

Document:-
A/CN.4/SR.2081

Compte rendu analytique de la 2081e séance

sujet:
Responsabilité des Etats

Extrait de l'Annuaire de la Commission du droit international:-
1988, vol. I

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

générale. Le Conseiller juridique sera alors en mesure de faire des représentations au Secrétaire général adjoint chargé de l'ensemble des services de conférences de l'Organisation.

77. Le PRÉSIDENT propose que la Commission adopte cette façon de procéder et prie son Rapporteur ainsi que le Président du Groupe de planification de rédiger un paragraphe qui sera inséré dans le rapport. La Commission pourra se pencher sur le texte de ce paragraphe lorsqu'elle examinera son projet de rapport. Sauf objection, il considérera que la Commission adopte cette proposition.

Il en est ainsi décidé.

La séance est levée à 13 heures.

2081^e SÉANCE

Mardi 19 juillet 1988, à 10 heures

Président : M. Leonardo DÍAZ GONZÁLEZ

Présents : le prince Ajibola, M. Al-Baharna, M. Al-Qaysi, M. Arangio-Ruiz, M. Barboza, M. Barsegov, M. Beesley, M. Bennouna, M. Calero Rodrigues, M. Eiriksson, M. Francis, M. Graefrath, M. Hayes, M. Koroma, M. Mahiou, M. McCaffrey, M. Njenga, M. Ogiso, M. Pawlak, M. Sreenivasa Rao, M. Razafindralambo, M. Reuter, M. Roucouas, M. Sepúlveda Gutiérrez, M. Shi, M. Thiam, M. Tomuschat, M. Yankov.

Immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens (A/CN.4/410 et Add.1 à 5¹, A/CN.4/415², A/CN.4/L.420, sect. F.2)

[Point 3 de l'ordre du jour]

RAPPORT PRÉLIMINAIRE DU RAPPORTEUR SPÉCIAL

1. Le PRÉSIDENT invite le Rapporteur spécial à présenter son rapport préliminaire sur le sujet (A/CN.4/415).

2. M. OGISO (Rapporteur spécial), après avoir retracé un bref historique du sujet, rappelle que la Commission avait adopté en première lecture, à sa 1972^e séance, le 20 juin 1986, un ensemble complet de projets d'articles sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens³, qui a été transmis par l'intermédiaire du Secrétaire général aux gouvernements, ceux-ci ayant été priés de lui adresser leurs commentaires et observations avant le 1^{er} janvier 1988.

3. A la date du 24 mars 1988, 23 Etats Membres et la Suisse avaient envoyé leurs commentaires et observations⁴. Dans son rapport préliminaire (A/CN.4/415), le

Rapporteur spécial analyse ces commentaires et recommande certains amendements à apporter aux projets d'articles qui permettraient de parvenir à un consensus sur les textes. Pour rédiger son rapport, il a également pris en considération les instruments nationaux ou internationaux sur l'immunité des Etats, ainsi que les diverses opinions exprimées à la Sixième Commission de l'Assemblée générale.

4. Le précédent Rapporteur spécial avait présenté à la Commission huit rapports fondés sur l'idée que les actes des Etats peuvent se diviser en deux catégories : les actes *jure imperii*, auxquels s'applique l'immunité de juridiction, et les actes *jure gestionis*, auxquels l'immunité ne s'applique pas. Or, l'étude des débats de la CDI et de la Sixième Commission sur ce point, ainsi que des commentaires écrits des gouvernements, fait apparaître certaines divergences fondamentales entre les tenants de la théorie « restrictive » de l'immunité des Etats et les partisans de la théorie « absolue ». C'est ainsi que la Belgique, la République fédérale d'Allemagne, le Royaume-Uni et la Suisse estiment qu'il existe dans le droit international une tendance à limiter l'immunité de l'Etat à l'égard de la juridiction des tribunaux d'un autre Etat, et que, par conséquent, la pratique récente, interne et internationale, doit se refléter dans le projet d'articles. Cette conception ne se limite pas à la doctrine et à la jurisprudence; elle se retrouve aussi dans des instruments tels que la Convention européenne de 1972 sur l'immunité des Etats⁵ et diverses lois nationales sur le sujet, notamment celles des Etats-Unis d'Amérique, du Royaume-Uni, du Canada, de l'Afrique du Sud, du Pakistan, de Singapour et de l'Australie.

