxalement, adhère à la règle *omnis condemnatio est pecuniaria* du droit romain à laquelle il donne l'appellation de *restitutio in integrum* (ce qu'elle n'est pas). » (*Loc. cit.* [*supra* n. 10], p. 2 et 3.)

Mann ajoute qu' « En droit interne anglais, l'expression *restitutio in integrum* sert à indiquer l'étendue des dommages-intérêts auxquels la victime a droit [...] [et que] c'est dans ce sens que sir Hersch Lauterpacht a employé l'expression dans *Private Law Sources and Analogies*, 1929, p. 147. » (*Ibid.*, p. 3, note 1.)

[71] Ch. de Visscher, « La responsabilité des Etats », *Bibliotheca Visseriana*, Leyde, 1924, vol. II, p. 118.

ante[72] »; Verdross, qui parle de principe de « réparation intégrale », c'est-à-dire de réparation de nature à rétablir la situation juridique, voire de fait, dans son état antérieur à la violation[73]; Zemanek, selon qui, « par *restitutio in integrum, stricto sensu*, on entend le rétablissement de l'état qui existait avant que la violation n'ait été commise »[74]; Nagy, pour qui la *restitutio in integrum* est « l'obligation de rétablir la situation originaire »[75]; Eustathiadès, qui y voit « le rétablissement de la situation existant avant la perpétration de l'acte illicite »[76]; et Giuliano, qui parle de « ristabilimento dello *statu quo ante* » (rétablissement du *statu quo ante*)[77]. Au nombre des auteurs favorables à la définition B, on cite Anzilotti, d'après qui la *restitutio* « consiste dans le rétablissement de l'état de fait qui existerait si l'acte illicite n'avait pas été commis »[78]; Strupp[79]; Reitzer, pour qui « le damnifié doit être rétabli dans la même situation où il se trouverait si le dommage ne s'était pas produit »[80]; Morelli[81]; Jiménez de Aréchaga, selon qui « la restitution en nature est destinée à rétablir la situation qui aurait existé si l'acte ou l'omission illicite n'était pas intervenu »[82]; et Graefrath, qui affirme également que la *restitutio in integrum* « vise à rétablir la situation qui aurait existé en l'absence de l'infraction »[83].

66. Du point de vue de la pratique, la notion de *restitutio in integrum* interprétée comme rétablissement du *statu quo ante*, c'est-à-dire la définition A, apparaît en particulier dans les cas où le rétablissement de la situation originaire exige l'annulation d'une situation juridique. Un exemple en est le jugement rendu le 9 mars 1917 par la Cour de justice centraméricaine, au sujet du différend opposant El Salvador et le Nicaragua à propos de la légalité du *Traité Bryan-Chamorro* conclu en 1914 entre les Etats-Unis et le Nicaragua, du point de vue des droits d'El Salvador[84]. La Cour avait alors statué que :

> [...] le Gouvernement du Nicaragua est tenu de rétablir et de maintenir la situation juridique qui existait antérieurement au Traité Bryan-Chamorro entre les parties au litige [...][85].

La définition A est également implicite dans la décision de la Commission de conciliation franco-italienne, du 19 octobre 1953, relative au différend *Dame Mélanie Lachenal*, par laquelle elle avait considéré que, conformément aux dispositions du Traité de paix de 1947[86], le Gouvernement italien « [était] tenu de restituer lesdits biens, après les avoir rétablis dans l'état où ils se trouvaient au 10 juin 1940 »[87]. Il semblerait, par contre, que la notion de *restitutio in integrum* au sens de la définition B ait inspiré la CPJI dans son arrêt du 13 septembre 1928, relatif à l'affaire de l'*Usine de Chorzów*, où il est dit que

> [...] la réparation doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis. [...][88].

67. Les deux notions recouvrent cependant des domaines différents. Tout d'abord, il est évident que la première définition se réfère, aux fins de la *restitutio*, à une situation matérielle et/ou juridique qui a réellement existé dans le passé et qui, en outre, a été modifiée, accessoirement ou essentiellement, par suite d'une infraction. La seconde définition renvoie plutôt à une situation juridique/matérielle théorique qui n'a existé à aucun moment dans la réalité, mais qui aurait vraisemblablement pu exister si le fait illicite n'avait pas influé sur le cours des événements. Il semble donc que les deux définitions divergent essentiellement dans le lien qu'elles supposent entre la *restitutio in pristinum* au sens strict, d'une part, et la compensation pécuniaire (pour une perte résiduelle non réparée par la *restitutio*), d'autre part. La définition A envisage la réparation en nature en soi et au sens strict, en écartant la compensation susceptible de revenir à la partie lésée en réparation de la perte subie pendant la période qui s'est écoulée entre le moment où le fait illicite a été commis et le moment où la mesure corrective aurait été prise. Par contre, la définition B, en assignant à la restitution en nature une fonction corrective plus étendue et plus complète, semble englober dans cette notion, non seulement le rétablissement du *statu quo ante (restitutio in pristinum)*, mais également le dédommagement par intégration. Autrement dit, la définition A distingue la fonction purement restitutive de la fonction indemnisatrice de la réparation, tandis que la définition B présente, pour ainsi dire, une notion « intégrée » de la réparation en nature, opérant la fusion entre l'élément réparation et l'élément compensation.

68. Il importe de rappeler, tant en ce qui concerne la doctrine de la restitution en nature que pour ce qui est de la distinction qui est opérée entre la *restitutio in integrum*, d'une part, et la cessation du fait illicite, de l'autre, le lien qui existe entre le droit à restitution en nature et l'obligation originaire, primaire, à la charge de l'Etat responsable et le droit originel correspondant de l'Etat lésé. D'après l'opinion la plus largement répandue — et la mieux connue —, la restitution en nature fait naître entre les parties une règle et un lien juridiques secondaires, en quelque sorte nouveaux, comme conséquence de la violation de la règle ou de l'obligation originaire, dite primaire. Pour reprendre les mots de Reuter, par exemple,

> [...] Sans doute la mise en cause de la responsabilité fait bien naître une obligation nouvelle, celle de réparer, mais celle-ci consiste principalement à remettre les choses en état, *restitutio in integrum*, c'est-à-dire à assurer l'exécution la plus parfaite possible à l'obligation originaire[89].

De même, après avoir rappelé que la *restitutio in integrum* vise à rétablir la situation qui aurait existé en l'absence de l'infraction, Graefrath précise qu'« il s'agit là, en réalité,

---

[72] P. A. Bissonnette, *La satisfaction comme mode de réparation en droit international* (thèse, Université de Genève), Annemasse, Impr. Grandchamp, 1952, p. 20.

[73] A. Verdross, *Völkerrecht*, 5e éd., Vienne, Springer, 1964, p. 399.

[74] K. Zemanek, « La responsabilité des Etats pour faits internationaux illicites ainsi que pour faits internationaux licites », *Responsabilité internationale*, Paris, Pedone, 1987, p. 68.

[75] Nagy, *loc. cit.* (*supra* n. 22), p. 178.

[76] Eustathiadès, *op. cit.* (*supra* n. 10), p. 523.

[77] Giuliano, *op. cit.* (*supra* n. 10), p. 593.

[78] Anzilotti, *Cours de droit...*, *op. cit.* (*supra* n. 17), p. 526.

[79] Strupp, *loc. cit.* (*supra* n. 42), p. 209.

[80] Reitzer, *op. cit.* (*supra* n. 10), p. 171.

[81] Morelli, *op. cit.* (*supra* n. 10), p. 359.

[82] Jiménez de Aréchaga, *loc. cit.* (*supra* n. 10), p. 565.

[83] Graefrath, *loc. cit.* (*supra* n. 22), p. 77.

[84] *Anales de la Corte de Justicia Centroamericana, 1916-1917*, San José (Costa Rica), vol. VI, nos 16 à 18, p. 7; *The American Journal of International Law*, Washington (D.C.), vol. 11, 1917, p. 674 et suiv.

[85] *Anales...*, p. 71; *The American Journal...*, p. 696.

[86] Traité de paix du 10 février 1947 entre les puissances alliées et associées et l'Italie (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 49, p. 3).

[87] Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIII, p. 125.

[88] *C.P.J.I. série A n° 17*, p. 47.

[89] P. Reuter, « Principes de droit international public », *Recueil des cours...*, *1961-II*, Leyde, Sijthoff, 1962, t. 103, p. 595.

de l'obligation d'effacer les conséquences de la violation des droits »[90], ce qui est, à l'évidence, une obligation subséquente qui n'aurait pas existé en l'absence des conséquences dont il est question.

69. Il semblerait cependant que la notion de *restitutio in integrum* comme objet d'une règle et d'une obligation secondaires soit contestée par la doctrine suivant laquelle l'obligation de restitution en nature ne serait pas tant un des modes de réparation, et, comme tel, un des aspects du lien nouveau résultant du fait illicite, que l'« effet » continu de la relation juridique initiale. Avancée, il y a quelque temps, par Balladore Pallieri[91], il semblerait que cette opinion ait été récemment reprise par Dominicé[92]. De l'avis de ces deux auteurs, la *restitutio in integrum* différerait des diverses formes ou modalités que l'on assigne généralement à la réparation au sens large, parce que l'indemnisation pécuniaire (dommages-intérêts) et la satisfaction répondraient aux exigences de la situation nouvelle résultant du préjudice matériel ou moral subi par l'Etat lésé — situation indépendante de la relation juridique initiale affectée par le fait illicite —, tandis que la *restitutio in integrum* resterait conforme à la relation juridique qui existait avant la survenance du fait illicite, sous la forme d'un droit appartenant à l'une des parties et d'une obligation à la charge de l'autre, cette relation survivant intacte (sans novation ni altération) à l'infraction. D'après Balladore Pallieri, l'Etat lésé qui réclame la *restitutio in integrum (naturalis restitutio)* ne fait qu'exercer son droit subjectif originaire et « fonde sa prétention sur ce même droit subjectif dont il jouissait auparavant, et non sur une relation juridique nouvelle et différente résultant de la violation »[93]. Pour Dominicé, la *restitutio in integrum* exprime essentiellement « l'exigence du retour à l'obligation initiale » et il assimile apparemment « l'authentique *restitutio* » à la « cessation de la situation illicite »[94].

70. Toutefois, les opinions exposées dans le précédent paragraphe ne semblent pas devoir l'emporter sur l'opinion majoritaire suivant laquelle la *restitutio in integrum* est l'une des formes de l'obligation secondaire de réparer au sens large. Tout en contribuant à préserver l'idée que l'obligation (et la règle dont elle découle) survit à l'infraction (v. *supra* par. 57 et suiv.), ces vues affectent négativement la distinction entre la *restitutio in integrum* et la cessation du comportement illicite (v. *supra* par. 48 à 52). Vu sous l'angle de cette seconde distinction — notamment en préservant l'idée qu'il existe une obligation autonome de faire cesser un comportement illicite qui se poursuit —, force est d'écarter la doctrine en question comme étant insoutenable du point de vue logique et pratique. La cessation et la restitution en nature doivent rester deux remèdes distincts à la violation d'obligations internationales.

2. *RESTITUTIO* MATÉRIELLE ET *RESTITUTIO* JURIDIQUE

71. La doctrine fait généralement une distinction, selon le type de préjudice donnant lieu à réparation, entre la *restitutio* matérielle et la *restitutio* légale ou juridique[95].

72. D'après Personnaz, par exemple, la restitution matérielle :

> intervient quand le préjudice est constitué par un dommage matériel proprement dit, et elle consiste dans la remise matérielle de la chose en l'état dans lequel elle aurait dû se trouver si l'acte illicite n'était point intervenu : ce sera, par exemple, la restitution d'une propriété confisquée, d'un navire saisi[96].

Le même auteur indique que

> Un exemple fréquent de *restitutio* matérielle est également fourni par la remise en liberté d'un individu incarcéré ou par la remise à un Etat d'un individu qui a été illégalement arrêté sur son territoire. [...][97].

Graefrath explique que

> L'on parle de restitution matérielle s'il s'agit de la remise d'objets obtenus illégalement ou de la mise en liberté de personnes illégalement arrêtées ou détenues, de l'évacuation d'un territoire occupé illégalement, etc. [...][98].

Alvarez de Eulate donne les exemples suivants :

> [...] restitution de personnes [...], restitution de navires [...], restitution de documents [...], restitution de sommes d'argent [...], restitution de biens de types très divers[99].

Verzijl indique que le principe de *restitutio in integrum* signifie que :

---

[90] Graefrath, *loc. cit.* (*supra* n. 22), p. 77. La même opinion est exprimée par A. Verdross et B. Simma, *Universelles Völkerrecht*, 3e éd., Berlin, Duncker & Humblot, 1984, p. 873 et 874.

Č. Čepelka, dans *Les conséquences juridiques du délit en droit international contemporain*, Prague, Universita Karlova, 1965, explique le phénomène avec une clarté particulière à propos de la notion traditionnelle de réparation en général :

> « L'obligation de réparation à titre de responsabilité pour le tort causé par le délit international constitue, suivant la doctrine traditionnelle, une obligation *accessoire*, qui accompagne l'obligation originaire-primaire non exécutée — [...], sans que cette obligation primaire non accomplie, résultant du rapport juridique fondamental, s'éteigne. L'obligation de réparation, fondée sur la responsabilité, ne se substitue donc pas à l'obligation primaire du rapport juridique fondamental — *il ne s'agit pas ici de novation* — mais elle s'ajoute seulement à l'obligation originaire, du fait de la non-exécution de celle-ci, comme conséquence ou résultat de la non-exécution de l'obligation originaire. » (P. 18.)

Cela s'applique certainement à la réparation en nature également.

[91] G. Balladore Pallieri, « Gli effetti dell'atto illecito internazionale », *Rivista di Diritto Pubblico*, Rome, 23e année, série II, 1re partie, 1931, p. 64 et suiv.

[92] Dominicé, *loc. cit.* (*supra* n. 22), p. 17 et suiv.

[93] Balladore Pallieri, *loc. cit.*, p. 66.

[94] Dominicé, *loc. cit.*, p. 19. La position de l'auteur semble assez incertaine, car, à l'observation susmentionnée, il ajoute : « il n'en demeure pas moins que, d'un point de vue systématique, il paraît plus juste de faire cesser l'illicite du devoir de réparer le préjudice » (*ibid.*) — position qui serait plus proche de celle du Rapporteur spécial. Toutefois, l'auteur indique plus loin que « la *restitutio in integrum* présente un double caractère. Elle peut être un retour à l'obligation initiale, la cessation de l'illicite [...]. Elle peut être aussi une modalité de la réparation *stricto sensu*. » (*Ibid.*, p. 21.) L'auteur développe davantage cette distinction dans la suite de son exposé.

[95] Il n'est pas inutile de rappeler que la notion de *restitutio in integrum* était, en droit romain, une institution du *jus honorarium*, sur laquelle s'appuyait le magistrat, à la demande de la victime de voies de fait dans une transaction juridique et après examen des circonstances, pour refuser les remèdes judiciaires qui auraient pu, en vertu de principes de *jus civile*, être réclamés par l'auteur des voies de fait à sa victime. La transaction viciée par les voies de fait était ainsi pratiquement annulée en faveur de la victime. L'expression *restitutio in integrum* a fini par désigner, en droit romain, toute décision du magistrat annulant une transaction ou un acte juridique quelconque, de fond ou de procédure, unilatéral ou bilatéral ou même un jugement (voir Vincenzo Arangio-Ruiz, *Istituzioni di Diritto Romano*, 14e éd., Naples, Jovene, 1976, p. 105 et suiv., 143, 145 et 148). La distinction opérée dans le texte est moderne. A propos de la notion telle qu'elle se trouve dans le droit romain, voir aussi M. Kaser, « Zur *in integrum restitutio* besonders wegen *metus* und *dolus* », *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte*, Romanistische Abteilung, Weimar, vol. 94, 1977, p. 101.

[96] Personnaz, *op. cit.* (*supra* n. 42), p. 86.

[97] *Ibid.*, p. 88, note 28.

[98] Graefrath, *loc. cit.* (*supra* n. 22), p. 77.

[99] Alvarez de Eulate, *loc. cit.* (*supra* n. 42), p. 272 et suiv.

le territoire envahi doit être évacué. Les œuvres d'art illégalement emportées du territoire envahi doivent être restituées. Une ligne douanière établie en vertu d'un traité, illégalement avancée, doit être reculée[100].

73. Certains font, au contraire, mention de la notion de restitution juridique dans le cas où l'exécution de la restitution requiert ou suppose la modification d'une situation juridique, soit dans le cadre du système juridique de l'Etat auteur, soit dans le cadre de relations juridiques internationales entre l'Etat auteur et un ou plusieurs autres Etats. Diverses hypothèses de *restitutio* juridique sont mentionnées par les auteurs déjà cités. Ainsi, Nagy dit que, par *restitutio in integrum*, on peut entendre « l'abrogation de certaines décisions, par exemple des lois dont on ne saurait compenser l'absence par un versement en espèces » et que la restitution « peut même consister en l'annulation d'un traité »[101]. Personnaz déclare que la *restitutio* juridique peut revêtir diverses formes :

elle aboutira tantôt au retrait, à l'annulation ou à l'amendement de l'acte, tantôt elle se contentera d'assurer l'exécution de l'obligation internationale : elle entraînera, par exemple, l'obligation pour l'Etat de prendre des mesures pénales contre les auteurs de l'infraction[102].

Cet auteur ajoute qu'elle peut consister dans « l'annulation ou l'amendement du jugement »[103]. Giuliano inclut dans la notion de *restitutio in integrum* :

L'abrogation d'une loi contraire à une règle du droit international; [...] [et] l'annulation d'une mesure administrative ou judiciaire prise illégalement contre la personne ou les biens d'un étranger[104].

D'après Graefrath, « par restitution légale, il faut entendre avant tout l'élimination de l'acte illégal ». Il ajoute que

En général, cependant, l'élimination d'un acte contraire au droit international nécessite une action nouvelle, étant donné que l'illicéité en droit international n'implique généralement pas invalidité en droit interne. [...]

et que

Selon le type de violation, la demande de restitution peut prendre diverses formes. Elle peut viser la promulgation, l'abrogation ou la modification de certaines lois, de certains actes administratifs ou de certaines décisions judiciaires[105].

74. L'affaire du *Temple de Préah Vihéar*[106] est généralement citée comme exemple de restitution matérielle d'objets. Dans son arrêt du 15 juin 1962, la CIJ s'était prononcée en faveur du Cambodge (qui demandait notamment la restitution de certains objets que les autorités thaïlandaises avaient enlevés du temple et de la zone avoisinante), en statuant que :

la Thaïlande est tenue de restituer au Cambodge tous objets des catégories spécifiées dans la cinquième conclusion du Cambodge qui [...] auraient pu être enlevés du temple ou de la zone du temple par les autorités thaïlandaises[107].

La jurisprudence italienne pendant la seconde moitié du XIXe siècle comprend deux affaires. L'une, l'affaire *Aloisi* (1881), intervenue lors du conflit entre le Chili et le Pérou, avait trait à la saisie de biens appartenant à des marchands italiens par les autorités militaires chiliennes occupant la ville péruvienne de Quilca, et à la demande de restitution et d'indemnité introduite alors à Santiago par le chargé d'affaires italien. Ce dernier, ayant informé le Ministre italien des affaires étrangères que, dans un cas antérieur, le Gouvernement chilien avait consenti à la restitution mais avait refusé une indemnité, le Ministre avait répondu, entre autres, que le principe invoqué dans l'affaire en question par le Chili (et selon lequel « seuls sont tenus à l'indemnisation des dommages et des préjudices ceux qui agissent de mauvaise foi ») « ne pouvait s'appliquer que dans le cas où le bien aurait été détruit, étant entendu que, dans le cas de biens saisis, il y a toujours obligation de restitution »[108]. L'autre affaire, celle du *« Giaffarieh »* (1886), avait son origine dans la capture en mer Rouge de quatre navires marchands du port de Massawa, battant pavillon italien, par un navire de guerre égyptien, le *Giaffarieh*. En l'absence de circonstances justifiant la saisie de ces navires, le Ministre italien des affaires étrangères avait fait savoir au consul général d'Italie au Caire que « l'acte commis par le *Giaffarieh* constituait une déprédation arbitraire, et [que l'Italie avait] le droit d'exiger, outre une indemnisation pour les dommages encourus, la restitution ou le remboursement de tout ce qui avait été saisi ». Le Gouvernement égyptien avait accédé à cette demande en ce qui concernait le navire et les équipages[109].