5. A l'opposé, des Etats comme la Bulgarie, la Chine, la République démocratique allemande, l'Union soviétique ou le Venezuela considèrent que la future convention a pour but de réaffirmer et de renforcer le principe de l'immunité juridictionnelle des Etats, sous réserve de certaines exceptions clairement définies. A leur avis, adopter la notion dite de l'immunité fonctionnelle serait affaiblir considérablement l'efficacité du principe de base, auquel il convient de n'apporter qu'un minimum d'exceptions.

6. Le Rapporteur spécial croit se rappeler que les membres de la Commission étaient tombés d'accord, lors de la première lecture du projet d'articles, pour ne pas engager un débat trop théorique et abstrait sur les mérites respectifs de ces deux conceptions de l'immunité et pour se pencher plutôt sur les problèmes concrets, en essayant de déterminer quels sont les actes auxquels l'immunité de juridiction doit s'appliquer et les actes auxquels elle ne doit pas s'appliquer. La difficulté à cet égard est qu'il n'est pas possible, au stade actuel du développement du droit international, de classer toutes les activités de l'Etat dans l'une ou l'autre de ces deux catégories, de sorte qu'il subsistera inévitablement une zone d'ombre. Cependant, cette méthode est la meilleure, et peut-être la seule, pour concilier les deux conceptions en présence et atteindre l'objectif de la future convention qui, comme l'a dit la Chine, est de parvenir à un équilibre nécessaire entre, d'une part, l'abolition et la prévention des abus de juridiction nationale à

¹ Reproduit dans *Annuaire... 1988*, vol. II (1^{re} partie).

² *Ibid.*

³ Voir *Annuaire... 1986*, vol. II (2^e partie), p. 8 et suiv.

⁴ Ces commentaires et observations, y compris ceux reçus de cinq autres Etats Membres durant la session en cours, sont reproduits dans le document A/CN.4/410 et Add.1 à 5.

⁵ Conseil de l'Europe, *Convention européenne sur l'immunité des Etats et protocole additionnel*, Série des traités européens, n° 74, Strasbourg, 1972.

l'encontre des Etats souverains étrangers et, d'autre part, l'établissement de moyens équitables et raisonnables de règlement des différends (A/CN.4/410 et Add.1 à 5).

7. Les points de vue des gouvernements divergent, en particulier au sujet de l'article 6 (Immunité des Etats) et du titre de la troisième partie du projet ([Limitations de] [Exceptions à] l'immunité des Etats). L'article 6, après avoir énoncé le principe de l'immunité des Etats, indique qu'il s'applique sous réserve des dispositions des autres articles, autrement dit de la troisième partie du projet. Or, la Commission doit décider maintenant si elle veut conserver ou supprimer les mots « et des règles pertinentes du droit international général », qui ont été ajoutés entre crochets à la fin de cet article. Dix Etats sont en faveur du maintien de ces mots, neuf en préconisent la suppression. Les premiers, dont le Royaume-Uni, invoquent « la nécessité d'une certaine souplesse, compte tenu de l'évolution de la pratique des Etats et de l'adaptation correspondante du droit international général » (*ibid.*). Les autres redoutent que la formule « règles pertinentes du droit international général » ne soit interprétée de façon unilatérale. Le Rapporteur spécial, quoique sensible aux arguments des premiers, estime, en raison de la zone d'ombre qui subsistera sans doute entre les deux types d'activités de l'Etat, que les craintes des autres se justifient du point de vue pratique. Le projet d'articles doit en effet viser à établir clairement et de manière équilibrée, d'une part, le principe de l'immunité, et, de l'autre, les limitations ou exceptions qu'il convient d'y apporter. Or, ces mots risquent d'entraîner des controverses, non seulement à propos des activités relevant de la « zone d'ombre », mais aussi à propos des limitations ou exceptions. Le Rapporteur spécial propose donc de les supprimer. Cependant, comme le droit international est de toute évidence en pleine évolution dans ce domaine, la solution serait peut-être de suivre la suggestion de l'Espagne (*ibid.*) et de traiter la question dans le préambule de la future convention. De plus, la suppression de ces mots doit être envisagée en conjonction avec l'article 28 (Non-discrimination), et aussi avec les articles sur le règlement des différends : si ces articles étaient acceptés, cela aiderait dans une certaine mesure à maintenir l'équilibre entre les deux points de vue.