Dans le cadre, différent, du Traité de paix de 1947, la restitution avait été décidée dans plusieurs affaires par la Commission de conciliation franco-italienne instituée par ce traité. Dans le différend *Société foncière lyonnaise* (affaire de l'*Hôtel Métropole*), la Commission avait pris acte de la restitution de l'hôtel, effectuée par les autorités italiennes[110]. Dans le différend *Ottoz*, la même Commission avait décidé que le Gouvernement italien devait restituer les biens immeubles saisis pendant la guerre par le préfet d'Aoste[111]. Dans le différend *Dame Hénon*, elle avait, là aussi, pris dûment acte de la restitution d'un bien immeuble, saisi en 1943 et de nouveau en 1945[112]. Dans le différend SNCF déjà mentionné, il est à noter que la Commission de conciliation avait décidé que l'Italie restait obligée à l'égard de la France (bien que le matériel ferroviaire eût été rendu quelque temps auparavant) en raison d'une interprétation large de l'article 75, par. 3, du Traité de paix de 1947, aux termes duquel il incombait à l'Italie de procéder à la restitution du matériel « en bon état », cette dernière clause étant interprétée par la Commission de conciliation comme un élément de *restitutio in integrum*[113]. Etant donné, cependant, que ces décisions découlent de dispositions conventionnelles relatives à la restitution d'objets, on peut se demander à bon droit si elles s'appliquent aux fins de déterminer la teneur d'une règle de droit commun ou de droit coutumier.

75. Les affaires du *« Trent »* (1861) et du *« Florida »* (1864), déjà mentionnées[114], constituent aussi des exem-

[100] J. H. W. Verzijl, *International Law in Historical Perspective*, Leyde, Sijthoff, 1973, t. VI, p. 742.

[101] Nagy, *loc. cit.* (*supra* n. 22), p. 177 et 178.

[102] Personnaz, *op. cit.* (*supra* n. 42), p. 77.

[103] *Ibid.*, p. 81.

[104] Giuliano, *op. cit.* (*supra* n. 10), p. 594.

[105] Graefrath, *loc. cit.* (*supra* n. 22), p. 78.

[106] *C.I.J. Recueil 1962*, p. 6, et notamment p. 36 et 37.

[107] *Ibid.*, p. 37.

[108] Voir *La Prassi Italiana di Diritto Internazionale*, 1re série, Dobbs Ferry (N.Y.), Oceana Publications, 1970, vol. II, p. 867 et 868.

[109] *Ibid.*, p. 901 et 902.

[110] Décision n° 65 du 19 juillet 1950 (Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIII, p. 219).

[111] Décision n° 85 du 18 septembre 1950 (*ibid.*, p. 240). Cette affaire ainsi que celle de l'*Hôtel Métropole* comportent aussi un élément de *restitutio* légal (ou juridique).

[112] Décision n° 109 du 31 octobre 1951 (*ibid.*, p. 249).

[113] Voir *supra* note 59.

[114] Voir *supra* note 61.

ples de restitution dite « matérielle » portant sur des personnes, et à propos desquels il est peut-être utile de rappeler ce qui a été dit au sujet de la cessation. Dans la première affaire, le Gouvernement britannique avait demandé la mise en liberté de deux agents confédérés, appréhendés par le commandant du navire de guerre américain *San Jacinto*, au cours de l'inspection à laquelle il avait soumis le *Trent :*

La raison de cette demande, comme l'indiquait le comte Russell, dans ses instructions, adressées le 30 novembre 1861 à lord Lyons, consul général de Grande-Bretagne à Washington, est que « certains particuliers » ont été pris de force à bord d'un navire britannique, bâtiment d'une puissance neutre, alors que ce navire naviguait en toute légalité et sans intention de nuire; c'est là une voie de fait, qui constitue un affront au pavillon britannique et une violation du droit international[115].

Le Secrétaire du Département d'Etat, « M. Seward, en conclusion à sa note adressée le 26 décembre 1861 à lord Lyons, déclarait que les personnes appréhendées seraient bien volontiers mises en liberté et priait lord Lyons d'indiquer le moment et le lieu où il voudrait bien les prendre en charge »[116]. Dans l'affaire du *« Florida »*, un croiseur de la Confédération, qui faisait escale au port brésilien de Bahia, avait été canonné puis capturé par le *Wachusett*, bâtiment de l'Union, qui avait arrêté l'équipage et les passagers[117]. Le Gouvernement brésilien demanda réparation et exigea la mise en liberté des captifs et du navire. Le Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique accéda à ces deux demandes :

Pour ce qui est de l'équipage capturé du *Florida*, il a été indiqué qu'il serait mis en liberté pour chercher refuge où il pourrait, avec le risque d'être de nouveau capturé lorsqu'il se trouverait en dehors de la juridiction des Etats-Unis d'Amérique [...] (En ce qui concerne la demande de retour du *Florida* à Bahia, M. Seward déclara que le navire, alors qu'il mouillait à Hampton Roads, avait sombré, le 28 novembre, par suite d'une voie d'eau qui n'avait pas pu être colmatée à temps[118].)

Toujours à propos de la restitution matérielle, on peut également mentionner qu'en 1968 la Suisse a obtenu, après que le Gouvernement algérien avait censément reconnu la validité d'une allégation de déni de justice, la « restitution » de quatre de ses ressortissants arrêtés, en 1967, par la police algérienne sous l'inculpation d'atteinte à la sûreté de l'Etat et de détention illégale et de trafic d'armes[119]. Il faut en outre rappeler, bien entendu, les termes de l'arrêt du 24 mai 1980, rendu par la CIJ dans l'affaire relative au *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, déjà mentionnée à propos de la cessation (« doit assurer la libération immédiate de toutes ces personnes sans exception et les remettre à la puissance protectrice ») [v. *supra* par. 51][120].

76. Plusieurs exemples de *restitutio* juridique sont bien connus : l'affaire du *Traité Bryan-Chamorro*[121], l'affaire *Martini*[122], l'abrogation de l'*Article 61, al. 2, de la Constitution de Weimar*[123], l'affaire des *Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex*[124] et l'affaire du *Statut juridique du Groënland oriental*[125]. Dans l'affaire du *Traité Bryan-Chamorro*, le Gouvernement d'El Salvador demandait que :

le décret approprié soit promulgué et fixe la situation juridique devant être maintenue par le Gouvernement nicaraguayen sur la matière faisant l'objet de la plainte, afin que les choses faisant l'objet du différend soient préservées dans l'état où elles se trouvaient avant la conclusion et la ratification du Traité Bryan-Chamorro[126].

Après s'être prononcée sur le statut juridique de la baie de Fonseca, la Cour centraméricaine a décidé :

[...]

Troisièmement : [...] que par la concession d'une base navale dans le golfe de Fonseca, le Traité Bryan-Chamorro du 5 août 1914 menace la sécurité nationale d'El Salvador et viole ses droits de propriété conjointe dans ledit golfe [...];

[115] Moore, *op. cit.* (*supra* n. 61), p. 768.

[116] *Ibid.*, p. 771.

[117] *Ibid.*, p. 1090.

[118] *Ibid.*, p. 1091.

[119] Voir *Revue générale de droit international public*, Paris, t. 73, 1969, p. 795 et 796.

[120] On notera que, dans certains cas, la question de la *restitutio* s'est posée pour un objet aussi fongible qu'une somme d'argent. Dans l'affaire du *« Macedonian »* (1863), le Roi des Belges, Léopold Ier, choisi comme arbitre, décida que « le Gouvernement du Chili [devait] restituer à celui des Etats-Unis les trois cinquièmes des 70 400 piastres ou dollars saisis », plus 6 % d'intérêts, c'est-à-dire la somme confisquée à un ressortissant américain par des insurgés chiliens (A. de Lapradelle et N. Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, Paris, Pedone, 1923, t. II, p. 182, et notamment p. 204). Dans l'affaire du *« Presto »* (1864), le Ministre italien des affaires étrangères, reconnaissant que les services douaniers de Licata avaient imposé par erreur le paiement d'un droit au navire norvégien le *Presto*, avait ordonné la restitution de la somme indûment perçue (*La Prassi Italiana...*, *op. cit.* [*supra* n. 108], p. 878 et 879). Dans l'affaire *Emanuele Chiesa* (1884), le Gouvernement chilien avait restitué, avec les intérêts, la somme dont le paiement avait été imposé à un ressortissant italien, accusé arbitrairement de collaboration avec le Pérou, durant le conflit entre le Chili et le Pérou (*La Prassi Italiana...*, p. 899 et 900). Dans les affaires *Turnbull* et *Orinoco Company*, la Commission mixte des réclamations américano-vénézuélienne avait ordonné la restitution (avec les intérêts) des sommes versées par deux sociétés américaines pour l'achat de concessions qui avaient été accordées en violation des droits détenus par d'autres sociétés (Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IX [numéro de vente : 59.V.5], p. 261 et suiv.). Dans l'affaire de la *Compagnie générale des asphaltes de France*, le consul du Venezuela à Port of Spain (île de la Trinité) avait imposé le paiement de droits à des navires appartenant à cette compagnie (pour l'accès aux ports vénézuéliens), en violation de la souveraineté britannique; la Commission mixte des réclamations anglo-vénézuélienne ordonna la restitution de ces sommes avec les intérêts (Nations Unies, *Recueil...*, vol. IX, p. 389 et suiv.). L'affaire *Palmarejo and Mexican Golf Fields* concernait une série de demandes en réparation pour les pertes et dommages que les forces révolutionnaires et contre-révolutionnaires mexicaines avaient infligés à cette société, entre 1910 et 1920; l'une des réclamations avait trait à la restitution d'un impôt levé indûment sur la société, et la Commission des réclamations anglo-mexicaine se prononça pour la restitution (Nations Unies, *Recueil...*, vol. V [numéro de vente : 1952.V.3], p. 298 et suiv.). Dans le différend *Società anonima Michelin Italiana*, autre affaire dont la Commission de conciliation franco-italienne avait eu à connaître à la suite du Traité de paix de 1947, celle-ci avait ordonné la restitution (et non pas, semble-t-il, une simple indemnisation) au titre de l'article 78, par. 6, du Traité, du montant des impôts prélevés sur cette société (décision du 7 décembre 1955) [Nations Unies, *Recueil...*, vol. XIII, p. 625]. Une affaire du même type est l'affaire *Wollemborg* sur laquelle la Commission de conciliation italo-américaine s'était prononcée (décision du 24 septembre 1956) [Nations Unies, *Recueil...*, vol. XIV (numéro de vente : 65.V.4), p. 291].

Les actions peuvent également faire l'objet d'une *restitutio*. On peut citer à cet égard la sentence arbitrale, rendue le 7 juillet 1939 dans l'affaire des *Chemins de fer de Bužau-Nehoiaşi* entre l'Allemagne et la Roumanie. Le tribunal arbitral prévoyait la restitution à une société allemande (Berliner Handels-Gesellschaft) de 1196 actions de la Société anonyme roumaine du Chemin de fer de Bužau-Nehoiaşi, suite à la demande formée par le Gouvernement allemand à cet effet (Nations Unies, *Recueil...*, vol. III, p. 1839). Cette jurisprudence ne fut pas contredite dans le différend *Industrie Vicentine Elettro-Meccaniche (IVEM)* où la Commission de conciliation franco-italienne avait décidé (décision du 1er mars 1952) de ne pas accorder la restitution d'actions de l'IVEM, réclamées par une société française (voir *infra* par. 101).

[121] Voir *supra* note 84.

[122] Voir *infra* note 128.

[123] Voir *infra* note 129.

[124] Voir *infra* note 130.

[125] Voir *infra* note 132.

[126] *Loc. cit.* (*supra* n. 84), p. 683.

Quatrièmement : que ledit traité viole les articles II et IX du Traité de paix et d'amitié conclu par les Etats d'Amérique centrale à Washington, le 20 décembre 1907;

Cinquièmement : que le Gouvernement nicaraguayen est dans l'obligation, en employant pour cela tous les moyens possibles prévus par le droit international, de rétablir et de maintenir la situation juridique qui existait avant le Traité Bryan-Chamorro entre les Etats plaideurs en ce qui concerne les questions considérées dans la présente action.

[...][127].

Dans l'affaire *Martini*[128] entre l'Italie et le Venezuela, le tribunal arbitral, dans sa sentence du 3 mai 1930, avait décidé que le Gouvernement vénézuélien était dans l'obligation d'annuler l'arrêt de la Cour fédérale et de cassation du Venezuela, laquelle avait résilié le contrat de concession ferrovière et minière accordée à une société italienne. En ce qui concerne le différend relatif à l'*Article 61, al. 2, de la Constitution de Weimar* (Constitution du Reich du 11 août 1919), qui, en violation du Traité de Versailles du 28 juin 1919, prévoyait la participation de représentants de l'Autriche au Reichsrat allemand, l'Allemagne avait, comme on le sait, abrogé la disposition, à la suite des protestations de la France[129]. Ces affaires seront réexaminées à propos de l'impossibilité juridique de *restitutio*. Dans l'affaire des *Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex*[130], la CPJI, après avoir décidé, en se fondant sur l'article 1er du compromis d'arbitrage conclu entre la Suisse et la France, que l'article 435, al. 2, du Traité de Versailles « n'a pas abrogé et n'a pour but de faire abroger les stipulations » des instruments internationaux antérieurs touchant « la structure douanière et économique » des deux zones, a conclu (s'agissant de la question qui lui était soumise au titre de l'article 2 du compromis) :

Sur les questions visées à l'article 2, alinéa premier, du compromis :

Que le Gouvernement français doit reculer sa ligne de douanes conformément aux stipulations desdits traités et actes, ce régime devant rester en vigueur tant qu'il n'aura pas été modifié par l'accord des parties[131].

Bien que la Cour n'ait pas expressément indiqué que sa décision comportait, pour la France, une obligation de *restitutio*, l'obligation de reculer la ligne des douanes implique à l'évidence, outre la cessation d'une situation qui n'est pas conforme au droit international, le rétablissement du *statu quo ante*, ce qui constitue l'aspect essentiel de la *restitutio*. Dans l'affaire du *Statut juridique du Groënland oriental*[132], la requête danoise concluait en demandant à la CPJI de

dire et juger que la promulgation de l'occupation susmentionnée ainsi que toute mesure prise à cet égard par le Gouvernement norvégien constituent une infraction à l'état juridique existant, et, par conséquent, sont illégales et non valables[133].

La Cour a décidé

que la déclaration d'occupation promulguée par le Gouvernement norvégien en date du 10 juillet 1931, ainsi que toutes mesures prises à cet égard par ce même gouvernement, constituent une infraction à l'état juridique existant, et, par conséquent, sont illégales et non valables[134].

Cette déclaration d'illégalité et de non-validité semble être un bon exemple de ce que plusieurs auteurs désignent sous le nom de restitution juridique. La cessation constitue un remède distinct bien qu'implicite.

3. La distinction entre *restitutio* matérielle et *restitutio* juridique

77. Il y a lieu de réfléchir à la nature respective et aux caractères distinctifs de ce que la doctrine désigne généralement sous le nom de *restitutio* « matérielle », d'une part, et de *restitutio* « juridique » ou « légale », de l'autre. Il est, en effet, nécessaire d'apporter quelques précisions, en particulier avant d'aborder la question de l'impossibilité, totale ou partielle, de restitution en nature (voir *infra* sect. 4).

78. Aux fins de la *restitutio*, en droit civil, la distinction est très simple. Il est facile de distinguer, par exemple, l'acte du voleur à la tire qui restitue la bourse dérobée aux premiers cris de la victime, des actes juridiques nécessaires à la restitution, à son propriétaire légitime, d'une peinture qui, après avoir été dérobée, a été vendue, puis acquise par une galerie privée ou un musée public, de l'acte du propriétaire d'un terrain, qui enlève la barrière qui lui a servi à enclore de façon illicite une partie du terrain d'un voisin, ou des actes juridiques nécessaires à la restitution à l'ancien propriétaire d'un terrain frappé illégalement d'expropriation par une administration municipale en vue de la construction d'une rue ou de la pose d'une canalisation.

79. D'autres cas présentent plus de difficultés à l'intérieur même d'un système juridique national, et la distinction devient plus complexe encore et, à certains égards, ambiguë, quand on la replace dans le domaine des relations internationales entre un Etat fautif et un ou plusieurs Etats lésés. Il faut, en particulier, traiter séparément le cas où la distinction entre les opérations de restitution matérielle et légale se présente (dans les relations, bien entendu, entre l'Etat fautif et les Etats lésés) seulement dans le cadre du droit international, et le cas, plus fréquent, où la question se pose dans le système national de l'Etat auteur.

80. En ce qui concerne la distinction faite entre *restitutio* juridique et *restitutio* matérielle dans le droit interne de l'Etat auteur, la première remarque à faire est qu'il est improbable qu'une restitution — d'un territoire, de biens meubles ou de personnes — devant être effectuée par un Etat n'implique que des opérations purement matérielles. En effet, dans toute collectivité — et, partant, dans toute société nationale — vivant en Etat de droit *(Stato di diritto, Rechtsstaat)*, il n'est guère concevable que le gouvernement responsable d'un fait internationalement illicite puisse accomplir une *restitutio* quelconque sans quelque acte s'inscrivant dans son système juridique. Rendre un territoire illégalement occupé ou annexé, reculer une ligne de douanes illégalement avancée, rendre la liberté à une personne illégalement arrêtée ou détenue, réinstaller chez elles un groupe de personnes illégalement expulsées et expropriées suppose des mesures de caractère juridique prises à l'échelon constitutionnel, législatif,

[127] *Ibid.*, p. 696.

[128] Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (numéro de vente : 1949.V.1), p. 975 et suiv.

[129] Cité dans Visscher, *loc. cit.* (*supra* n. 71), p. 96; voir aussi *British and Foreign State Papers, 1919*, vol. 112, p. 1094.

[130] *C.P.J.I. série A/B n° 46*, arrêt du 7 juin 1932, p. 96.

[131] *Ibid.*, p. 172. Personnaz note que l'article 2 du compromis représente l'un des cas exceptionnels où le compromis donnait au tribunal « le droit de procéder lui-même directement à l'annulation de dispositions législatives », et, dans cette affaire, « le pouvoir d'édicter un régime » (*op. cit.* [*supra* n. 42], p. 85).

[132] *C.P.J.I. série A/B n° 53*, arrêt du 5 avril 1933, p. 22.

[133] *Ibid.*, p. 23.

[134] *Ibid.*, p. 75.

judiciaire ou administratif, ou à plusieurs de ces échelons à la fois. De ce point de vue, la *restitutio* a essentiellement un caractère juridique. La *restitutio* matérielle ne sera, dans de tels cas, rien de plus que l'exécution, la traduction dans les faits, de dispositions de caractère légal. Sauf dans des cas rares, comme dans le cas banal de gardes frontière ayant pénétré par mégarde et sans intention de nuire sur le territoire du pays étranger, ou encore dans le cas d'un diplomate rudoyé par un agent de police lors d'un embouteillage (deux cas qui ne mériteraient probablement pas d'être qualifiés de fait internationalement illicite), il semble assez difficile d'imaginer des cas de *restitutio* internationale purement matérielle. En pratique, toute restitution internationale en nature consistera essentiellement en une *restitutio* juridique en vertu du droit de l'Etat auteur, accompagnant ou précédant la *restitutio* matérielle.