8. Pour ce qui est du titre de la troisième partie du projet, la Commission a retenu deux variantes. La première, « Limitations de l'immunité des Etats », a la préférence du Cameroun, des pays nordiques et du Royaume-Uni. Celui-ci, en particulier, considère que la troisième partie a pour fonction de définir les cas où le droit international ne reconnaît pas à l'Etat l'immunité juridictionnelle. La seconde variante, « Exceptions à l'immunité des Etats », a la faveur du Brésil, de la République démocratique allemande, de la RSS de Biélorussie, de la Thaïlande et de la Yougoslavie, qui voient en elle une conséquence logique de la doctrine de l'immunité absolue. Pour sa part, le Rapporteur spécial a l'impression que la Commission a donné au cours de la première lecture une importance exagérée au choix du titre, peut-être parce que certains de ses membres craignaient que ce choix n'influat sur l'orientation doctrinale des débats concernant les autres aspects du sujet. Il sera plus facile, selon lui, de se prononcer une fois que toutes les autres questions concrètes auront été réglées,

sans préjudice des positions doctrinales des gouvernements.

9. Après ces remarques d'ordre général, le Rapporteur spécial se propose d'évoquer les principaux problèmes que posent les différents articles, à commencer par celui des définitions.

10. A cet égard, il accepte la suggestion de l'Australie et de la RSS de Biélorussie tendant à fondre les articles 2 et 3. Il présente dans son rapport le libellé du nouvel article 2 résultant de cette fusion (A/CN.4/415, par. 29).

11. S'agissant du fond du nouvel article 2, il reste à régler la question de la définition du mot « Etat » (par. 1 de l'ancien article 3) et de l'expression « contrat commercial » (par. 1, al. b, de l'ancien article 2 et par. 2 de l'ancien article 3).

12. En ce qui concerne la définition de l'Etat, les gouvernements ont soulevé trois séries de problèmes. D'abord, la République fédérale d'Allemagne fait observer que le projet ne contient pas de disposition spéciale visant les Etats fédéraux, contrairement à la Convention européenne de 1972, par exemple. Le Rapporteur spécial ne voit, quant à lui, aucun inconvénient à faire figurer dans la future convention une disposition de ce genre, mais il aimerait connaître l'opinion de la Commission sur ce point. La deuxième question soulevée par les gouvernements est celle des conditions dans lesquelles les sous-divisions politiques de l'Etat, ou ses organismes ou institutions, doivent jouir de l'immunité de juridiction. A ce propos, le Rapporteur spécial fait observer que la République fédérale d'Allemagne, par exemple, considère que ces entités ne doivent pouvoir invoquer l'immunité que lorsqu'elles agissent dans l'exercice des prérogatives de la puissance publique (*acta jure imperii*), tandis que, pour le Royaume-Uni, ces entités ne peuvent prétendre à l'immunité juridictionnelle que *ratione materiae*. L'autre position est que toute subdivision politique, dès lors qu'elle est habilitée à exercer les prérogatives de la puissance publique, doit pouvoir également prétendre de façon automatique, *ratione personae*, à toutes les immunités juridictionnelles de l'Etat. Personnellement, le Rapporteur spécial peut accepter l'une ou l'autre interprétation, mais comme la question a peu été débattue lors de la première lecture, il aimerait connaître le point de vue des membres de la Commission. Par ailleurs, si sa proposition tendant à ajouter un acte 11 *bis* (*ibid.*, par. 122) — concernant le troisième problème évoqué par les gouvernements, à savoir celui des entreprises d'Etat possédant des biens d'Etat « séparés » — est acceptée, il faudra ajouter une nouvelle disposition à la fin du paragraphe 1, al. b, iii, du nouvel article 2. Le Rapporteur spécial propose, pour cette disposition, le libellé suivant, qui est inspiré de l'article 27 de la Convention européenne de 1972 sur l'immunité des Etats :

« N'est pas considérée comme un organisme ou comme une institution d'Etat une entreprise d'Etat, distincte de celui-ci, qui a le droit de posséder un bien d'Etat séparé et d'en disposer, et qui a la capacité d'ester en justice, même si cette entreprise est chargée d'exercer des fonctions publiques. »

Cet amendement figurera dans le rapport suivant du Rapporteur spécial.

13. Quant à l'expression « contrat commercial », le Rapporteur spécial rappelle qu'elle a été choisie par le Comité de rédaction de préférence à « activité commerciale », formule qui avait été proposée par le précédent Rapporteur spécial dans son deuxième rapport⁶. Lui-même ne juge pas nécessaire de réintroduire le mot « transaction », car, que l'on parle de « contrat », d'« activité » ou de « transaction », il s'agit en substance du même acte. La Thaïlande et la Suisse ont reproché à l'expression « contrat commercial » d'être tautologique. Le Rapporteur spécial convient que le reproche est justifié et propose de supprimer l'adjectif « commercial » au paragraphe 1, al. b, i, de l'ancien article 2.

14. De nombreux gouvernements ont critiqué le paragraphe 2 de l'ancien article 3, parce qu'il fait du but du contrat un critère de son caractère commercial. Ces gouvernements considèrent que le seul critère à prendre en considération est la nature du contrat; on peut se reporter, à ce propos, aux arguments avancés par l'Australie, le Qatar et le Royaume-Uni (A/CN.4/410 et Add.1 à 5). Si l'on se réfère à la position adoptée à l'égard de ces critères dans les textes législatifs récents, on constate, par exemple, que dans la loi des Etats-Unis le caractère commercial de l'activité est déterminé par sa nature et non par son but, et que ni la loi du Royaume-Uni ni la Convention européenne de 1972 ne contiennent de disposition expresse sur la question. Cependant, la pratique des tribunaux européens est d'appliquer le critère de la nature et non celui du but. L'exemple le plus net est l'arrêt rendu en 1963 par la Cour constitutionnelle fédérale de la République fédérale d'Allemagne dans une affaire concernant une réclamation contre l'Iran; la Cour y déclarait que le seul critère applicable pour distinguer entre les actes *jure imperii* et les actes *jure gestionis* était la nature de l'acte de l'Etat ou le rapport juridique qui en résultait, et non le motif ou le but de l'activité de l'Etat⁷. Un autre exemple fréquemment cité est l'arrêt rendu par la Cour suprême autrichienne, dans lequel celle-ci décidait qu'il fallait prendre pour critère de la distinction, non pas le but de l'acte, mais sa « nature intrinsèque »⁸. Dans une conférence récente, le professeur Schreuer, de l'Université de Salzbourg, indiquait que, d'après la pratique récente des tribunaux, on négligeait, dans presque tous les cas, le cadre général ou l'objet de la transaction en cause au profit du type de la transaction ou de la nature de l'activité.

15. Personnellement, le Rapporteur spécial ne voit pas de difficulté majeure à écarter le critère du but du contrat et à ne retenir que le critère de sa nature. Il tient toutefois à rappeler que cette question a été longuement débattue à la CDI et à la Sixième Commission, que le paragraphe 2 de l'ancien article 3 est le fruit d'un compromis proposé par le précédent Rapporteur spécial. De

plus, un certain nombre de pays en développement préféreraient maintenir le critère du but. Il se demande, en conséquence, si la suppression pure et simple du critère du but, quoique théoriquement défendable, ne donnerait pas lieu à d'autres discussions épineuses. Dans le cas, par exemple, d'un contrat portant sur la mise en œuvre d'un projet d'aide au développement, ou d'un contrat de fourniture d'urgence de vivres en cas de famine, il pourrait être utile de tenir compte du critère du but. Dans cette optique et vu que les critiques adressées au libellé du paragraphe 2 de l'ancien article 3 visent surtout la mention de la pratique des Etats, qui passe pour être ambiguë, subjective et, partant, inapplicable, le Rapporteur spécial propose un nouvel énoncé du critère du but à la fin du paragraphe 3 du nouvel article 2 (A/CN.4/415, par. 29). Il souhaiterait que les membres de la Commission lui fassent part, à la session suivante, de leurs vues sur ce point.