81. On peut facilement vérifier cette supposition en examinant les diverses affaires qui ont été évoquées dans les paragraphes précédents, en fonction de la distinction généralement admise entre *restitutio* matérielle et *restitutio* juridique. On peut rappeler en outre, comme exemple d'affaire où l'élément juridique et l'élément matériel sont étroitement liés, celle de l'*Université Peter Pázmány*[135] où la CPJI avait rejeté les conclusions du Gouvernement tchécoslovaque (selon lesquelles, sur la base du Traité de Trianon du 4 juin 1920, il n'y avait pas de fondement à la restitution) et avait décidé

> *b*) que le Gouvernement tchécoslovaque [devait] restituer à l'Université royale hongroise Peter Pázmány de Budapest les biens immobiliers qu'elle réclame, libérés de toutes mesures de disposition, d'administration forcée ou de séquestre, et dans l'état où ils se trouvaient avant l'application de ces mesures[136].

Il est évident que, dans cette affaire, la *restitutio* supposait à la fois des décisions juridiques et des actes matériels.

82. La seconde observation à faire, qui contraste dans un sens avec celle qui est présentée au paragraphe 83 ci-après, est qu'il est nécessaire d'éliminer l'ambiguïté qui s'attache au terme « juridique », quand il désigne les actes et les transactions de droit national de l'Etat auteur, dans la mesure où ils sont appréhendés du point de vue de la relation juridique internationale entre l'Etat auteur et l'Etat lésé. Du point de vue du droit international, conformément à la séparation généralement admise entre les systèmes juridiques, les règles de droit national, ainsi que les décisions administratives et judiciaires, ne doivent être considérées que comme de simples faits. Il est utile de rappeler ici ce que la CPJI avait déclaré, à cet égard, quand elle avait eu à répondre à la question de savoir s'il lui appartenait de s'occuper, dans le cadre d'un arrêt international, d'un élément du droit interne d'un Etat :

> On pourrait se demander si une difficulté ne surgit pas du fait que la Cour devrait s'occuper de la loi polonaise du 14 juillet 1920. Tel ne semble cependant pas être le cas. Au regard du droit international et de la Cour qui en est l'organe, les lois nationales sont de simples faits, manifestations de la volonté et de l'activité des Etats, au même titre que les décisions judiciaires ou les mesures administratives. La Cour n'est certainement pas appelée à interpréter la loi polonaise comme telle; mais rien ne s'oppose à ce qu'elle se prononce sur la question de savoir si, en appliquant ladite loi, la Pologne agit ou non en conformité avec les obligations que la Convention de Genève lui impose envers l'Allemagne[137].

On peut peut-être conclure que, dans la mesure où la distinction entre *restitutio* matérielle et *restitutio* juridique est utile dans le système juridique national de l'Etat auteur, elle se présente, du point de vue des relations découlant d'un fait internationalement illicite, comme une distinction relative. Elle ne fait que souligner la diversité des opérations que les institutions de l'Etat auteur doivent faire pour que la restitution en nature ait lieu. Un premier ensemble d'actions, que l'on peut regrouper sous la catégorie de *restitutio* matérielle, comprend les actions des organes de l'Etat n'exigeant pas, du point de vue du droit national, de modification d'ordre juridique. Un second groupe d'actions comprendrait celles des organes législatifs, administratifs ou judiciaires, qui ont un effet juridique du point de vue du droit interne de l'Etat auteur, et en l'absence desquelles la restitution ne pourrait être réalisée. Il s'ensuit que la *restitutio* matérielle et la *restitutio* juridique ne doivent pas être considérées comme des remèdes différents, mais comme des aspects distincts d'un seul et même remède. La distinction n'est parfaitement claire que dans des cas exceptionnels, où c'est l'un ou l'autre aspect qui entre en jeu. On peut mentionner comme exemple de *restitutio* purement juridique celui déjà cité de l'abrogation par l'Allemagne de l'alinéa 2 de l'article 61 de la Constitution de Weimar (v. *supra* par. 76).

83. Dans l'hypothèse où la *restitutio* ne comporte que des aspects juridiques internationaux (et non purement nationaux), la distinction semble avoir une plus grande importance, étant donné que l'opération juridique nécessaire comporterait la modification d'une relation, d'une situation ou d'une règle internationales. On peut en citer comme exemple le cas où la *restitutio* par l'Etat auteur A en faveur de l'Etat lésé B comporterait l'annulation d'un traité avec un Etat C. L'affaire du *Traité Bryan-Chamorro* (v. *supra* par. 76) semble à première vue se ranger dans cette catégorie, puisque, en jugeant que le Nicaragua devait rétablir la situation juridique qui existait avant le Traité, la Cour centraméricaine indiquait implicitement que l'Etat défendeur devait « effacer », pour ainsi dire, le Traité Bryan-Chamorro ou certaines de ses dispositions. On peut aussi citer l'exemple du cas où la *restitutio* par l'Etat A à l'Etat B comporte la renonciation à une demande ou l'annulation ou le retrait d'un acte unilatéral. L'affaire du *Groënland oriental* pourrait entrer dans cette catégorie : la *restitutio*, par la Norvège, supposait — ou visait — la nullité de la déclaration norvégienne d'occupation du territoire (v. *supra* par. 76). Bien qu'on ne puisse pas vraiment dire, dans la première affaire, dans quelle mesure l'annulation, par le Nicaragua, du Traité (ou de certaines de ses dispositions) condamné par la Cour interaméricaine peut être considérée comme une opération juridique ou simplement comme une violation du Traité par le Nicaragua, le même dilemme ne se pose pas en ce qui concerne l'« annulation » de la déclaration norvégienne d'occupation. Dans l'un et l'autre cas, la réalisation complète de la *restitutio* en nature aurait dû comporter, au moins au départ, une opération affectant les relations ou les situations juridiques.

84. On peut également se demander dans quelle mesure et dans quelles conditions la décision d'une tierce partie (ou d'un organe international permanent ou *ad hoc*) peut entraîner directement — par la modification ou l'annulation de situations, de décisions ou de règles de droit — une forme quelconque de *restitutio* légale dans le contexte

---

[135] *Appel contre une sentence du tribunal arbitral mixte hungaro-tchécoslovaque (Université Peter Pázmány)*, arrêt du 15 décembre 1933, *C.P.J.I. série A/B n° 61*, p. 208.

[136] *Ibid.*, p. 249.

[137] Affaire relative à *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise (fond)*, arrêt du 25 mai 1926, *C.P.J.I. série A n° 7*, p. 19.

du droit national de l'Etat auteur ou dans celui du droit international lui-même.

a) S'agissant du droit national, on trouve également, dans les ouvrages, des références à l'invalidation ou à l'annulation, en vertu du droit international, d'actes administratifs et judiciaires ou de dispositions législatives ou constitutionnelles internes[138], et il n'est pas rare de trouver des auteurs très avertis qui considèrent ces invalidations ou ces annulations comme les exemples les plus typiques de restitution juridique en nature[139]. On trouve des exemples de recours à des notions semblables dans les quelques affaires citées dans la présente rubrique[140]. L'affaire la plus connue est celle du *Groënland oriental* déjà mentionnée (*supra* par. 76), dans laquelle la CPJI avait décidé (en accédant à la requête danoise) que la déclaration norvégienne et toutes mesures prises à cet égard par le Gouvernement norvégien étaient « illégales et non valables ». Les mesures en question avaient sans doute des aspects juridiques aussi bien nationaux qu'internationaux. On peut supposer que tout ce que le droit international — et les organismes internationaux — peuvent normalement faire ou sont habilités à faire, en ce qui concerne les actes, dispositions et situations juridiques internes, c'est de les déclarer contraires aux obligations internationales et, comme tels, sources de responsabilité internationale, et d'affirmer, en outre, qu'il y a une obligation de réparation, cette réparation requérant, le cas échéant, l'invalidation ou l'annulation d'actes de droit interne par l'Etat auteur lui-même[141].

b) Des doutes demeurent en ce qui concerne la possibilité, pour un tribunal international, d'aller normalement au-delà d'une simple déclaration d'illégalité internationale et d'annuler directement des règles, des actes, des transactions ou des situations juridiques internationaux aux fins de réparation sous la forme d'une *restitutio* en nature. Un tel pouvoir serait similaire *mutatis mutandis* à la fonction exercée depuis l'époque romaine par les tribunaux nationaux[142]. La réponse n'est pas nécessairement affirmative, étant donné que les effets des décisions des tribunaux internationaux sont normalement limités aux parties, même si le tribunal est institué par un instrument multilatéral. Tous actes ou situations dont les effets vont au-delà des relations bilatérales entre les parties ne peuvent être modifiés ou annulés que par les Etats eux-mêmes, sauf si le ou les instruments pertinents en disposent autrement. Comme l'a fait observer Personnaz, ce qui pourrait se rapprocher le plus d'une restitution juridique internationale réalisée directement par décision judiciaire semble être (en ce qui concerne la partie de la décision rendue sur la base du paragraphe 1 de l'article 2 du compromis) l'arrêt rendu par la CPJI dans l'affaire des *Zones franches de Haute-Savoie et du Pays de Gex*[143].

4. La question de l'impossibilité de la restitution en nature

85. La principale limite à la restitution en nature réside dans son impossibilité, qui est avant tout une impossibilité factuelle ou matérielle. A l'évidence, c'est le cas, en particulier, des opérations que les auteurs rangent généralement parmi les exemples de restitution matérielle (v. *supra* par. 72). L'impossibilité totale ou partielle

[138] Voir p. ex. Mann (*op. cit.* [*supra* n. 10], p. 5 à 8), qui se réfère à des ouvrages soutenant la doctrine selon laquelle un tribunal international serait à même de prononcer la nullité (sur la base du droit international) d'« actes de droit interne qui constituent une illégalité internationale » (p. 6).

[139] En termes explicites, à première vue, dans Personnaz, *op. cit.* (*supra* n. 42), p. 77, 78, 80 et suiv.; I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 3e éd., Oxford, Clarendon Press, 1979, p. 461; Graefrath, *loc. cit.* (*supra* n. 22), p. 78. Il faut ajouter, cependant, que Personnaz et Graefrath, en particulier, semblent s'abstenir délibérément d'employer le terme « juridique » à propos de la *restitutio in integrum*, afin de réserver la qualification strictement technique d'actes juridiques internationaux aux actes, tels que la conclusion d'un traité ou la reconnaissance de certaines situations internationales. La notion de *restitutio* juridique ou légale n'est apparemment appliquée par ces auteurs qu'à certains actes afin d'indiquer qu'ils ont un caractère judiciaire ou légal du point de vue du droit interne, et de les distinguer ainsi d'actions purement factuelles ou matérielles.

[140] Outre l'affaire du *Groënland oriental* susmentionnée, on peut rappeler ici l'affaire *Martini* (déjà citée, *supra* par. 76). A l'appui de l'assertion selon laquelle les obligations pécuniaires imposées à la société italienne par les juges vénézuéliens étaient illicites vis-à-vis de l'Italie, du point de vue du droit international et « [devaient] être annulées à titre de réparation » — déclaration qui, conformément au droit vénézuélien, semble exclure une annulation effectuée directement par le tribunal arbitral —, la décision du tribunal dans cette affaire contient aussi des stipulations ambiguës, telles que « en prononçant leur annulation [des obligations], le tribunal arbitral souligne que » ou « le Gouvernement vénézuélien est tenu de reconnaître, à titre de réparation, l'annulation des obligations de paiement imposées à la maison Martini et Cie », termes qui semblent impliquer l'exercice, par le tribunal, d'une fonction directe d'invalidation ou d'annulation (voir Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, p. 1002).

[141] En termes explicites, qui confirment l'interprétation du Rapporteur spécial (*supra* note 139), Graefrath indique qu'

« En général, cependant, l'élimination d'un acte contraire au droit international nécessite une action nouvelle, étant donné que l'illicéité, en droit international, n'implique généralement pas invalidité en droit interne. [...] » (*Loc. cit.*, *supra* n. 22, p. 78.)

La seule réserve du Rapporteur spécial à l'égard de cette remarque s'adresse au terme « généralement », car il lui semble qu'il en est toujours ainsi. Une exception (apparente) semble exister dans les affaires où un organe international est investi d'une fonction dite supranationale. Il ne s'agit pas en réalité d'une exception, car l'invalidation ou l'annulation directe découlera en fait de l'adaptation, en toute souveraineté, du système juridique national aux règles internationales correspondantes, une telle adaptation élevant l'organisme international, en l'espèce, au statut d'un organe de droit interne (éventuellement commun à deux ou plusieurs Etats).

L'idée que des décisions d'invalidité ou de nullité puissent avoir un effet direct dans le droit interne d'un ou de plusieurs Etats découle, selon le Rapporteur spécial, d'interprétations optimistes d'affaires où des organes internationaux ont exercé des fonctions « supranationales » (mais en fait uniquement opérationnelles) ou de la transposition, dans le domaine de l'arbitrage entre Etats en vertu du droit international (public), de situations qui se présentent normalement dans le cadre de l'arbitrage international entre parties privées ou dans le cadre du droit privé.

Dans l'affaire du *Groënland oriental*, p. ex., la CPJI avait décidé à fort bon escient, estime le Rapporteur spécial, que la déclaration norvégienne, de même que toutes autres mesures prises à cet égard par ce même gouvernement sur le plan du droit international étaient non seulement illégales mais également non valables. Il n'en aurait pas été de même si la déclaration de non-validité avait été censée s'appliquer à de quelconques mesures législatives, administratives ou autres prises par la Norvège dans le cadre de son propre droit. En pareil cas, il lui aurait seulement été possible de déclarer que lesdites mesures étaient internationalement illicites.

Par comparaison, des décisions telles que celles prises à propos de l'affaire du *Traité Bryan-Chamorro* et (pour le dispositif essentiel) de l'affaire *Martini* semblent être parfaitement fondées. Dans ces deux affaires, la décision internationale a consisté à déclarer qu'il y avait acte illicite et que l'Etat auteur avait une obligation en conséquence.

Personnaz adopte, à juste titre, la même position de principe sur la question (*op. cit.* [*supra* n. 42], p. 85).

[142] Voir *supra* note 95.

[143] Voir *supra* note 131.

dérive, dans ce cas, du fait que la nature de l'événement et de ses effets nocifs a rendu la *restitutio* physiquement impossible. Tel peut être le cas si l'objet à restituer a péri, s'il a été irrémédiablement détérioré ou s'il s'est produit une altération de la situation de fait qui rend impossible la *restitutio* physique. Les auteurs sont unanimes à noter que « la notion d'impossibilité physique ou matérielle ne pose pas de difficulté : il est évident qu'aucune restitution *in integrum* ne peut être accordée si, par exemple, un navire saisi illégalement a sombré »[144] ou si l'objet est perdu ou détruit[145] ou, comme l'a suggéré Salvioli, « s'il n'y en a pas d'autres de la même espèce »[146]. Alvarez de Eulate parle de « situations irréversibles » et formule quelques hypothèses : « le défaut d'identité entre la situation originelle et l'état actuel, en particulier du fait du passage du temps [...]; la disparition et la destination des biens »[147]. On trouvera également mention de l'impossibilité matérielle ou physique dans la jurisprudence, notamment après l'affaire de l'*Usine de Chorzów*[148]. Il s'agit de façon tout à fait évidente de la conséquence de l'adage : « A l'impossible, nul n'est tenu. »

86. La question de l'impossibilité dite légale est moins simple; il faut alors faire une distinction essentielle entre l'impossibilité réelle ou alléguée découlant d'obstacles juridiques internationaux et l'impossibilité réelle ou alléguée découlant d'obstacles tenant au droit interne. En termes généraux, valant également pour la *restitutio* en droit privé, on peut qualifier de juridique ou de légal tout obstacle à la *restitutio in integrum* découlant de règles écrites ou non écrites du droit. Dans le cas de la *restitutio* internationale, cette définition suscite, cependant, des difficultés, précisément parce que le droit interne ne fait pas partie du droit international et que ses règles ne sont pas réellement considérées comme des règles de droit. Ces difficultés peuvent se poser dans une moindre mesure, mais de façon non négligeable, dans les rapports entre les diverses normes du droit international elles-mêmes, car le fort degré de relativité qui caractérise en particulier les règles internationales créées par les traités risque, dans certains cas, d'exclure la possibilité, pour l'Etat demandeur la *restitutio*, d'invoquer une règle de droit international (comme fondement de l'impossibilité légale).

87. En principe, il ne semble pas exister de difficulté logique concernant l'impossibilité juridique de *restitutio in integrum* découlant du droit international lui-même. On peut même théoriquement concevoir une situation dans laquelle la *restitutio* se heurterait à un obstacle découlant de la Charte des Nations Unies (Art. 103) ou de règles de droit écrites ou non écrites s'imposant par ailleurs. La *restitutio* se heurterait, en pareil cas, à une difficulté comparable *mutatis mutandis* à celle qui pourrait se présenter dans tout système juridique national, du fait que la *restitutio* dans un procès civil serait incompatible avec des règles constitutionnelles ou autres normes en vigueur. On peut citer aussi la difficulté tenant à la doctrine contemporaine qui nie le droit à *restitutio* en cas de nationalisation (question qui sera examinée *infra* par. 106)[149]. La question serait, en principe, moins facile à résoudre si une obligation de *restitutio* en faveur de l'Etat lésé B entrait en conflit avec une obligation résultant d'un traité conclu par l'Etat auteur A avec un troisième Etat C. Dans cette hypothèse, qui illustre bien le caractère généralement relatif des règles (et des obligations) conventionnelles en droit international[150], l'impossibilité de *restitutio* ne pourrait alors, contrairement aux cas considérés plus haut, être opposée par l'Etat A, tout au moins en tant qu'obstacle juridique, à l'Etat lésé B. Il incomberait alors à l'Etat A de choisir de léser l'Etat B ou l'Etat C, le choix consistant à refuser la *restitutio* à l'Etat lésé B (afin de se conformer à l'obligation à l'égard de l'Etat C) étant, à l'évidence, un obstacle de caractère factuel plutôt que juridique à la *restitutio*.

88. En ce qui concerne l'impossibilité juridique, réelle ou prétendue, de *restitutio* découlant du droit international, le précédent Rapporteur spécial a soulevé, dans son deuxième rapport, la question (déjà mentionnée dans son premier rapport) de la relation entre la règle générale, qui place l'Etat auteur dans l'obligation de fournir une *restitutio in integrum*, et l'autre règle générale du droit international qui, à son avis, protège tout Etat contre la violation de sa compétence nationale en cas de demande formée par d'autres Etats[151]. Ce serait notamment cette seconde règle qui, en l'emportant sur la règle prescrivant la *restitutio*, permettrait à l'Etat auteur de remplacer la *restitutio in integrum* par une compensation pécuniaire. Bien entendu, ajoute-t-il, ceci ne s'appliquerait pas dans tous les cas. L'inexécution de la *restitutio* ne serait licite, selon lui, que si la situation était sans conteste du ressort de la compétence de l'Etat auteur. L'inexécution de la *restitutio* ne saurait se justifier (nonobstant le conflit avec la compétence nationale) dans le cas, par exemple, « de l'occupation illicite, par un Etat, d'une partie du territoire d'un autre Etat » (car « non seulement l'occupation doit cesser, mais les objets enlevés de la zone occupée doivent être restitués »)[152]. Selon M. Riphagen, le principe de la compétence nationale ne serait pas non plus en conflit avec les décisions de tribunaux internationaux prononçant la nullité des mesures prises par un Etat en ce qui concerne un territoire se trouvant sous la souveraineté

[144] Jiménez de Aréchaga, *loc. cit.* (*supra* n. 10), p. 566.