16. Le dernier point soulevé à propos du contrat commercial concerne l'article 11 (Contrats commerciaux) et le nouvel article 11 *bis* (Biens d'Etat séparés) [*ibid.*, par. 122]. L'article 11 énonce l'exception la plus importante au principe de l'immunité des Etats en disposant que l'Etat qui conclut avec une personne physique ou morale étrangère un contrat commercial ne peut jouir de l'immunité. Le Rapporteur spécial considère que cet article ne soulève pas de grandes difficultés, sous réserve des modifications de forme qu'il propose d'apporter au paragraphe 1 (*ibid.*, par. 121), pour tenir compte des observations de certains gouvernements et pour simplifier quelque peu le texte actuel, élaboré sous le signe de la théorie du consentement.

17. Quant à l'article 11 *bis*, il s'articule autour d'une notion qui est nouvelle dans le projet, celle de « biens d'Etat séparés », et qui s'inspire des observations des gouvernements des pays socialistes, en particulier l'Union soviétique et la RSS de Biélorussie. Nonobstant l'article 11 de la Constitution de l'URSS de 1977, qu'il cite dans son rapport (*ibid.*, par. 14), le Rapporteur spécial croit pouvoir déduire desdites observations que, en cas de différend portant sur un contrat commercial, une entreprise d'Etat, à l'instar d'une personne physique, est soumise à la juridiction des tribunaux de l'Etat du for pour tout ce qui concerne les biens séparés qui sont en sa possession. C'est à la lumière de ces considérations qu'il propose l'article 11 *bis*, à propos duquel il souhaiterait avoir l'avis des membres de la Commission, et qui appelle sans doute des améliorations de forme. Cette disposition, qu'il faut lire en liaison avec le nouvel article 2, pourrait établir un juste équilibre entre la théorie « restrictive » et la théorie « absolue » de l'immunité des Etats.

18. Passant à d'autres articles importants, le Rapporteur spécial propose, compte tenu des observations des gouvernements, de supprimer à l'article 12 (Contrats de travail) la référence aux dispositions de la sécurité sociale, qui ne lui semble pas indispensable. Il propose aussi, au vu des observations de la Belgique et de la République fédérale d'Allemagne, de supprimer l'alinéa a du paragraphe 2. Enfin, il propose de supprimer l'alinéa b du paragraphe 2, car, comme la République fédérale d'Allemagne l'a fait observer, il estime que cette disposition met en cause l'utilité de l'article 12 lui-

⁶ Voir *Annuaire... 1980*, vol. II (1^{re} partie), p. 201, doc. A/CN.4/331 et Add.1, par. 33 (projet d'article 2, par. 1, al. f), et p. 207, par. 48 (projet d'article 3, par. 2).

⁷ Arrêt du 30 avril 1963 dans l'affaire *X c. Empire of... [Iran]* (*Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, Tübingen, 1964, vol. 16, p. 27); trad. anglaise dans Nations Unies, *Documentation concernant les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens* (numéro de vente : E/F.81.v.10), p. 288.

⁸ Arrêt du 10 février 1961 dans *X [Holubek] c. Gouvernement des Etats-Unis* (*Juristische Blätter*, Vienne, vol. 84, 1962, p. 44); trad. anglaise dans Nations Unies, *Documentation concernant les immunités juridictionnelles...*, p. 205).

même. Il propose donc un texte modifié pour l'article 12 (*ibid.*, par. 133).

19. En ce qui concerne l'article 13 (Dommages aux personnes ou aux biens), le Rapporteur spécial, se référant aux propositions de l'Australie, de la République fédérale d'Allemagne et de la Thaïlande relatives à l'atteinte à l'intégrité physique ou au dommage transfrontière, doute que la présence de l'auteur de l'acte ou de l'omission sur le territoire au moment dudit acte ou de ladite omission puisse être légitimement considérée comme un critère nécessaire à l'exclusion de l'immunité de l'Etat. Il a donc éliminé ce critère du texte qu'il propose pour l'article 13 (*ibid.*, par. 143).