[145] Balladore Pallieri, *loc. cit.* (*supra* n. 91), p. 72.

[146] G. Salvioli, « La responsabilité des Etats et la fixation des dommages-intérêts par les tribunaux internationaux », *Recueil des cours..., 1929-III*, Paris, Hachette, 1930, t. 28, p. 237.

[147] Alvarez de Eulate, *loc. cit.* (*supra* n. 42), p. 268 et 269. On trouvera un point de vue semblable dans D. P. O'Connell, *International Law*, 2e éd., Londres, Stevens, 1970, vol. II, p. 1115; et G. Schwarzenberger, *International Law*, 3e éd., Londres, Stevens, 1957, p. 655 et 658.

[148] Voir *supra* note 40.

[149] On se souvient que, pour certains auteurs, il n'y a pas d'obligation de *restitutio* en cas de nationalisation de certains types de biens étrangers privés et en cas de résiliation de contrats de concessions accordées à des étrangers pour l'exploitation de ressources naturelles. Voir p. ex. Graefrath, *loc. cit.* (*supra* n. 22), p. 80 et 81 et les références citées.

[150] Comme l'indique Anzilotti :

« L'impossibilité peut être juridique si la restitution ne peut avoir lieu sans violer une norme du droit international opposable à l'Etat qui demande la restitution. » (*Op. cit.* [*supra* n. 17], p. 526.)

[151] Si, dans son deuxième rapport, M. Riphagen n'a effectivement envisagé, dans le projet d'article 4 (devenu projet d'article 6), que l'impossibilité matérielle comme cause du remplacement total ou partiel de la *restitutio* par une compensation pécuniaire, il mentionne sans équivoque les impossibilités juridiques. Il distingue, en particulier, une « impossibilité juridique en vertu du système juridique national de l'Etat auteur » et une « impossibilité juridique en vertu d'une règle de droit international ». (*Annuaire... 1981*, vol. II [1re partie], p. 103, doc. A/CN.4/344, par. 156 et 157.)

[152] *Ibid.*, p. 98, par. 125. M. Riphagen se réfère expressément à l'affaire du *Temple de Préah Vihéar*, l'un des rares cas où il voit une application incontestable du principe *restitutio in integrum, stricto sensu*.

d'un autre Etat[153]. La compétence nationale pourrait avoir, au contraire, un effet négatif si la *restitutio* impliquait une obligation pour l'Etat auteur, dans les cas où ce ne serait pas le droit international mais seulement le droit interne (de l'Etat auteur) qui aurait une fonction normative. C'est dans cette catégorie de cas que semblent devoir être rangées les situations de droit interne où se trouvent impliquées des personnes physiques ou morales étrangères.

89. Le présent Rapporteur spécial ne peut souscrire à l'avis que l'on puisse tirer de la notion de compétence nationale un quelconque argument pour réfuter le caractère général de l'obligation incombant à l'Etat auteur de fournir une *restitutio in integrum*. La notion de compétence nationale ne saurait remettre en question l'obligation internationale de fournir une restitution en nature, de même qu'elle ne saurait être utilisée pour remettre en question une quelconque autre obligation (primaire ou secondaire) découlant du droit international. L'existence même d'une obligation internationale exclut qu'il puisse y avoir atteinte à la compétence d'un Etat quand celui-ci est requis de se conformer à cette obligation. En ce qui concerne en particulier le droit interne de l'Etat auteur, il ne faut jamais oublier qu'il n'existe pratiquement pas de règle internationale dont l'observation n'ait de répercussion sur le droit interne de l'Etat qui est lié par cette règle. L'idée que la compétence nationale, et le principe de la non-intervention dans celle-ci, puisse entrer en conflit, de quelque façon que ce soit, avec l'obligation de fournir une restitution en nature ou tout autre mode de réparation ou, du reste, la simple cessation ou la suspension du comportement illicite, semble découler d'une confusion entre, d'une part, le droit de l'Etat lésé d'obtenir la *restitutio* (ou toute autre forme de réparation) en raison d'un droit positif, et, d'autre part, le droit de l'Etat lésé par un fait illicite de prendre des mesures tendant à sa cessation et/ou à une réparation. Comme on le verra en temps utile, contrairement aux règles du droit positif relatives à la cessation ou à la réparation, ces mesures doivent être sujettes, sauf dans le cas de certains crimes à déterminer, aux limites de la compétence nationale. En d'autres termes, le respect de la compétence nationale est une condition de la légalité d'une décision d'un Etat ou d'un organe international. Elle n'est pas et ne saurait, à l'évidence, pas être, *per la contradizion che nol consente*[154], une condition de la légalité d'une règle de droit ou d'une obligation légale internationales. La nécessité d'éviter toute confusion de cette nature est une autre bonne raison de maintenir une certaine distinction, parmi les conséquences d'un fait illicite entre, d'une part, des questions relatives aux droits et obligations de base (primaires ou secondaires) découlant d'un fait illicite et, d'autre part, les droits (facultés) et obligations (ou sujétions) relatifs aux mesures applicables par l'Etat ou les Etats lésés pour obtenir réparation ou satisfaction, ou infliger une sanction à l'autre (v. *supra* par. 14 et 15).

90. Une difficulté plus grave se pose, cependant, en raison d'un autre aspect de la question, qui est « l'impossibilité juridique » de la *restitutio* découlant du droit interne de l'Etat auteur. On est alors confronté à un problème de conflit entre deux exigences incompatibles : *a*) le principe selon lequel un Etat ne peut se dérober à ses obligations internationales en invoquant des règles de son propre droit (art. 4 de la première partie du projet d'articles); et *b*) la difficulté factuelle à laquelle se heurte le gouvernement de l'Etat auteur devant un obstacle tenant aux règles du droit interne que tout organe d'un Etat de droit *(Rechtsstaat)* est tenu de respecter. Etant donné le principe qui vient d'être mentionné, il appartient au gouvernement de l'Etat auteur de trouver une issue. Il semble pourtant raisonnable, avant de proposer une conclusion, d'examiner les opinions exprimées jusqu'à présent dans la doctrine et par les précédents Rapporteurs spéciaux.

91. Il y a lieu de rappeler, d'abord, l'opinion de deux des précédents Rapporteurs spéciaux, M. García Amador et M. Riphagen. En dépit de certaines différences qui se reflètent dans les projets d'articles qu'ils ont présentés, leurs points de vue paraissent semblables. Tous deux estiment apparemment que le fonctionnement de la *restitutio in integrum* comme moyen de réparation (notamment la *restitutio* dite juridique) se trouverait limité par d'importants principes du droit interne, et surtout de droit constitutionnel. En particulier, l'Etat lésé ne serait pas habilité à demander une *restitutio*, si l'exécution de cette réparation avait pour conséquence l'annulation ou la non-application de dispositions législatives, d'actes administratifs ou de jugements définitifs au sein du système juridique de l'Etat auteur. Il semble que, dans de tels cas, il serait inévitable, selon les juristes cités, soit : *a*) de remplacer automatiquement la *restitutio in integrum* par une réparation équivalente; soit *b*) de donner à l'Etat auteur un choix non contestable entre, d'une part, l'exécution de la *restitutio*, nonobstant l'obstacle juridique, et, de l'autre, l'offre d'une réparation par équivalent.

92. Les bases de la position de M. Riphagen concernant l'impossibilité dite juridique de *restitutio* résultant du droit interne ne sont pas entièrement claires. Il semble que, selon lui, dans certaines circonstances qui tiennent à la gravité qualitative et quantitative de la violation (et, sans doute, du préjudice), l'Etat auteur pourrait être exempté de l'obligation de fournir une *restitutio in integrum*, chaque fois que son droit interne ne lui permet pas de s'acquitter de cette obligation[155]; et, étant donné que ce serait le cas des « droits dont l'Etat lésé jouit par l'intermédiaire de ses ressortissants », ainsi que des « droits dont l'Etat lésé jouit par l'intermédiaire de navires ou d'aéronefs battant son pavillon »[156], il conclut « qu'en pareil cas la réparation doit représenter l'équivalent, sous forme pécuniaire, de l'application du droit interne [...] à la victime du fait illicite, ressortissante de l'Etat lésé »[157]. Il ne manque pas d'admettre, à ce stade,

[153] M. Riphagen se réfère sur ce point à l'affaire du *Statut juridique du Groenland oriental* (*ibid.*, par. 126).

[154] « Vouloir et repentir ne se pouvant ensemble, par la contradiction qui ne permet pas », Dante, *L'Enfer*, XXVII, 119 et 120 (trad. J. Risset, Paris, Flammarion, 1985).

[155] Selon M. Riphagen, « le système juridique peut « ne pas satisfaire aux normes » tant en ce qui concerne la procédure qu'en ce qui concerne le contenu des « moyens de droit » qu'il prévoit ». (*Annuaire... 1981*, vol. II [1re partie], p. 103, par. 156.)

[156] La violation de ces droits proviendrait, selon M. Riphagen, d'un « comportement dans l'exercice normal de la compétence nationale qui accidentellement constituerait une violation d'une obligation internationale » ou de « l'application de règles et de procédures nationales non entièrement conformes aux normes internationales ». (*Ibid.*, p. 101, par. 138.)

[157] *Ibid.*, p. 93, par. 91.

que la solution qu'il suggère ainsi suscite une sérieuse « difficulté doctrinale »[158]. Il reconnaît en fait que

A proprement parler, la souveraineté de l'Etat auteur, qui comprend son pouvoir législatif interne de modifier, même avec effet rétroactif et même pour un cas particulier, son système de droit interne, semble exclure l'acceptation, sur le plan international, de cette « impossibilité » [qui découle du droit interne][159].

Il surmonte néanmoins cette « difficulté doctrinale » en affirmant que cette impossibilité est, en fait, prise en compte dans les dispositions des traités relatifs au règlement pacifique des différends, dans lesquelles il est habituellement prévu, pour le cas où l'action administrative ne peut pas aboutir aux résultats désirés, qu'il y aura indemnisation ou toute autre forme de satisfaction équitable. Il faut souligner cependant que dans ses rapports suivants, en particulier dans le sixième, M. Riphagen manifeste plus de prudence à l'égard de l'impossibilité dite juridique résultant du droit national. Il se borne à indiquer que les mesures à effet rétroactif *(ex tunc)* de *restitutio in integrum* posent souvent des problèmes « au niveau des faits et du droit (interne), car le fait en question peut produire des effets tant matériels que juridiques », mais il ajoute aussitôt, de façon très claire, que

Sur le plan juridique, le rétablissement de la situation antérieure avec effet rétroactif est, au contraire, toujours matériellement possible, quoique sa traduction dans les faits — à savoir la renaissance de la situation juridique et l'exercice des droits qui en découlent — pose le même problème. Néanmoins, du point de vue de ses conséquences juridiques, le rétablissement rétroactif de la situation juridique antérieure n'est pas, là non plus, matériellement impossible. [...][160].

Il est évident qu'il n'est plus fait référence ici à l'impossibilité juridique de *restitutio* découlant du droit interne, mais seulement à une difficulté factuelle éventuelle qui s'opposerait à la jouissance (par les victimes de la violation) de la situation juridique créée par l'action ou l'omission internationalement illicite de l'Etat auteur.

93. Les positions favorables à une conception restrictive de la *restitutio in integrum*, qui viennent d'être résumées dans le paragraphe précédent, ne sont généralement pas partagées par la plupart des auteurs.

a) Selon eux, en effet, les difficultés qu'un Etat pourrait rencontrer dans le cadre de son propre système juridique pour s'acquitter d'une obligation internationale, dans ses relations avec un ou plusieurs autres Etats, ne suffisent pas, en soi, pour justifier juridiquement le fait de ne pas remplir cette obligation. Ce principe général, accepté universellement en ce qui concerne les obligations internationales découlant des règles primaires, serait également applicable à celles découlant des règles secondaires. Le même principe devrait, par conséquent, s'appliquer à la *restitutio in integrum* en tant que moyen de réparation, chaque fois qu'elle se heurte à un obstacle juridique tenant au droit interne. Une adhésion rigoureuse à ce principe, au moins en tant que règle générale, se retrouve, par exemple, chez Anzilotti[161], Visscher[162], Personnaz[163], Morelli[164], et, de façon plus synthétique, chez Oeser[165], Ténékidès[166], Strupp[167], Wengler[168] et Berber[169]. La position exprimée plus récemment par Graefrath[170] est la même dans son principe.

b) Alvarez de Eulate adopte, semble-t-il, une position nettement opposée, proche de celle de M. García Amador et M. Riphagen, et sans doute en accord avec les auteurs qui ne discutent pas la question de principe et se bornent à noter qu'en réalité les Etats ne procèdent pas à une *restitutio in integrum* à cause de difficultés inhérentes à leur propre système juridique. Traitant de l'impossibilité parmi les causes empêchant la *restitutio*, il mentionne expressément « l'impossibilité juridique, en particulier, en raison d'obstacles constitutionnels, qui s'opposent à la *restitutio in integrum* »[171].

c) D'autres auteurs tendent, au contraire, à distinguer entre les divers actes ou situations juridiques relevant de l'Etat auteur. Ils reconnaissent, par exemple, que la grande difficulté que présenterait pour l'Etat l'annulation d'un jugement définitif — qui poserait des difficultés constitutionnelles — semble limiter la validité d'une demande de *restitutio in integrum*[172].

---

[158] *Ibid.*, p. 94, par. 93; mais, plus que d'une « difficulté doctrinale », il s'agit d'une difficulté structurelle qui tient à la nature même de l'Etat du point de vue du droit international, à savoir celle d'une puissance souveraine et indépendante, capable de façonner et de modifier son système juridique interne autant qu'il le faut pour s'acquitter de ses obligations internationales.

[159] *Ibid.*

[160] M. Riphagen précise :

« [...] Par exemple, la saisie d'un bien, notamment si celui-ci a été cédé (par opposition à sa destruction), peut avoir été suivie de transactions juridiques portant sur ce bien (ou sur ces « revenus ») qui, en tant que telles, peuvent être déclarées nulles rétroactivement. » (*Annuaire... 1985*, vol. II [1re partie], p. 9 et 10, doc. A/CN.4/389, par. 9 du commentaire du projet d'article 6.)

[161] Pour Anzilotti :

« [...] on ne peut pas admettre une impossibilité dérivant des lois internes de l'Etat responsable, à moins que le contraire ne résulte d'une interprétation correcte des normes internationales. » (*Cours de droit..., op. cit.* [*supra* n. 17], p. 526.)

[162] Ch. de Visscher, « Le déni de justice en droit international », *Recueil des cours..., 1935-II*, Paris, Sirey, 1936, t. 52, p. 436 et 437.

[163] Selon Personnaz :

« Les Etats objecteront souvent de leur législation constitutionnelle, de l'indépendance de l'autorité judiciaire et des traités qu'ils peuvent avoir passés avec d'autres Etats pour se soustraire à une telle mesure *[restitutio in integrum]* »

et, citant Anzilotti, il ajoute : « La solution théorique serait de rejeter une telle exception. » (*Op. cit.* [*supra* n. 42], p. 83.)

[164] Morelli estime que :

« [...] Une impossibilité qui résulterait du droit interne de l'Etat auteur du fait illicite n'est pas, à cet égard, pertinente en droit international général. » (*Op. cit.* [*supra* n. 10], p. 359.)

[165] E. Oeser, « Völkerrechtsverletzungen und völkerrechtliche Verantwortlichkeit », *in* E. Oeser et W. Poegel, éd., *Völkerrecht. Grundriss*, Berlin, Staatsverlag der DDR, 1983, p. 245.

[166] G. Ténékidès, « Responsabilité internationale », *in* Dalloz, *Répertoire de droit international*, Paris, 1969, t. II, p. 790.

[167] Strupp, *op. cit.* (*supra* n. 42), p. 209 et 210.

[168] W. Wengler, *op. cit.* (*supra* n. 42), p. 511.

[169] F. Berber, *Lehrbuch des Völkerrechts*, Munich, C. H. Beck, 1977, t. III (2e éd. rev.), p. 25.

[170] Graefrath dit que

« [...] En règle générale, il incombe à l'Etat obligé de procéder à la restitution de décider de quelle manière il s'acquittera, selon son droit interne, de cette obligation. Il a le devoir de trouver un moyen. »

Il ajoute, citant Wengler : « Les obstacles qui s'opposeraient, dans le droit national, à cette restitution pourraient, d'une façon générale, rester ignorés du droit international. » (*Loc. cit.* [*supra* n. 22], p. 78.) Dans le même sens, voir B. Graefrath, E. Oeser, P. A. Steiniger, *Völkerrechtliche Verantwortlichkeit der Staaten*, Berlin, Staatsverlag der DDR, 1977, p. 174.

[171] Alvarez de Eulate, *loc. cit.* (*supra* n. 42), p. 269.

[172] Voir Zemanek, « Die völkerrechtliche Verantwortlichkeit... », *loc. cit.* (*supra* n. 43), p. 378; et, plus particulièrement, H. Urbanek, « Die Unrechtsfolgen bei einem völkerrechtsverletzenden nationalen Urteil;

(Suite de la note page suivante)

94. Les opinions résumées dans les alinéas *b* et *c* ci-dessus ne semblent pas conformes au droit international général. Indépendamment des vues majoritaires présentées à l'alinéa *a*, cela ressort également du fait que les Etats ont recours au droit conventionnel pour exclure, modifier ou limiter le fonctionnement de la *restitutio in integrum* dans les cas où une telle réparation pourrait donner lieu à des difficultés trop grandes pour l'Etat auteur. Il y a lieu de citer en particulier à cet égard l'article 32 de l'Acte général du 26 septembre 1928 (Règlement pacifique des différends internationaux)[173] :

Article 32

Si la sentence judiciaire ou arbitrale déclarait qu'une décision prise ou une mesure ordonnée par une autorité judiciaire ou toute autre autorité de l'une des parties en litige se trouve entièrement ou partiellement en opposition avec le droit international, et si le droit constitutionnel de ladite partie ne permettait pas ou ne permettait qu'imparfaitement d'effacer les conséquences de cette décision ou de cette mesure, les parties conviennent qu'il devra être accordé par la sentence judiciaire ou arbitrale, à la partie lésée, une satisfaction équitable.

Avant l'Acte général de 1928, les Etats avaient élaboré une disposition semblable dans l'article 7 du projet de convention de 1907 relative à l'établissement d'une cour internationale des prises[174]; on peut également citer comme exemple l'article 10 du Traité d'arbitrage et de conciliation de 1921 entre l'Allemagne et la Suisse[175]. Plus récemment, la même clause restrictive a été introduite dans l'article 50 de la Convention européenne des droits de l'homme de 1950[176] :

Article 50

Si la décision de la Cour déclare qu'une décision prise ou une mesure ordonnée par une autorité judiciaire ou toute autre autorité d'une Partie contractante se trouve entièrement ou partiellement en opposition avec les obligations découlant de la présente convention, et si le droit interne de ladite partie ne permet qu'imparfaitement d'effacer les conséquences de cette décision ou de cette mesure, la décision de la Cour accorde, s'il y a lieu, à la partie lésée une satisfaction équitable.

Il en est de même dans la Convention européenne de 1957 pour le règlement pacifique des différends[177]. On a relevé que, dans les instruments conventionnels prévoyant des procédures de règlement par recours à des tierces parties, des dispositions de ce type sont adoptées afin de prévenir ou de réduire les difficultés qui pourraient résulter, au cours du processus de réparation, du système juridique interne de l'Etat auteur. Ces instruments permettent aux parties contractantes « de rejeter une demande de réparation si elle s'oppose à leur droit constitutionnel, ou [...] limitent les demandes de réparation à celles qui peuvent être satisfaites par voie administrative »[178]; de telles dispositions sont « manifestement destinées à protéger le système juridique interne d'une intervention extérieure »[179] (c'est-à-dire, selon le Rapporteur spécial, de l'intervention d'autres Etats ou d'organismes internationaux).

95. Cependant, le fait même que les Etats jugent nécessaire de se mettre expressément d'accord pour empêcher que des mesures de restitution n'affectent gravement les principes fondamentaux du droit national semble indiquer qu'ils estiment qu'au niveau du droit international général, la nécessité pour l'Etat auteur de s'acquitter de ses obligations, y compris par la *restitutio in integrum*, doit l'emporter sur les obstacles juridiques internes. Cette conclusion se trouve confirmée par la jurisprudence des Etats et par les décisions internationales. On peut citer, par exemple, le différend survenu entre le Japon et les Etats-Unis d'Amérique (1906) à propos des politiques discriminatoires de l'administration de l'Etat de Californie, en ce qui concerne l'accès des enfants d'origine asiatique aux établissements d'enseignement; le Japon eut gain de cause et obtint la révision de la législation californienne[180]. On a déjà fait mention (*supra* par. 76) de l'*Article 61, al. 2, de la Constitution de Weimar*, relatif à la participation de représentants autrichiens au Reichsrat, affaire dans laquelle il a fallu un amendement constitutionnel pour que l'Allemagne s'acquitte pleinement de l'obligation résultant de l'article 80 du Traité de Versailles. On peut également citer l'affaire *Crenner-Erkens* (1961), dans laquelle deux diplomates belges avaient été arrêtés et détenus par la police katangaise, puis expulsés. La mesure d'expulsion fut annulée à la suite des protestations du vice-doyen du corps diplomatique à Léopoldville[181]. Si on laisse de côté, en raison de leur caractère particulier, quoique non dépourvu d'intérêt, les traités prévoyant l'annulation de mesures prises par des Etats belligérants contre des ressortissants des Nations Unies[182], on citera à nouveau ici le différend bien connu entre l'Italie et le Venezuela dans l'affaire *Martini*. Le tribunal arbitral avait considéré que les obligations de paiement imposées à la Maison Martini devaient être annulées à titre de réparation : « En prononçant leur annulation, le tribunal arbitral souligne qu'un acte illicite a été commis et applique le principe que les conséquences de l'acte illicite doivent être effacées[183]. » On peut citer également les affaires de l'*Université Peter Pázmány* et du *Statut juridique du Groënland oriental*. Dans le premier cas, la CPJI avait décidé que les biens immobiliers réclamés devaient être restitués « libérés de toutes mesures de disposition, d'administration forcée ou de séquestre » (v. *supra* par. 81). Dans le second cas, la CPJI avait décidé, comme on l'a déjà vu (*supra* par. 76 *in fine*), que la déclaration d'occupation promulguée par le Gouvernement norvégien en date du 10 juillet 1931, ainsi que toutes mesures prises à cet égard par ce même gouvernement, constituaient une infraction à l'état juridique existant, et, par conséquent, étaient illégales et non valables.

(*Suite de la note 172.*)
seine Behandlung durch internationale Gerichte », *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, Vienne, vol. 11, n° 1, 1961, p. 70 et suiv.

[173] SDN, *Recueil des Traités*, vol. XCIII, p. 343.

[174] Voir J. B. Scott, éd., *Les Conventions et les Déclarations de La Haye de 1899 et 1907*, 3e éd., New York, Oxford University Press, 1918, p. 188.

[175] SDN, *Recueil des Traités*, vol. XII, p. 271.

[176] Voir *supra* note 28.

[177] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 320, p. 243.

[178] Bissonnette, *op. cit.* (*supra* n. 72), p. 20.

[179] Graefrath, *loc. cit.* (*supra* n. 22), p. 78.

[180] Voir R. L. Buell, « The development of the anti-Japanese agitation in the United States », *Political Science Quarterly*, New York, vol. 37, 1922, p. 620 et suiv.; *Revue générale de droit international public*, Paris, t. 14, 1907, p. 636 et suiv.

[181] *Revue générale de droit international public*, Paris, t. 65, 1961, p. 813.

[182] Voir art. 78, par. 2, du Traité de paix de 1947 (v. *supra* n. 86). Voir aussi, p. ex., chap. V (Restitutions externes), art. 3, par. 1, de la Convention du 26 mai 1952 sur le règlement de questions issues de la guerre et de l'occupation, telle que modifiée par le Protocole du 23 octobre 1954 sur la cessation du régime d'occupation dans la République fédérale d'Allemagne (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 332, p. 219).

[183] Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, p. 1002.

96. La question a été traitée, quoique sans référence particulière à la *restitutio*, dans des projets d'articles relatifs à la codification de la responsabilité internationale, établis par des organismes ou conférences juridiques internationaux. C'est le cas de l'article 5 du projet de code de droit international, élaboré en 1926 par la branche japonaise de l'Association de droit international[184] :

Article 5

Un Etat ne peut se soustraire à la responsabilité consacrée par les présentes règles en invoquant son droit constitutionnel ou sa pratique en la matière.

Il en est de même de l'article 2 du projet de convention relatif à la responsabilité internationale des Etats à raison des dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers, élaboré en 1929 par la Harvard Law School[185] :

Article II

Le droit international et les traités déterminent la responsabilité de l'Etat nonobstant toute disposition contraire de son droit national, des décisions de ses tribunaux nationaux ou de ses conventions avec des étrangers.

L'article 5 du projet d'articles sur la responsabilité des Etats en ce qui concerne les dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers, adopté en première lecture par la Troisième Commission de la Conférence pour la codification du droit international (La Haye, 1930)[186], dispose :

Article V

Un Etat ne peut décliner sa responsabilité internationale en invoquant (l'état de) son droit interne.

[...]

Plus explicite est le paragraphe 2 de l'article 9 du projet de convention sur la responsabilité des Etats pour les dommages causés sur leur territoire à la personne et aux biens des étrangers, préparé en 1930 par la Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht[187] :

2. Les difficultés que le rétablissement de cette situation peut entraîner, notamment la nécessité d'exproprier des tiers acquéreurs et de les indemniser, n'ont pas pour effet d'empêcher l'exercice du droit de réclamer ledit rétablissement.

97. Il est à noter cependant que les difficultés résultant du droit interne ont été prises en considération, en ce qui concerne la possibilité de *restitutio*, à plusieurs occasions. Dans l'affaire *Junghans*[188], le tribunal arbitral avait décidé, dans sa sentence du 7 juillet 1939, que la forêt de Lunca-Sprie, qui était la propriété du ressortissant allemand Junghans, avait été expropriée de façon illicite par le Gouvernement roumain, et que ce dernier devait procéder à la *restitutio* en faveur des héritiers allemands de Junghans. Le tribunal avait cependant ajouté, dans des termes qui se sont pas très clairs, que si la restitution n'intervenait pas dans un délai de deux mois, le Gouvernement roumain paierait une indemnité aux ayants droit. La sentence, rendue le 2 mai 1929, dans l'affaire *Walter Fletcher Smith*[189] était explicite. Tout en faisant valoir que la restitution du bien immobilier exproprié par le Gouvernement cubain ne pouvait pas être considérée comme impropre, « dans l'intérêt des parties et du public », l'arbitre s'était prononcé pour une indemnité. De même, dans l'affaire de la *Compagnie grecque des téléphones* (1935)[190], le tribunal arbitral avait ordonné la *restitutio* du téléphone au concessionnaire; il avait cependant affirmé que l'Etat auteur pouvait, pour d'importantes raisons d'intérêt public, fournir une compensation pécuniaire à la place[191]. Une indemnisation avait également été acceptée — à la place de la *restitutio* qui avait été décidée d'abord (v. *supra* par. 66) — dans le différend *Dame Mélanie Lachenal*[192], la Commission de conciliation franco-italienne ayant reconnu que la *restitutio* entraînerait des procédures longues et difficiles de droit interne. Plus récemment, dans l'affaire *Aminoil*, les parties étaient convenues, dans un compromis d'arbitrage du 23 juin 1979, que le rétablissement du *statu quo ante*, par suite de l'annulation du contrat de concession par un décret du Gouvernement koweïtien, ne serait pas possible; elles étaient également convenues de soumettre à arbitrage la question de l'indemnisation (*an* et *quantum*)[193].

98. Pour conclure, il est indéniable que le système juridique d'un Etat, qui est intimement lié à son régime politique, économique et social, peut très fréquemment influer sur l'application effective du remède qu'est la restitution en nature. Comme le fait observer Anzilotti, on ne saurait raisonnablement contester « qu'il y ait des obstacles d'ordre interne que les Etats sont disposés à prendre en considération pour convertir la restitution en nature en une indemnité »[194]. Néanmoins, cela ne signifie aucunement que le droit international général voit une impossibilité juridique, au sens propre, dans tout obstacle considéré comme une difficulté ou une impossibilité juridique par le droit interne de l'Etat auteur. En d'autres termes, l'obligation de *restitutio* n'est pas, en droit international général, une forme de réparation subordonnée au système juridique national de l'Etat auteur, non plus qu'aux exigences qu'un tel système vise à satisfaire. Tout Etat qui entend s'acquitter de ses obligations internationales, secondaires aussi bien que primaires, doit veiller à ce que son droit interne, qui ne peut pas être invoqué à l'encontre de l'application des règles de droit international, permette de satisfaire aux exigences découlant de ces règles, notamment pour ce qui est de l'obligation de réparer par la *restitutio*. Bien entendu, un Etat a le droit de préserver son système politique, économique ou social de toute tentative illicite d'atteinte à sa souveraineté ou à sa compétence interne de la part d'autres Etats. Néanmoins, il ne peut en même temps prétendre que ses règles

[184] Reproduit dans *Annuaire... 1969*, vol. II, p. 146, doc. A/CN.4/217 et Add.1, annexe II.

[185] Reproduit dans *Annuaire... 1956*, vol. II, p. 229, doc. A/CN.4/96, annexe 9.

[186] SDN, doc. C.351(*c*)M.145(*c*).1930.V, *idem*, p. 226, annexe 3.

[187] Reproduit dans *Annuaire... 1969*, vol. II, p. 155 et suiv., doc. A/CN.4/217 et Add.1, annexe VIII.

[188] Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III, p. 1856.

[189] *Ibid.*, vol. II, p. 918.

[190] Voir J. G. Wetter et S. M. Schwebel, « Some little known cases on concessions », *The British Year Book of International Law, 1964*, vol. 40, p. 216 et notamment p. 221; cité comme précédent dans l'affaire *BP* c. *Gouvernement libyen*, *loc. cit.* (*supra* n. 51), p. 344.

[191] La raison de l'impossibilité n'était cependant pas clairement indiquée.

[192] Décision n° 172 du 7 juillet 1954 de la Commission de conciliation (Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIII, p. 130 et 131).

[193] Arbitrage entre le Koweït et l'American Independent Oil Company (Aminoil), voir *International Legal Materials*, Washington (D.C.), vol. 21, 1982, p. 976, et notamment p. 979; trad. française (extraits) dans *Journal du droit international* (Clunet), 109e année, 1982, p. 869 et notamment p. 871.

[194] Anzilotti, *Cours de droit...*, *op. cit.* (*supra* n. 17), p. 526.

de droit interne constituent des obstacles juridiques (au sens étroit) l'empêchant de s'acquitter de l'obligation internationale de fournir une *restitutio*. Les obstacles juridiques découlant du droit national sont, à la rigueur, des obstacles de fait du point de vue du droit international. Ainsi, ils ne sauraient être traités comme des obstacles strictement juridiques au même titre que ceux découlant des règles de droit international (voir *infra* sect. 5).

5. CHARGE TROP ONÉREUSE DES MESURES DE RESTITUTION

99. La charge trop onéreuse que représentent les mesures de restitution, tout en étant une circonstance différente de l'impossibilité juridique ou de l'impossibilité matérielle, mais non sans rapport avec elles, peut avoir aussi une incidence sur l'obligation de l'Etat auteur d'assurer la *restitutio in integrum*. Un certain nombre d'auteurs soutiennent, en fait, que, même si le rétablissement du *statu quo ante* ou de la situation, qui aurait prévalu si le fait illicite ne s'était pas produit, était matériellement et/ou juridiquement possible, l'Etat lésé n'aurait pas le droit de refuser la substitution d'une indemnisation à la *restitutio*, chaque fois que cette dernière se révélerait beaucoup trop lourde pour l'Etat auteur du fait illicite. Verzijl, par exemple, citant Verdross à l'appui, soutient que :

> [...] Il ne serait pas raisonnable de faire droit à une demande de *restitutio in integrum*, si ce mode de réparation devait imposer une charge disproportionnée à l'Etat coupable et si le tort pouvait être réparé par une indemnisation pécuniaire[195].

Une position analogue a été adoptée par Personnaz[196], Nagy[197], Čepelka[198], Berber[199] et Mann[200].

100. Le sujet a déjà été abordé dans le cadre de tentatives antérieures de codification. L'article 7 du projet de traité sur la responsabilité de l'Etat pour faits illicites internationaux, préparé en 1927 par Karl Strupp[201], stipulait :

> *Article 7*
>
> L'Etat lésé ne jouit pas d'une liberté de choix illimitée en ce qui concerne la réparation. Celle-ci ne peut être ni d'une gravité disproportionnée au dommage initial ni d'un caractère humiliant.

Et selon le paragraphe 3 de l'article 9 du projet de convention susmentionné (*supra* par. 96 *in fine*) de la Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht :

> 3. Le rétablissement de la situation ne peut être exigé lorsque cette demande est abusive et, en particulier, lorsque ledit rétablissement serait une source de difficultés disproportionnées avec les intérêts de la personne lésée.

101. La jurisprudence arbitrale offre quelques exemples dans lesquels il a été considéré que la *restitutio in integrum* n'était pas réalisable. L'un d'eux est l'affaire des *Forêts du Rhodope central* (v. *infra* par. 111), dans laquelle l'arbitre, tout en admettant qu'en principe la *restitutio* serait préférable, l'avait estimée moins réalisable que l'indemnisation, nonobstant les difficultés que celle-ci poserait également. Il n'est pas tout à fait sûr cependant que la charge trop onéreuse que la *restitutio* imposerait à l'Etat auteur ait été un élément déterminant dans le choix de l'arbitre[202]. Deux décisions de la Commission de conciliation franco-italienne méritent aussi d'être signalées. Dans le différend *Industrie Vicentine Elettro-Meccaniche (IVEM)*, la Commission avait estimé que, même si la société française dépossédée avait droit, en principe, à la restitution de 20 075 actions de l'IVEM,

> assurément la restitution des 20 075 actions, en tant que « corpus », est possible, mais les actions correspondent à la participation à un patrimoine. Or, le patrimoine de l'IVEM n'est plus aujourd'hui ce qu'il était en 1942, et cela non seulement à cause du mouvement incessant auquel les éléments de l'actif et du passif d'une entreprise industrielle sont nécessairement soumis. Nous nous trouvons ici en face d'autre chose[203].

Dans le différend *Bonnet-Tessitura Serica Piemontese*, la Commission de conciliation avait débouté une société française de sa demande en *restitutio*, en faisant valoir qu'attendu « que l'indemnité proposée s'applique à défaut d'une restitution juridiquement possible mais en pratique inopportune », l'Italie était uniquement tenue de payer une indemnité[204].

102. Il semble donc justifié de croire que l'obligation de l'Etat auteur d'assurer la *restitutio in integrum* se trouve effectivement limitée par la charge excessive que celle-ci imposerait à cet Etat — étant entendu sans doute que cette charge est disproportionnée par rapport à la gravité du fait illicite et du dommage causé. On peut ajouter qu'une charge trop onéreuse pourrait être un obstacle de nature générale à la *restitutio* et, en tant que tel, il

---

[195] Verzijl, *op. cit.* (*supra* n. 100), p. 744.

[196] Selon Personnaz : « on ne doit pas exiger de l'auteur de l'acte dommageable un trop grand effort, disproportionné avec la gravité de son manquement. » (*Op. cit* [*supra* n. 42], p. 89 et 90.)

[197] Nagy, *loc. cit.* (*supra* n. 22), p. 177.

[198] Čepelka indique que

« [...] l'Etat lésé a le devoir d'accepter la prestation subsidiaire (bien que la restitution *in integrum* soit possible), si la réalisation de la restitution entraînait des frais en disproportion avec le dommage causé. C'est pourquoi l'attitude de l'Etat qui persiste à exiger dans un tel cas la restitution, bien que l'indemnisation correspondante lui soit offerte, doit être qualifiée d'abus de droit. » (*Op. cit.* [*supra* n. 90], p. 28.)

[199] Berber, *op. cit.* (*supra* n. 169), p. 25.

[200] Mann, *loc. cit.* (*supra* n. 10), p. 4 et 5.

[201] Reproduit dans *Annuaire... 1969*, vol. II, p. 157, doc. A/CN.4/217 et Add.1, annexe IX.

[202] Selon la sentence

« Il a été suggéré au cours du procès que, dans le cas d'une approbation entière ou partielle de la demande, le défendeur devrait être obligé à restituer les forêts aux réclamants. Le demandeur a toutefois laissé à l'appréciation de l'arbitre l'opportunité d'une pareille restitution.

« L'arbitre estime qu'on ne saurait imposer au défendeur l'obligation de restituer les forêts aux réclamants. Plusieurs raisons militent en faveur de cette attitude. Les réclamants pour lesquels une demande formée par le Gouvernement hellénique a été considérée comme recevable sont associés d'une société commerciale comptant d'autres associés encore. Il serait donc inadmissible d'obliger la Bulgarie à restituer intégralement les forêts litigieuses. Il n'est guère vraisemblable, en outre, que les forêts se trouvent dans le même état qu'en 1918. Etant donné que la plupart des droits sur les forêts ont le caractère de droits de coupe d'une quantité fixe de bois devant être enlevée pendant une période déterminée, une sentence concluant à la restitution serait conditionnée par l'examen de la question de savoir si l'on peut actuellement obtenir la quantité cédée. Une telle sentence exigerait aussi l'examen et le règlement des droits qui pourraient avoir surgi dans l'intervalle en faveur d'autres personnes et être conformes ou non aux droits des réclamants.

« La seule solution pratique du différend consiste par conséquent à imposer au défendeur l'obligation de payer une indemnité. Elle se heurte également toutefois à de grandes difficultés, en raison des conditions particulières du présent litige. » (Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III, p. 1432.)

[203] Décision n° 125 du 1er mars 1952, de la Commission de conciliation (*ibid.*, vol. XIII, p. 349).

[204] Décision n° 120 du 3 mars 1952, de la Commission de conciliation (*ibid.*, p. 87).

engloberait non seulement les types d'obstacles généralement qualifiés de matériels ou de factuels, mais aussi les obstacles juridiques constitués par les lois nationales qui, contrairement aux obstacles découlant du droit international, sont à strictement parler des obstacles factuels. Il est à peine nécessaire de rappeler, une fois de plus, la fameuse opinion de la CPJI, selon laquelle, au regard du droit international, les lois nationales sont de « simples faits »[205]. Quoi qu'il en soit, toute allégation de charge trop onéreuse, de la part de l'Etat auteur, pour échapper à une demande en *restitutio* devra vraisemblablement être appréciée en fonction de l'équité et de son caractère raisonnable. Toute tentative de développement progressif ou de codification du droit international en la matière ne pourrait donc consister qu'à définir une règle générale, indiquant les éléments, facteurs ou circonstances sur lesquels les Etats ou les tribunaux internationaux devraient se fonder pour établir un juste équilibre entre les intérêts rivaux dans chaque cas.

103. Il est important de souligner, à ce stade, que puisque la limite que constitue une charge trop onéreuse tient au principe de la proportionnalité entre la gravité de la violation et celle du dommage, d'un côté, et la qualité et la quantité de la réparation, de l'autre, la limite en question (examinée *supra* par. 99 à 102) semble devoir être plus ou moins importante selon la dimension qualitative et quantitative du fait illicite du chef duquel la réparation est demandée. Cette limitation devrait donc fonctionner différemment selon la nature de la violation et selon que l'on a affaire à un délit ou à un crime. Il est probable que le critère de la charge trop onéreuse jouera un rôle moindre dans le cas des faits illicites les plus graves parmi ceux qualifiés de délits, et moindre encore dans le cas des crimes, et qu'il disparaîtra probablement totalement dans celui de crimes, tels que l'agression ou le génocide. Il serait en effet inéquitable que dans le cas de faits illicites de cette nature, vu le degré d'illicéité et l'étendue du dommage, l'effort de réparation incombant à l'Etat auteur — y compris particulièrement la restitution totale en nature — soit considéré comme excessif par rapport à la violation commise par cet Etat. C'est là une question que la Commission devra examiner attentivement quand elle en viendra à analyser *ex professo* les conséquences juridiques des crimes internationaux.

6. LA *RESTITUTIO* ET LE TRAITEMENT DES ÉTRANGERS

104. Bien que la Commission ait, à juste titre, abandonné depuis longtemps l'idée que la codification de la responsabilité internationale pourrait se limiter à la responsabilité des Etats pour les dommages causés à des étrangers, le problème de la *restitutio* appelle un certain nombre de remarques sur ce point particulier. Le précédent Rapporteur spécial lui avait, pour sa part, consacré spécialement le projet d'article 7, qui est examiné plus loin (par. 120 à 122). Il est d'abord nécessaire d'examiner la question au regard de la doctrine, de la pratique des Etats et de la jurisprudence.

105. Même si une bonne partie de la doctrine ancienne a souvent concentré son attention, non sans raison, sur le problème de la responsabilité internationale en cas de violation des règles concernant le traitement des étrangers, la doctrine contemporaine ne semble pas estimer que ce domaine doive faire par principe l'objet d'un régime spécial. L'idée de l'établissement d'un régime distinct envisagée par M. Riphagen dans le projet d'article 7, si elle a suscité une réaction favorable de la part de certains, a été critiquée, non seulement par des membres de la Commission[206], mais aussi par des auteurs : par exemple, si Zemanek[207] semble y être plutôt favorable, Graefrath[208] est résolument critique. La pratique examinée ci-dessus (par. 76 et suiv.) n'autorise pas à conclure à l'existence de règles spéciales concernant le traitement des étrangers. Il en ressort tout au plus que les affaires concernant le traitement des étrangers sont beaucoup plus nombreuses que celles concernant d'autres domaines de la responsabilité des Etats. Tout en étant favorable à l'idée de la « spécificité » du sujet, Zemanek lui-même ne semble pas donner d'exemples significatifs d'une pratique allant dans le sens d'une pluralité de régimes[209]. A l'appui de l'article 7 proposé par M. Riphagen, il ne cite que l'affaire des *Propriétés religieuses* expropriées par le Portugal et le compromis conclu par ce pays avec la France, le Royaume-Uni et l'Espagne. Cette affaire n'avait certes pas été réglée par une *restitutio in integrum*, mais c'était parce que le tribunal avait jugé les demandes irrecevables au motif que les demandeurs n'avaient pas réussi à prouver qu'ils étaient ressortissants des pays concernés[210]. Elle ne semble donc pas présenter d'intérêt en l'occurrence.

106. Il convient plutôt de souligner que des dispositions telles que celles de l'actuel projet d'article 7 répondent sans doute à l'intention de mettre l'Etat auteur dans une situation plus favorable, non pas tant dans le domaine du traitement des étrangers en général que dans le domaine

[205] Voir *supra* par. 82 l'extrait de l'arrêt du 25 mai 1926, rendu par la CPJI dans l'affaire relative à *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise, fond (C.P.J.I. série A n° 7)*. Voir aussi Anzilotti, *Cours de droit...*, *op. cit.* (*supra* n. 17), p. 527.

[206] Voir *infra* note 247.

[207] Pour Zemanek :

« Un libre choix existe cependant quand le fait internationalement illicite constitue une violation d'une obligation internationale concernant le traitement des étrangers [...], par exemple par une confiscation des biens étrangers. La formule proposée par le rapporteur spécial est conforme à la tendance majoritaire de la jurisprudence et de la doctrine. » (« La responsabilité des Etats... », *loc. cit.* [*supra* n. 74], p. 70.)

[208] Graefrath s'exprime comme suit :

« [...] contrairement à Riphagen, je ne pense pas que l'on puisse démontrer l'existence d'une règle ou d'une pratique générale établissant que, dans les cas où le droit appartient à un Etat « par l'intermédiaire » de ses ressortissants, la restitution ne peut ordinairement pas être exigée. Il me semble que, dans ces cas-là également, l'obligation de restitution prime, mais que l'Etat en cause peut la refuser si elle est en conflit avec son ordre juridique interne. A ce stade, c'est, à mon avis, l'article 32 de l'Acte général relatif au règlement pacifique des différends internationaux qui indique la voie à suivre. Aujourd'hui, cette disposition est encore plus importante qu'elle ne l'était il y a cinquante ans, car, aujourd'hui, il faut traiter de nombreuses affaires avec des Etats dont les systèmes sociaux sont différents. » (*Loc. cit.* [*supra* n. 22], p. 82.)

L'opinion globalement critique de Simma sur les notions de « sous-système » ou de « régime spécial », avancées par M. Riphagen, implique sans doute le rejet du régime spécial proposé par ce dernier pour les conséquences des faits illicites affectant des ressortissants étrangers (B. Simma, « Self-contained regimes », *Netherlands Yearbook of International Law, 1985*, vol. 16, p. 111 et suiv., et « Grundfragen der Staatenverantwortlichkeit in der Arbeit der International Law Commission », *Archiv des Völkerrechts*, Tubingen, vol. 24, n° 4, 1986, p. 385 et suiv.

[209] Voir *supra* note 207.

[210] Sentence du 4 septembre 1920, voir Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. I (numéro de vente : 1948.V.2), p. 7 et suiv.

particulier des investissements étrangers. Il est bien connu que, dans ce domaine particulier, le droit international a — sous l'influence notamment d'un certain nombre de résolutions très importantes de l'Assemblée générale[211] — beaucoup évolué et que la légalité des nationalisations y est maintenant affirmée. Cela a eu pour effet, semble-t-il, de déplacer l'objet du débat : il ne s'agit plus de savoir si l'indemnisation est nécessaire pour qu'une mesure de nationalisation soit légale, mais de déterminer le montant de l'indemnisation, et de s'interroger sur la norme internationale applicable à cet égard. Dans la mesure où le problème intéresse la présente étude — et sans intention de traiter à la légère des questions aussi importantes —, il convient peut-être de signaler que toute disposition concernant l'indemnisation est en fait liée au contenu de la règle dite primaire de la légalité de l'expropriation et de ses conditions plutôt qu'au contenu de la règle secondaire de la réparation. Sur cette base, il devrait être possible de distinguer les mesures de nationalisation, selon qu'elles sont prises légalement, c'est-à-dire avec indemnisation, ou illégalement, c'est-à-dire sans indemnisation (laissant de côté la question du *quantum*). Cependant, la controverse existe toujours sur la question de savoir si dans ce dernier cas l'Etat lésé a droit à la *restitutio*. Parmi les nombreux auteurs qui se sont penchés sur la question, Kronfol est partisan de distinguer le contenu de la règle primaire de la question de la réparation et, par conséquent, d'admettre l'obligation d'assurer la *restitutio*[212]. Baade est de l'avis contraire[213]. En ce qui concerne la jurisprudence, il est utile de rappeler les décisions contradictoires rendues dans les affaires concernant la Libye et les compagnies pétrolières étrangères, qui ont été examinées plus haut (v. par. 46). Il faut souligner ici que l'on peut parfaitement protéger la liberté des Etats de procéder à des réformes internes — ce qui est clairement la principale préoccupation de ceux qui veulent limiter la recevabilité des demandes en *restitutio* — en faisant jouer le critère de la charge trop onéreuse. On a déjà dit que ce critère devrait couvrir les hypothèses où un Etat procède à des réformes radicales et profondes de son système politique, économique, social et juridique — réformes dont la préservation justifierait (en supposant qu'elles aient donné lieu à un fait illicite au détriment d'un autre Etat) de substituer une indemnisation à la *restitutio*.

107. Si le Rapporteur spécial interprète correctement les comptes rendus et les rapports antérieurs, il lui apparaît que son prédécesseur a envisagé un régime spécial pour les faits illicites concernant le traitement des ressortissants d'un Etat étranger, principalement parce qu'il souhaitait différencier les faits internationalement illicites, selon qu'ils affectaient « directement » ou « indirectement » un autre Etat. Le second cas serait précisément, selon M. Riphagen, celui des faits illicites affectant les ressortissants (ou même les navires ou les aéronefs) d'un autre Etat[214]. Tel que le Rapporteur spécial le comprend, M. Riphagen a établi une distinction entre le fait illicite constituant une atteinte à un droit appartenant « directement » à un Etat étranger et le fait illicite constituant une atteinte à un droit appartenant « indirectement » à l'Etat par l'intermédiaire de ses ressortissants (ou de navires ou aéronefs battant son pavillon) à l'étranger[215]. Pour ce qui est de la *restitutio*, l'effet de cette distinction serait, à son avis, la suivante : l'obligation d'assurer la restitution en nature existe en tant que forme primaire de réparation si le fait illicite a causé un dommage direct à un Etat étranger, mais elle n'existerait pas — en ce sens que l'Etat auteur lui-même aurait le choix entre la *restitutio* et la réparation par équivalent — si le fait illicite a causé un dommage indirect à un autre Etat. La raison pour laquelle les auteurs qui traitent de la responsabilité des Etats n'ont pas pris conscience (ou ne l'ont pas fait suffisamment) du caractère spécial du régime de la *restitutio in integrum* dans le cas d'un dommage causé à des étrangers (c'est-à-dire un dommage affectant indirectement leur Etat) serait que les mesures prises par l'Etat auteur dans ces cas-là (libération de personnes, restitution de navires, de documents ou d'argent) seraient considérées, à tort, comme des mesures de restitution en nature, alors qu'en réalité il s'agirait, selon M. Riphagen, d'une cessation du comportement illicite[216]. Le fait qu'en pratique des Etats ou des tribunaux internationaux ont eu recours à ces mesures ne prouverait donc pas que, dans les cas de dommages causés à des ressortissants étrangers, une restitution en nature ait été opérée, mais simplement qu'il a été mis fin au comportement illicite et qu'on a reconnu l'existence d'une obligation à cet égard.

108. Le Rapporteur spécial estime que rien ne justifie la distinction entre dommages directs et indirects causés à un Etat, ni l'interprétation susmentionnée des mesures prises par l'Etat auteur dans les cas de détention illicite de personnes ou d'objets. En ce qui concerne la distinction entre dommages directs et indirects, il ne voit pas comment le dommage causé à un autre Etat du fait de la détention illicite de personnes ou d'objets ressortissant à cet Etat peut être, au regard du droit international, un dommage moins direct que celui causé, par exemple, par une violation de la frontière de cet Etat, de son ambassade ou de sa valise diplomatique. Dans chaque cas, il peut y avoir des différences de degré dans la gravité du fait illicite et du dommage, selon le nombre des personnes détenues, l'étendue du territoire violé, la nature des objets en cause et la nature des actions et omissions dont, dans

[211] Il est à peine nécessaire de rappeler les résolutions de l'Assemblée générale, telles que la résolution 1803 (XVII) du 14 décembre 1962 et la résolution 3171 (XXVIII) du 17 décembre 1973, relatives à la souveraineté permanente sur les ressources naturelles, ainsi que la Déclaration concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international [résolution 3201 (S-VI), du 1er mai 1974] et la Charte des droits et devoirs économiques des Etats [résolution 3281 (XXIX) du 12 décembre 1974]. Concernant le principe de l'autodétermination et le principe de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles en rapport avec la question des nationalisations en droit international, voir R. Bystricky, « En marge de quelques problèmes de droit international en rapport avec la nationalisation socialiste », *VIe Congrès de l'Association internationale des juristes démocrates* (Bruxelles, 22-25 mai 1956), Bruxelles [s.d.], p. 15.

[212] Z. Kronfol, *Protection of Foreign Investment*, Leyde, Sijthoff, 1972, p. 95 et suiv.

[213] Baade, *loc. cit.* (*supra* n. 59), p. 801 et suiv.

[214] L'autre raison pourrait tenir à la manière dont M. Riphagen voit l'influence du droit interne sur les problèmes touchant la responsabilité internationale. Bien que le Rapporteur spécial ne soit pas sûr de comprendre parfaitement M. Riphagen sur ce point, la question est examinée plus haut, à propos de l'impossibilité de la *restitutio in integrum* (v. par. 88 et 89).

[215] M. Riphagen a maintenu cette distinction, formulée dans son deuxième rapport (*Annuaire... 1981*, vol. II [1re partie], p. 94, doc. A/CN.4/344, par. 96), jusqu'à la présentation du projet d'article 7 dans son sixième rapport (*Annuaire... 1985*, vol. II [1re partie], p. 10, doc. A/CN.4/389, sect. I).

[216] Voir *supra* note 57.

chaque cas, l'Etat auteur s'est rendu responsable. Dans chacun des cas, cependant, du point de vue international, il y a un fait internationalement illicite (d'un Etat) constituant une atteinte à un droit international (d'un autre Etat) et provoquant un dommage internationalement illicite à la personnalité internationale de l'Etat lésé. En ce qui concerne l'interprétation de certaines mesures — comme la libération de personnes ou la restitution d'objets ou de marchandises, y compris de navires ou d'aéronefs —, il ne semble pas qu'il soit correct d'y voir simplement des cas de cessation du fait ou du comportement illicite. Ces mesures semblent, à coup sûr, impliquer — et, en tout cas, constituer — à la fois une cessation du comportement illicite et une restitution en nature. La restitution en nature est ainsi absorbée pour ainsi dire dans la cessation et *vice versa*, d'autres mesures de réparation n'étant, bien entendu, pas exclues (v. *supra* par. 48 à 52). C'est pourquoi, ni le caractère prétendument indirect du dommage causé, ni l'interprétation de la pratique pertinente ne justifient, pour les besoins de la *restitutio in integrum*, un traitement spécial des faits illicites touchant des personnes ou des objets autres que l'Etat auquel ils appartiennent.

7. La question du choix de l'Etat lésé

109. Enfin, il faut aborder la question de savoir si l'Etat lésé a ou non la faculté de choisir entre la *restitutio* et l'indemnisation. Une grande partie des auteurs se prononcent en faveur de la liberté de choix, par exemple Decencière-Ferrandière[217], Personnaz[218], Alvarez de Eulate[219], Mann[220], Nagy[221], O'Connell[222], Wengler[223] et, avec une certaine réserve, Graefrath[224]. D'autres ne se prononcent pas clairement, mais le donnent, semble-t-il, à entendre[225].

110. Pour ce qui est de la pratique, on peut trouver des éléments à l'appui de cette thèse dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów*. L'Allemagne avait d'abord fait une demande en *restitutio*, mais elle avait demandé ensuite le paiement d'indemnités au motif qu' « il n'y avait plus identité entre l'usine de Chorzów telle qu'elle avait existé lors de la prise de possession de 1922 et l'usine dans son état actuel »[226]. La *restitutio* n'aurait donc eu aucun intérêt pour le demandeur.

111. En ce qui concerne la jurisprudence arbitrale, il faudrait signaler l'affaire des *Forêts du Rhodope central*, dans laquelle l'arbitre s'était prononcé pour l'indemnisation de préférence à la *restitutio*, mais avait fait remarquer (impliquant là peut-être une liberté de choix pour l'Etat lésé) que « le demandeur [avait] toutefois laissé à l'appréciation de l'arbitre l'opportunité d'une pareille restitution »[227]. En un sens, le demandeur avait laissé à l'arbitre le soin d'exercer sa faculté de choix. L'affaire *Zuzich* (1954), portée devant la Foreign Claims Settlement Commission des Etats-Unis[228], met, semble-t-il, mieux en évidence la liberté de choix de l'Etat lésé. Dans cette affaire, la Commission avait déclaré :

> [...] une fois établi qu'il a pris les biens dans les délais prévus par l'Accord, le Gouvernement yougoslave n'est pas autorisé à prendre unilatéralement des dispositions pour indemniser dans une certaine mesure les demandeurs, en leur restituant leurs biens, à moins que ces derniers ne renoncent aux indemnités en dollars, arrêtées par la Commission et n'acceptent la restitution. Le fait que les demandeurs ont déposé une demande d'indemnisation permet assurément de douter qu'ils soient prêts à accepter la restitution. En outre, puisque la demande a été réglée par un accord avec la Yougoslavie, il ne semblerait pas que le Gouvernement yougoslave puisse ensuite choisir de la régler par une restitution, à moins que le demandeur ou le Gouvernement des Etats-Unis ne juge ce mode de règlement acceptable. Nous pensons donc que les demandeurs ont droit à une indemnisation en vertu de l'Accord et que la seule question qui reste à régler est celle de la valeur des biens[229].

A titre d'exemples militant en faveur de la thèse de la liberté de choix, Mann[230] cite l'affaire de la *Barcelona Traction*[231], dans laquelle l'Espagne n'a pas contesté le choix de la Belgique de demander une indemnisation plutôt que la *restitutio*, et l'affaire *Interhandel*[232], dans laquelle la Suisse a, par contre, demandé aux Etats-Unis d'Amérique la *restitutio* des avoirs d'une société suisse.

112. La doctrine semble parfois être peu disposée à admettre la liberté de choix de l'Etat lésé de peur que cela ne conduise à des abus[233]. Ces craintes, non dépourvues de fondement, pourraient, peut-être, être atténuées si l'on considère que la faculté de choix devrait être écartée dans les cas ou la *restitutio* serait excessivement lourde pour l'Etat fautif (v. *supra* sect. 5). En fait, le contraire peut aussi se produire, l'Etat lésé demandant une indemnisation, alors même que la *restitutio in integrum* serait immédiatement réalisable et ne poserait pas de difficultés particulières. Il n'est pas facile de prendre position sur la question, bien qu'à une occasion — dans l'affaire *Zuzich* — le tribunal se soit prononcé en faveur de la liberté de choix (du moins pour ce qui est des ressortissants concernés de l'Etat lésé). Il n'a pas été possible de relever d'autre affaire significative à cet égard. Il est nécessaire de faire remarquer cependant que : *a*) c'était l'Etat auteur qui avait altéré le cours normal de ses relations juridiques avec l'Etat lésé et qu'il semble inévitable qu'il doive supporter les conséquences négatives de son comportement; et *b*) l'indemnisation est toujours possible et la

[217] A. Decencière-Ferrandière, *La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages subis par des étrangers*, Paris, Rousseau, 1925 [thèse], p. 245 et suiv.

[218] Personnaz, *op. cit.* (*supra* n. 42), p. 91.

[219] Alvarez de Eulate, *loc. cit.* (*supra* n. 42), p. 270.

[220] Mann, *loc. cit.* (*supra* n. 10), p. 4.

[221] Nagy, *loc. cit.* (*supra* n. 22), p. 176.

[222] O'Connell, *op. cit.* (*supra* n. 147), p. 1114 et suiv.

[223] Wengler, *op. cit.* (*supra* n. 42), p. 510.

[224] Graefrath, *loc. cit.* (*supra* n. 22), p. 82.

[225] Čepelka, *op. cit.* (*supra* n. 90), p. 28; Gomez-Robledo, *loc. cit.* (*supra* n. 43), p. 355.

[226] *C.P.J.I. série A n° 9*, p. 17.

[227] Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III, p. 1432.

[228] En application de l'Accord du 19 juillet 1948 entre les Etats-Unis d'Amérique et la Yougoslavie, relatif à certaines créances des Etats-Unis et de leurs ressortissants (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 89, p. 43).

[229] Voir M. M. Whiteman, *Digest of International Law*, Washington (D.C.) [1967], vol. 8, p. 1201.

[230] Mann, *loc. cit.* (*supra* n. 10), p. 4 et 5.

[231] *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, arrêt du 5 février 1970, *C.I.J. Recueil 1970*, p. 3.

[232] *C.I.J. Recueil 1959*, arrêt du 21 mars 1959, p. 6.

[233] Voir Graefrath, *loc. cit.* (*supra* n. 22), p. 82; C. Eagleton, *The Responsibility of States in International Law*, New York, University Press, 1928, p. 182 et 183; définition du terme *Wiedergutmachung* (réparation) dans K. Strupp, *Wörterbuch des Völkerrechts*, 2e éd. rév. par H. J. Schlochauer, Berlin, Walter de Gruyter, 1962, vol. III, p. 843 et 844; Berber, *op. cit.* (*supra* n. 169), p. 25.

question du caractère excessif de la charge ne peut être soulevée qu'en rapport avec le *quantum*, lequel doit être déterminé selon des règles qui devraient être considérées en temps voulu avec toute la prudence nécessaire pour éviter les abus. D'après ce qui précède, il ne semble pas que l'Etat auteur serait exposé injustement à des abus si l'on reconnaissait la liberté de choix à l'Etat lésé. Il va sans dire que le choix de la *restitutio* par l'Etat lésé n'exclurait pas l'indemnisation si la *restitutio* est partiellement impossible. Les deux formes de réparation sont évidemment susceptibles d'une application combinée. Mais cette question ne peut être examinée qu'en rapport avec la réparation par équivalent.

113. Il faut souligner également que la liberté de choix offerte à l'Etat lésé ne devrait pas être illimitée. Chaque fois que la *restitutio* sera due par l'Etat auteur pour une violation d'une règle impérative[234] ou, plus généralement, d'une règle établissant une obligation *erga omnes*, elle ne pourra pas faire l'objet d'une renonciation (en faveur d'une indemnisation) de la part de l'Etat ou des Etats directement lésés. Dans ce cas, la seule réaction convenable du droit sera d'imposer à l'Etat auteur l'obligation d'assurer la restitution intégrale en nature. Conformément à l'ébauche de plan présentée au chapitre 1er, cette question devrait être développée dans le cadre d'un chapitre consacré aux conséquences juridiques particulières des crimes.

8. Conclusions sur le rôle de la restitution en nature

114. Une fois soigneusement distinguée de la cessation, la restitution en nature apparaît clairement comme l'une des modalités de la réparation, au sens large, à laquelle l'Etat ou les Etats lésés ont droit. Parmi ces modalités, la restitution en nature est la plus conforme au principe général du droit de la responsabilité selon lequel l'Etat « auteur » est tenu d'« effacer » toutes les conséquences juridiques et matérielles de son fait illicite en rétablissant la situation qui aurait existé si le fait illicite n'avait pas été commis[235]. De ce principe découle directement la règle internationale spécifique qui impose à l'Etat auteur l'obligation d'adopter ou de prendre toutes les mesures d'ordre matériel ou juridique qui pourraient être nécessaires pour réparer de manière « naturelle », « directe » et « intégrale » le préjudice subi par l'Etat ou les Etats lésés. Etant le mode de réparation le plus proche du principe général susmentionné et la raison d'être même de ce principe, la restitution en nature prime tout autre mode de réparation *lato sensu* et, en particulier, la réparation par équivalent.

115. Les définitions sont, dans leur très grande majorité, conformes à cette notion[236]; il suffira d'en rappeler quelques-unes. Comme le dit clairement Personnaz :

> [...] C'est en effet ce mode qui sera susceptible de donner satisfaction à la victime dans les meilleures conditions et, sinon, de la remettre dans l'état où elle se serait trouvée si l'acte illicite n'était pas intervenu, du moins de l'approcher le plus possible.

et il ajoute, citant Mazeaud :

> Réparer, c'est avant tout faire disparaître le dommage; il n'est pas de réparation plus parfaite que celle qui atteint le mal dans sa source[237].

D'après Reuter :

> [...] Il est clair que la notion de *restitutio in integrum* conduit à préférer toujours la restitution en nature à la restitution par équivalent et, par conséquent, à faire disparaître l'acte délictueux; par là elle peut jouer un rôle comparable à une nullité. [...][238].

Ténékidès souligne que

> C'est un principe général de droit reconnu par les nations civilisées que toute violation d'un droit impose, en premier lieu, au responsable l'obligation de rétablir le *statu quo ante*. [...][239].

Nagy affirme pour sa part que

> [...] En droit international, la *restitutio in integrum* s'entend en réalité de la restitution en nature et, d'après une opinion répandue chez les auteurs, de la conséquence primaire d'une faute, c'est-à-dire que l'auteur de la faute est avant tout tenu d'effectuer la restitution en nature et ne doit verser des dommages-intérêts que si celle-ci n'est pas possible[240].

116. La primauté logique et chronologique de la restitution en nature sur les autres modes de réparation, notamment sur la réparation par équivalent, est confirmée avant tout par la pratique, non seulement par l'application que la CPJI avait faite de cette règle dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów*[241], mais également dans les affaires où les Etats et les organes arbitraux n'avaient opté pour la

---

[234] Graefrath, *loc. cit.*, p. 81 et 82.

[235] On rappellera une fois encore les termes de l'arrêt rendu le 13 septembre 1928 par la CPJI dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów* :

« Le principe essentiel, qui découle de la notion même d'acte illicite et qui semble se dégager de la pratique internationale, notamment de la jurisprudence des tribunaux arbitraux, est que la réparation doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et *rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis*.* » (*CPJI série A n° 17*, p. 47.)

Il faut cependant mentionner une tendance jurisprudentielle différente, qui conteste toute primauté ou priorité de la *naturalis restitutio*. Exemple en est l'arrêt rendu le 11 novembre 1912 par la Cour permanente d'arbitrage dans l'affaire de l'*Indemnité russe*, dans laquelle la Cour, pour reprendre les termes de Jiménez de Aréchaga, « a essayé de limiter la réparation à raison de violations du droit international à l'indemnisation monétaire » (*loc. cit.* [*supra* n. 10], p. 566), en déclarant que

« [...] toutes les fautes, quelle qu'en soit l'origine, finissent par être évaluées en argent et transformées en obligation de payer; elles aboutissent toutes, ou peuvent aboutir, en dernière analyse à une dette d'argent [...]. » (Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XI [numéro de vente : 61.V.4], p. 440.)

Dans la mesure où cette opinion est antérieure à l'affaire de l'*Usine de Chorzów*, on peut considérer qu'elle a été réformée par la CPJI.

[236] Baade est, au contraire, d'avis que :

« [...] Même en cas d'expropriation illégale, en l'absence d'obligations conventionnelles contraires expresses, le seul recours qui s'offre à l'Etat dont les étrangers lésés sont ressortissants est une demande en indemnité pécuniaire, non la restitution [...]. » (*Loc. cit.* [*supra* n. 59], p. 830.)

[237] Personnaz, *op. cit.* (*supra* n. 42), p. 75. La citation est tirée de H. et L. Mazeaud, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Paris, Sirey, 1931, t. II, p. 637.

[238] Reuter, *loc. cit.* (*supra* n. 89), p. 596.

[239] Ténékidès, *loc. cit.* (*supra* n. 166), p. 790, par. 82.

[240] Nagy, *loc. cit.* (*supra* n. 22), p. 176. Toutefois, concernant la primauté de la *restitutio*, voir aussi H. Lauterpacht, selon lequel : « la règle est qu'en droit international tout comme en droit privé, la *restitutio in integrum* est considérée comme l'objet de la réparation » (*Private Law Sources and Analogies of International Law*, Londres, Longmans, Green, 1927, p. 149); Bissonnette pour qui « il est logique qu'en théorie la *restitutio in integrum* soit le mode de réparation par excellence » (*op. cit.* [*supra* n. 72], p. 19); Schwarzenberger, *op. cit.* (*supra* n. 147), p. 656 et 657; Jiménez de Aréchaga, *loc. cit.* (*supra* n. 10), p. 567; Verzijl, *op. cit.* (*supra* n. 100), p. 742 et suiv.; Graefrath, *loc. cit.* (*supra* n. 22), p. 77; Alvarez de Eulate, *loc. cit.* (*supra* n. 42), p. 283; G. Dahm, *Völkerrecht*, Stuttgart, Kohlhammer, 1961, vol. III, p. 233.

[241] La Cour avait décidé au sujet de cette usine que l'Etat auteur avait l'obligation « de la restituer et, si cela n'é[tait] pas possible, d'en

réparation par équivalent qu'après avoir constaté de manière plus ou moins explicite que la *restitutio* ne pouvait s'opérer pour telle ou telle raison[242]. Deuxièmement, et chose plus importante, la primauté de la restitution en nature est confirmée par le comportement des parties. Bien que conscientes des difficultés que pourrait impliquer la restitution en nature et parfois de l'improbabilité d'obtenir ce mode de réparation, les parties l'ont souvent préféré à la réparation par équivalent[243].

117. En revanche, il ressort de la doctrine et de la pratique en la matière que, en dépit de la primauté susmentionnée, la restitution en nature ne constitue pas toujours nécessairement, *in concreto*, le mode de réparation adéquat complet et autosuffisant d'un fait internationalement illicite[244]. Une réparation satisfaisante pourrait résulter soit d'un choix différent arrêté entre les parties, soit du choix différent d'un Etat lésé ayant perdu intérêt pour la *restitutio* (voire pour le lien originaire affecté par l'infraction). Il arrive donc assez fréquemment que la réparation par équivalent ou d'autres modes de réparation se substituent, en tout ou en partie, à la restitution en nature. Cela étant, tout en en admettant la primauté logique et chronologique, il serait inexact d'un point de vue théorique et pratique de définir la *restitutio in integrum* comme le mode de réparation « idéal » ou « le plus approprié » auquel il faut recourir en tout état de cause et en toute circonstance, pour ainsi dire. Tout fait illicite réel ou théorique doit entraîner la ou les réparations les plus appropriées au regard des principes généraux rappelés plus haut (par. 114 et 115) et le rapport qui en découle. Cette réparation ou ces réparations ne sauraient s'identifier *a priori* ni à la restitution en nature, ni à la réparation par équivalent, ni à la satisfaction, ni encore à une combinaison quelconque de deux ou plusieurs de ces solutions. La réparation ou les réparations convenables ne peuvent se déterminer que cas par cas sur la base du rapport en question, en vue de parvenir à la satisfaction la plus complète possible de l'intérêt qu'a l'Etat lésé à l'« effacement » de toutes les conséquences dommageables du fait illicite, dans le strict respect, bien entendu, des droits de l'Etat auteur non affectés par son comportement illicite.

118. Il faut cependant souligner que la souplesse avec laquelle la restitution en nature doit être envisagée dans ses rapports avec les autres modes de réparation ne remet nullement en cause la primauté qu'il convient d'accorder à cette forme de réparation en tant que conséquence la plus directe ou immédiate du principe de base rappelé plus haut (par. 114 et 115). Il n'est en fait nullement contradictoire de reconnaître, d'une part, que la réparation par équivalent est le mode de réparation le plus fréquent, et de dire, d'autre part, que la réparation en nature, justement dénommée *naturalis restitutio*, est le tout premier mode de réparation à rechercher en vue de rétablir la situation originaire ou la situation qui aurait existé si l'infraction n'était pas intervenue.

9. NÉCESSITÉ D'UN PROJET D'ARTICLE SPÉCIAL SUR LA RESTITUTION EN NATURE

119. Conformément à la décision que la Commission a déjà prise, décision reflétée dans les propositions que le précédent Rapporteur spécial a faites en 1983, à la différence de la cessation, on gagnerait à envisager la restitution en nature comme une obligation de l'Etat auteur. Il serait plutôt malaisé d'envisager qu'à tout le moins l'exécution d'une telle obligation secondaire puisse être mise à la charge de l'Etat auteur indépendamment d'une réclamation correspondante de l'Etat lésé ou préalablement à celle-ci. Valable pour toute forme de réparation, cette condition — qui porte non pas sans doute sur l'existence, mais sur l'exécution de l'obligation de l'Etat auteur — semble être particulièrement indiquée pour la restitution en nature, étant donné le caractère spécifique de cette modalité de réparation.

120. De l'avis du Rapporteur spécial, un trait important, quoique implicite, de tout article concernant la restitution en nature devrait être la portée générale de ce mode de réparation et de l'obligation correspondante de l'Etat auteur. Il pense ici à l'« unité » qui, s'agissant de la *restitutio* (comme de tout autre domaine), devrait caractériser la codification de la responsabilité internationale, ainsi que l'ont souligné à maintes reprises un grand nombre de membres de la CDI et plusieurs représentants à la Sixième Commission de l'Assemblée générale[245]. Autrement dit, il doit ressortir clairement de l'article en question que la restitution en nature est une modalité de réparation applicable en principe comme conséquence de

payer la valeur à l'époque de l'indemnisation destinée à remplacer la restitution devenue impossible », et que « l'impossibilité constatée par un accord des parties de restituer l'usine de Chorzów ne saurait donc avoir d'autre effet que celui de remplacer la restitution par le paiement de la valeur de l'entreprise ». (*C.P.J.I. série A n° 17*, p. 48.)

[242] Voir à cet égard les affaires suivantes : réclamations concernant les *Biens britanniques au Maroc espagnol*, sentence du 1er mai 1925 (Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, p. 621 à 625 et 651 à 742); *Propriétés religieuses* expropriées au Portugal (v. *supra* n. 210); *Walter Fletcher Smith* (v. *supra* n. 189); *IVEM* (v. *supra* n. 203); différend *Héritiers Lebas de Courmont*, décision n° 213 du 21 juin 1957 de la Commission de conciliation franco-italienne (Nations Unies, *Recueil...*, vol. XIII, p. 764).

[243] On se rappellera la réclamation initiale de l'Allemagne dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów* (*C.P.J.I. série A n° 9*, arrêt du 26 juillet 1927); la réclamation de la Grèce dans l'affaire des *Forêts du Rhodope central* (Nations Unies, *Recueil...*, vol. III, p. 1407); la réclamation du Royaume-Uni dans le *Différend pétrolier mexicain* (voir B. A. Wortley, « The Mexican oil dispute 1938-1946 », *The Grotius Society, Transactions for the Year 1957*, Londres, vol. 43, p. 27); la requête du Royaume-Uni dans l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Co.* en vue d'obtenir l'annulation de la nationalisation de la compagnie et de la « rétablir dans l'état où elle se trouvait avant la loi [iranienne du 1er mai 1951] sur la nationalisation du pétrole » (*C.I.J. Mémoires, Anglo-Iranian Oil Co.*, p. 124); la réclamation de la Belgique dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, selon laquelle l'Etat auteur doit être tenu « en principe et premièrement à l'effacement des conséquences des activités illicites de ses autorités par la remise des choses en l'état *(restitutio in integrum)* » [*C.I.J. Mémoires, Barcelona Traction Light and Power Company, Limited (nouvelle requête : 1962)*, vol. I, p. 183, par. 373].

Sont également importantes, bien qu'elles n'émanent pas d'Etats, les requêtes introduites contre le Gouvernement libyen par des sociétés étrangères nationalisées dans le but de faire annuler les mesures de nationalisation et de rétablir la situation antérieure (v. *supra* par. 46).

[244] Il y a sans doute quelques nuances entre la thèse défendue par Jiménez de Aréchaga, qui estime que « si la restitution en nature reste le mode de réparation par excellence, dans la pratique et dans la grande majorité des cas, il est remplacé par l'indemnité pécuniaire » (*loc. cit.* [*supra* n. 10], p. 567), et celle avancée par Graefrath, selon lequel « la demande en restitution est souvent considérée comme constituant l'essentiel de la demande en réparation, même si, dans la pratique, elle est le plus souvent remplacée par la demande en indemnisation pécuniaire, qui est plus facile à obtenir » (*loc. cit.* [*supra* n. 22], p. 77).

[245] Outre les débats de la CDI et de la Sixième Commission, ainsi que les rapports de M. Riphagen, voir les observations du représentant du Brésil, M. Calero Rodrigues, à la Sixième Commission, en 1981 (*Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-sixième session, Sixième Commission*, 43e séance, par. 27 à 31).

tout type de fait illicite et que les obstacles susceptibles d'éteindre ou d'atténuer l'obligation d'assurer la restitution en nature ne sont pas directement fonction de la nature de l'obligation violée ou du type des droits ou intérêts de l'Etat lésé qui sont ainsi protégés. Les obstacles susceptibles d'affecter — en tout ou en partie — l'obligation d'assurer la restitution sont fonction de la seule nature du dommage et de la situation qui en découle. Les parties peuvent bien entendu convenir de certaines exceptions.

121. Conformément aux sources citées plus haut dans l'analyse de la doctrine et de la pratique (*supra* par. 105 et 106), et en conformité pour l'essentiel avec l'opinion dominante chez les membres de la Commission[246], il semble qu'il faille éviter de prévoir « des régimes spéciaux » pour une catégorie quelconque de faits illicites. Cela s'applique en particulier à la violation des obligations primaires relatives au traitement des étrangers, que M. Riphagen avait proposé de placer sous l'empire de la disposition spéciale figurant dans le projet d'article 7, qui a été renvoyé au Comité de rédaction, en se fondant sur des notions et des distinctions auxquelles le Rapporteur spécial n'est pas en mesure de souscrire, du moins pour l'instant et à moins que la Commission ne les rectifie (v. *supra* par. 89 et 108). La pratique ne justifie pas un tel régime spécial. En admettant qu'il soit correct de supposer qu'on a eu recours à la *restitutio in integrum* moins fréquemment face à des faits illicites commis au préjudice de ressortissants étrangers (néanmoins, selon le Rapporteur spécial, par suite d'un fait internationalement illicite préjudiciable à leur Etat), cette particularité ne justifie pas que l'on conclue que ces faits illicites relèvent *de lege lata* du traitement spécial prévu dans le projet d'article 7. Abstraction faite de la possibilité évidente et non négligeable que certaines décisions ou solutions arrêtées d'un commun accord puissent être simplement sujettes à caution parce qu'elles ne sont pas conformes aux règles générales, on doit considérer que les cas où ce mode de réparation n'a pas fonctionné (comportement préjudiciable à des ressortissants étrangers) relèvent véritablement d'hypothèses où l'obligation d'assurer la *restitutio in integrum* était écartée, en tout ou en partie, non pas en raison d'un quelconque caractère « spécial » des règles primaires applicables, mais simplement à cause des obstacles inhérents à la situation née du fait illicite et des circonstances qui l'entourent, et dans lesquelles chacun reconnaît ou devrait reconnaître des causes licites permettant d'écarter la *restitutio*. Le Rapporteur spécial pense ici à l'impossibilité, au caractère trop onéreux et autres choses semblables.

122. Outre qu'elle ne se justifie pas d'elle-même, une disposition telle que le projet d'article 7 aurait pour effet de remettre en cause, dans le cadre des relations juridiques secondaires ayant trait au contenu, aux formes et aux degrés de la responsabilité internationale, les règles primaires — en particulier les règles relatives à la protection des individus — auxquelles la codification du sujet ne doit en aucun cas porter atteinte. Il importe au plus haut point de souligner que les valeurs en jeu dans la protection des ressortissants étrangers n'ont pas un caractère simplement économique. Ce sont également des droits civils, sociaux et culturels dont la violation ne devrait être en aucun cas sous-estimée aux fins de l'appréciation de la responsabilité des Etats ayant manqué à cette obligation[247]. En conclusion, le projet d'article 7 doit être supprimé[248].

123. La question fondamentale suivante concerne les véritables exceptions à l'obligation faite à l'Etat auteur d'assurer la *restitutio in integrum*. Comme on l'a déjà noté (*supra* par. 85 et suiv.), les auteurs parlent d'obstacles matériels et d'obstacles juridiques, et distinguent parmi ces derniers les obstacles juridiques internationaux des obstacles juridiques découlant du droit interne. Il ne devrait y avoir aucune difficulté à formuler une disposition sur l'impossibilité physique ou matérielle d'opérer la *restitutio*. C'est peut-être là la seule hypothèse où la doctrine, la jurisprudence internationale et la pratique des Etats s'accordent parfaitement pour dire que la restitution en nature doit être écartée au profit d'autres modes de réparation, notamment la réparation par équivalent.

124. Quant aux obstacles juridiques à la *restitutio*, ils posent des problèmes plus complexes, en particulier les obstacles qui découlent, ou sont réputés découler, du droit interne. S'agissant des obstacles juridiques internationaux, on pourrait, à première vue, envisager deux hypothèses théoriques. La première, déjà mentionnée (*supra* par. 87), serait, par exemple, qu'une obligation internationale découlant pour l'Etat auteur d'une règle de droit international primant la règle qui fonde la restitution en nature fasse obstacle à cette restitution. En pareil cas, la *restitutio in integrum*, interdite en tout ou en partie par le droit, doit être remplacée en totalité ou en partie par l'indemnisation pécuniaire et/ou d'autres formes de réparation. La seconde hypothèse, déjà évoquée, elle aussi (*ibid.*), est que les mesures que l'Etat auteur devrait prendre pour opérer la restitution en nature pourraient être contraires à une obligation internationale découlant pour l'Etat en question d'un traité le liant à un Etat, autre que l'Etat lésé. En pareil cas, l'Etat lésé pourrait toujours prétendre à la *restitutio*, et il appartiendrait à l'Etat auteur de résoudre la difficulté avec l'Etat tiers.

125. Concernant ce que l'on appelle les obstacles juridiques nationaux, le Rapporteur spécial estime que tout projet d'article sur la restitution en nature devrait exclure — pour les raisons exposées plus haut — la possibilité pour l'Etat auteur d'invoquer ces obstacles en tant que tels (c'est-à-dire en vertu d'une quelconque disposition législative, constitutionnelle ou administrative de son propre système juridique) comme prétexte pour se soustraire, en tout ou en partie, à l'obligation qui lui incombe d'assurer la restitution en nature. Comme on l'a vu (*supra*

[246] Voir *supra* note 245 et *infra* notes 247 et 248.

[247] Des vues identiques à celles exposées ici ont été exprimées, lors de la trente-quatrième session de la Commission, par M. Balanda (*Annuaire... 1982*, vol. I, p. 219, 1734e séance, par. 22); et, lors de la trente-septième session, par M. Calero Rodrigues (*Annuaire... 1985*, vol. I, p. 97, 1892e séance, par. 35); M. Flitan (*ibid.*, p. 100, par. 56); M. Thiam (*ibid.*, p. 104, 1893e séance, par. 28); M. Ogiso (*ibid.*, p. 119, 1896e séance, par. 11); M. Barboza (*ibid.*, p. 126, 1897e séance, par. 27); M. Díaz González (*ibid.*, p. 128, par. 45); M. Razafindralambo (*ibid.*, p. 131, 1898e séance, par. 15); et M. Yankov (*ibid.*, p. 140, 1899e séance, par. 38). Divers représentants à la Sixième Commission ont adopté la même position lors des débats sur la question.

[248] C'était également la position du représentant de l'Italie, M. Treves, à la Sixième Commission, en 1984 (*Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-neuvième session, Sixième Commission*, 40e séance, par. 40).

par. 85)[249], la doctrine et la pratique confirment cette position. Les indications contraires qui peuvent, semble-t-il, exister ne contredisent pas véritablement le principe. On peut les expliquer aisément par des accords entre les parties qui, tout en reconnaissant, dans un cas donné, que les obstacles découlant du système juridique de l'Etat auteur offrent des raisons valables « de convertir la restitution en nature en une indemnité »[250], ne vont pas à l'encontre du principe général imposant l'obligation d'assurer la restitution. Au contraire, faute de reconnaître et de codifier ce principe général, on porterait atteinte non seulement à l'obligation secondaire et à la règle dont elle découle, mais aussi aux obligations et règles primaires elles-mêmes, et, partant, on affaiblirait la véritable fonction de la responsabilité internationale. La possibilité de voir l'Etat lésé renoncer à la restitution en nature au profit de la réparation par équivalent ou accepter de s'en référer à une tierce partie est, bien entendu, une tout autre question.

126. Un autre obstacle à la *restitutio in integrum* réside, comme on l'a noté, dans la charge trop onéreuse qu'implique l'exécution de la réparation. Cette limitation, dont il faudra tenir compte sans conteste au moment de rédiger un quelconque article, est le corollaire du principe de la proportionnalité entre le dommage et la réparation. La charge trop onéreuse limite le droit de l'Etat lésé à la *restitutio*, en ce sens que ledit Etat n'aurait pas le droit de refuser la réparation par équivalent toutes les fois que l'effort et les difficultés que l'Etat auteur devrait endurer pour assurer la *restitutio* seraient disproportionnés par rapport à la gravité du dommage. Bien que la pratique ne fournisse pas suffisamment d'éléments concluants à cet égard, le principe trouve un certain appui dans la doctrine (v. *supra* par. 99 et suiv.). Toutefois, puisque l'appréciation du caractère trop onéreux de la charge est strictement fonction de chaque cas particulier, apprécié quant au fond et aux circonstances, la règle pertinente doit être, à l'évidence, formulée en termes généraux (v. *supra* par. 103).

127. L'un des principaux — sinon le principal — cas où l'on pourrait invoquer le caractère trop onéreux de la charge devrait être celui où la restitution en nature serait incompatible avec le système politique, économique et social de l'Etat auteur ou avec les nouveaux choix que ce dernier a arrêtés dans ce domaine. De fait, si la *restitutio in integrum* devait appeler des mesures juridiques internes si complexes et si lourdes de conséquences qu'elles mettraient en jeu des éléments ou rouages essentiels du système politique, économique ou social de l'Etat auteur, on pourrait dire que la *restitutio in integrum* représenterait une charge trop onéreuse pour ledit Etat. Il convient de préciser cependant que cet obstacle serait non pas tant une question d'impossibilité légale ou juridique (en dépit du fait que le système juridique d'un Etat serait en cause) qu'une question de charge matériellement excessive pour l'Etat auteur au regard du sacrifice que le remplacement de la *restitutio* par la réparation par équivalent pourrait représenter pour l'Etat lésé[251].

128. En conclusion, la *restitutio in integrum* ne semble pas se heurter à d'autres limitations que l'impossibilité matérielle, l'impossibilité juridique internationale et le caractère trop onéreux de la charge qu'elle représenterait. S'il arrivait que l'on remplace la *restitutio* par d'autres modes ou formes de réparation — par exemple, la réparation par équivalent —, en l'absence de l'un quelconque de ces obstacles, cela serait dû non pas à l'existence d'autres exceptions à énoncer en tant que telles dans un article, mais à l'attitude adoptée par les parties dans le cas d'espèce. Cette attitude peut se manifester, soit sous forme de modalités et de clauses de nature à constituer un accord entre l'Etat lésé et l'Etat auteur, soit simplement par l'exercice, de la part de l'Etat lésé, d'un droit ou d'une faculté d'option. L'important dans l'un et l'autre cas, semble-t-il, c'est le droit ou la faculté d'option qui appartient à l'Etat lésé. Bien entendu, l'Etat « auteur » peut fort bien offrir une réparation par équivalent en lieu et place de la *restitutio in integrum*, même dans le cas où cette dernière ne serait ni impossible ni excessivement onéreuse, et la substitution devrait être parfaitement admissible, à condition qu'elle soit acceptée par l'Etat lésé. Toutefois, l'inverse ne serait pas vrai, en ce sens que si l'Etat lésé juge la *restitutio* insatisfaisante — parce qu'il n'a aucun intérêt à ce que soit rétablie la situation qui, sans qu'il n'y ait aucune faute de sa part, a été altérée par le comportement illicite de l'Etat auteur —, il a le droit d'exiger la réparation par équivalent et/ou toute autre forme de réparation. Il ne serait pas loisible à l'Etat auteur de rejeter le choix de l'Etat lésé et de lui imposer une *restitutio* non voulue et désavantageuse d'un point de vue subjectif. Il n'aurait que le droit de remettre en cause la nature de la réparation de substitution et les aspects qualitatifs et quantitatifs de celle-ci (v. *supra* par. 109 et suiv.). Cela est sans préjudice de tout obstacle à la substitution (de la *restitutio*) qui pourrait découler de règles impératives ou autrement « supérieures ». Cette hypothèse — dans laquelle la substitution devrait sans doute être refusée — devra être examinée plus tard en rapport avec les conséquences particulières des faits internationalement illicites qualifiables de crimes.

129. Bien que l'on énonce là une évidence, il reste que les limitations que constituent l'impossibilité et la charge trop onéreuse peuvent empêcher la *restitutio* en tout ou en partie. En fait, l'exclusion partielle de la *restitutio* est, dans la pratique, plus fréquente que son exclusion totale. Puisqu'il n'est possible de rétablir qu'en partie le *statu quo ante* ou la situation qui aurait existé si le fait illicite n'avait pas été commis, la fraction du dommage qui n'a pas été réparée par *naturalis restitutio* devrait l'être par un ou plusieurs autres modes de réparation et, en particulier, par l'indemnisation pécuniaire. La fréquence de telles situations donne à penser que tout projet d'article concernant la restitution en nature doit prévoir expressément le droit de tout Etat lésé, dont le préjudice n'aurait été réparé qu'en partie par la *restitutio*, d'obtenir la réparation par équivalent de tout préjudice excédant la fraction du dommage réparée par la *restitutio*.

---

[249] On se rappellera, en outre, la position prise à cet égard par M. Ouchakov, à la trente-troisième session de la Commission. Selon lui, il serait absurde d'envisager l'hypothèse selon laquelle le droit interne d'un Etat pourrait empêcher ce dernier de s'acquitter de ses obligations internationales découlant de sa responsabilité du chef d'un fait internationalement illicite, car :

« [...] En réalité, l'Etat est à la source de sa propre organisation interne, et c'est à lui qu'il appartiendrait donc de changer de système si celui qu'il a établi l'empêchait de respecter certaines de ses obligations. » (*Annuaire... 1981*, vol. I, par. 127, 1668e séance, par. 30 *in fine*.)

[250] Anzilotti, *Cours de droit...*, *op. cit.* (*supra* n. 17), p. 526.

[251] Il est presque inutile d'insister sur le rapport qui existe entre la question examinée ici et la supposée incidence du droit interne.

130. Les raisons objectives — au-delà des exceptions convenues par les parties — permettant de substituer en totalité ou en partie l'indemnisation pécuniaire ou d'autres formes de compensation à la *restitutio in integrum* peuvent se résumer en bref de la manière suivante :

a) Il n'existe pas de droit/obligation à la restitution en nature lorsque celle-ci est matériellement impossible, internationalement illicite ou trop onéreuse pour l'Etat auteur, ainsi qu'il a été expliqué. On doit recourir alors à une ou à plusieurs autres formes de réparation.

b) Les mesures de restitution risquent souvent d'être inadéquates, en ce sens qu'elles n'opèrent qu'une *restitutio* partielle du dommage causé par l'infraction. En pareil cas, ces mesures s'accompagneront d'autres formes de réparation.

c) L'Etat lésé a le droit d'obtenir, toutes les fois qu'il y a intérêt, et si la règle primaire violée ne l'exclut pas, la substitution totale ou partielle d'une ou plusieurs autres modalités de réparation, notamment l'indemnisation pécuniaire. Une exception valable que l'Etat auteur pourrait opposer à une telle substitution — outre l'impossibilité juridique internationale — serait peut-être le caractère trop onéreux de la réparation par équivalent au regard de la *restitutio in integrum*. Il semble cependant qu'il s'agisse là d'une simple hypothèse d'école.

131. Ce récapitulatif donne, semble-t-il, l'exacte mesure de la *restitutio in integrum*, telle que les reflètent la doctrine et la pratique relatives à la responsabilité des Etats pour faits internationalement illicites. Les alinéas *a*, *b* et *c* ci-dessus reflètent en particulier la prédominance purement statistique de la réparation par équivalent (totale ou partielle)[252] et la primauté logique de la restitution en nature (totale ou partielle) et donnent à penser que cette modalité se rapproche davantage du résultat idéal, qui est d'effacer totalement (sur les plans qualitatif et quantitatif) les conséquences dommageables de l'infraction et de rétablir la situation qui aurait existé si l'acte illicite n'avait pas été commis.

[252] Peut-être combinée avec d'autres formes de réparation telles que la satisfaction (y compris les dommages-intérêts moraux et les dommages-intérêts « punitifs ») et les garanties de non-renouvellement.

CHAPITRE III

Projets d'articles

132. Le Rapporteur spécial propose les projets d'articles suivants :

A. — Cessation[253]

Article 6. — Cessation d'un fait internationalement illicite à caractère continu

Tout Etat dont l'acte ou l'omission constitue un fait internationalement illicite [à] [ayant un] caractère continu est, sans préjudice de la responsabilité qu'il a déjà encourue, tenu de l'obligation de cesser cet acte ou cette omission.

B. — Restitution en nature[254]

Article 7. — Restitution en nature

1. L'Etat lésé a le droit d'exiger de l'Etat qui a commis le fait internationalement illicite la restitution en nature du chef de tout dommage qu'il a subi de ce fait, à condition que cette restitution :

***a*) ne soit pas matériellement impossible;**

***b*) n'entraîne pas la violation d'une obligation découlant d'une norme impérative du droit international général;**

***c*) ne soit pas trop onéreuse pour l'Etat qui a commis le fait internationalement illicite.**

2. La restitution en nature n'est réputée trop onéreuse que si :

***a*) elle représente une charge disproportionnée par rapport au dommage causé par le fait illicite;**

***b*) elle menace sérieusement le système politique, économique ou social de l'Etat qui a commis le fait internationalement illicite.**

[253] Dans son deuxième rapport, soumis à la trente-troisième session de la Commission, en 1981, M. Riphagen a présenté le projet d'article 4, contenant les dispositions suivantes sur la cessation :

« *Article 4*

« Sans préjudice des dispositions de l'article 5,

« 1. L'Etat qui a commis un fait internationalement illicite est tenu

« *a*) de cesser ce fait, de libérer les personnes et de restituer les objets détenus de ce fait, et d'empêcher que les effets dudit fait ne se prolongent;

« [...] »

(*Annuaire... 1981*, vol. II [1re partie], p. 104, doc. A/CN.4/344, par. 164.)

Dans son cinquième rapport, soumis à la trente-sixième session de la Commission, en 1984, M. Riphagen a présenté une version révisée de ce projet d'article — devenu projet d'article 6 — dont les dispositions se lisaient comme suit :

« *Article 6*

« 1. L'Etat lésé peut exiger de l'Etat qui a commis un fait internationalement illicite :

« *a*) qu'il cesse ce fait, qu'il libère les personnes et restitue les objets détenus de ce fait et qu'il empêche que les effets dudit fait ne se prolongent; et

« [...] »

(*Annuaire... 1984*, vol. II [1re partie], p. 3, doc. A/CN.4/380, sect. II.)

A la même session, la Commission a renvoyé ce projet d'article au Comité de rédaction, voir *Annuaire... 1984*, vol. II (2e partie), p. 107, par. 380.

[254] Dans son deuxième rapport, M. Riphagen a consacré les dispositions suivantes à la réparation :

« *Article 4*

« Sans préjudice des dispositions de l'article 5,

« 1. L'Etat qui a commis un fait internationalement illicite est tenu

« [...]

3. Sans préjudice du paragraphe 1, alinéa *c*, du présent article, aucun obstacle découlant du droit interne de l'Etat qui a commis le fait internationalement illicite ne peut à lui seul empêcher l'Etat lésé d'exercer son droit à la restitution en nature.

4. L'Etat lésé peut demander en temps opportun que la [réparation par équivalent] [l'indemnisation pécuniaire] soit substituée en tout ou en partie à la restitution en nature, à condition que ce choix n'ait pas pour effet de désavantager injustement l'Etat qui a commis le fait internationalement illicite, ou qu'il n'implique pas la violation d'une obligation découlant d'une norme impérative du droit international général.

« *b*) sous réserve de l'article 22 de la première partie des présents articles, d'ouvrir les recours prévus ou admis par son droit interne; et

« *c*) de rétablir l'état qui existait avant que la violation n'ait été commise.

« 2. Dans la mesure où il est matériellement impossible à l'Etat d'agir conformément aux dispositions du paragraphe 1 du présent article, cet Etat paie à l'Etat lésé une somme d'argent correspondant à la valeur qu'aurait l'exécution de ces obligations.

« [...] »

« *Article 5*

« 1. Si le fait internationalement illicite constitue une violation d'une obligation internationale concernant le traitement qu'un Etat doit réserver [dans le cadre de sa juridiction] à des étrangers, personnes physiques ou morales, l'Etat qui a commis cette violation a la faculté soit de s'acquitter de l'obligation mentionnée au paragraphe 1, alinéa *c*, de l'article 4, soit d'agir conformément au paragraphe 2 de l'article 4.

« 2. Si, toutefois, dans le cas mentionné au paragraphe 1 du présent article,

« *a*) le fait illicite a été commis dans l'intention de causer directement préjudice à l'Etat lésé, ou si

« *b*) les recours, visés au paragraphe 1, alinéa *b*, de l'article 4, ne sont pas conformes à une obligation internationale de l'Etat d'offrir des recours efficaces, et que l'Etat intéressé exerce la faculté d'agir conformément au paragraphe 2 de l'article 4,

« Le paragraphe 3 dudit article s'applique. »

(*Annuaire... 1981*, vol. II [1re partie], p. 104 et 105, doc. A/CN.4/344, par. 164.)

Les versions révisées, présentées dans le cinquième rapport — les projets d'articles 4 et 5 devenant respectivement les projets d'articles 6 et 7 —, se lisaient comme suit :

« *Article 6*

« 1. L'Etat lésé peut exiger de l'Etat qui a commis un fait internationalement illicite :

« [...]

« *b*) qu'il ouvre les recours prévus par son droit interne; et

« *c*) sous réserve de l'article 7, qu'il rétablisse l'état qui existait avant que la violation n'ait été commise; et

« [...]

« 2. Dans la mesure où il est matériellement impossible à l'Etat qui a commis le fait internationalement illicite d'agir conformément aux dispositions de l'alinéa *c* du paragraphe 1, l'Etat lésé peut exiger de lui qu'il lui paie une somme d'argent correspondant à la valeur qu'aurait le rétablissement de l'état qui existait avant que la violation n'ait été commise. »

« *Article 7*

« Si le fait internationalement illicite constitue une violation d'une obligation internationale concernant le traitement qu'un Etat doit réserver dans le cadre de sa juridiction à des étrangers, personnes physiques ou morales, et si l'Etat qui a commis le fait internationalement illicite ne rétablit pas l'état qui existait avant que la violation n'ait été commise, l'Etat lésé peut exiger de lui qu'il lui paie une somme d'argent correspondant à la valeur qu'aurait le rétablissement de l'état qui existait avant que la violation n'ait été commise. »

(*Annuaire... 1984*, vol. II [1re partie], p. 3, doc. A/CN.4/380, sect. II.)

La Commission a renvoyé le projet d'article 6 au Comité de rédaction, à sa trente-sixième session (v. *supra* n. 253), et le projet d'article 7, à sa trente-septième session, voir *Annuaire... 1985*, vol. II (2e partie), p. 24, par. 162.