20. S'agissant de l'article 14 (Propriété, possession et usage de biens), le précédent Rapporteur spécial avait clairement indiqué, dans son cinquième rapport⁹, que les alinéas *c*, *d* et *e* du paragraphe 1 concernaient principalement la pratique judiciaire des pays de « common law ». On peut en effet douter que ces textes reflètent une pratique universelle. Si la Commission souhaite laisser prévaloir la pratique des pays de « common law », le Rapporteur spécial propose de modifier les alinéas en question afin de mieux refléter la pratique actuelle, et il recommande, en conséquence, un nouveau texte pour le paragraphe 1 (*ibid.*, par. 156). Toutefois, si la Commission estime, comme l'Union soviétique (A/CN.4/410 et Add.1 à 5), que les alinéas *b*, *c*, *d* et *e* risquent d'ouvrir la voie à la compétence d'un tribunal étranger, même en l'absence d'un lien entre les biens et l'Etat du for, il propose de supprimer ces quatre alinéas. Dans la pratique, les pays de « common law » auront toujours la possibilité de régler le problème par l'application du principe de réciprocité, prévu à l'article 28 (Non-discrimination). Cette question pourrait être examinée à la session suivante.

21. L'article 15 (Brevets d'invention, marques de fabrique ou de commerce et autres objets de propriété intellectuelle ou industrielle), l'article 16 (Questions fiscales) et l'article 17 (Participation à des sociétés ou autres groupements) n'ont fait l'objet d'aucune observation quant au fond. Ils paraissent donc généralement acceptables, sous réserve éventuellement de quelques modifications de forme.

22. A propos de l'article 18 (Navires en service commercial dont un Etat a la propriété ou l'exploitation), le Rapporteur spécial signale que le Royaume-Uni, la République fédérale d'Allemagne et les cinq pays nordiques (*ibid.*) sont hostiles au terme « non gouvernementales », placé entre crochets aux paragraphes 1 et 4, alors que la Thaïlande est favorable à son maintien. Personnellement, il estime que ce terme introduit une certaine ambiguïté dans le paragraphe 1, et propose donc de le supprimer. Il rappelle, à ce propos, que la Convention de Bruxelles de 1926¹⁰ (art. 3) et la Convention des Nations Unies de 1982 sur le droit de la mer (en particulier, art. 32, 96 et 236) font une distinction entre les navires d'Etat en service commercial et les navires

d'Etat qui ne le sont pas, mais non entre les navires d'Etat et les navires qui ne le sont pas. La République fédérale d'Allemagne a formulé, pour cet article, des suggestions détaillées que le Rapporteur spécial propose de renvoyer au Comité de rédaction pour plus ample examen.

23. En ce qui concerne l'article 19 (Effet d'un accord d'arbitrage), qui a fait l'objet de nombreuses observations critiques, le Rapporteur spécial souhaite en préciser le sens. Premièrement, cet article porte sur ce qu'il est convenu de considérer comme la renonciation implicite à l'immunité dans le cas où un Etat convient par écrit de soumettre un différend à un arbitrage dans l'Etat du for. Le Rapporteur spécial propose, en conséquence, de remplacer les mots « cet Etat ne peut invoquer l'immunité de juridiction » par les mots « cet Etat est réputé avoir consenti à l'exercice de la juridiction d'un tribunal », de manière à préciser que l'effet de l'accord d'arbitrage est interprété comme étant implicite. Deuxièmement, le tribunal de l'Etat du for doit s'entendre du tribunal de l'Etat sur le territoire duquel, ou en vertu de la législation duquel, l'arbitrage a été ou sera rendu. Il est à noter qu'une telle limitation est prévue à l'article 12 de la Convention européenne de 1972 sur l'immunité des Etats. Troisièmement, la procédure, dont il est question dans l'article 19, doit se rapporter aux trois matières qui y sont énumérées : *a*) la validité ou l'interprétation de l'accord d'arbitrage; *b*) la procédure d'arbitrage; et *c*) l'annulation de la sentence arbitrale. Par conséquent, la question de savoir si un Etat peut invoquer l'immunité de juridiction devant un tribunal de l'Etat du for dans une procédure se rapportant à la reconnaissance et à l'exécution de la sentence arbitrale demeure ouverte, et la réponse dépend du compromis d'arbitrage lui-même. Quant aux mots placés entre crochets dans cet article, le Rapporteur spécial pense, compte tenu des observations formulées par plusieurs gouvernements, que l'expression « une matière civile commerciale » est préférable à « un contrat commercial ».

24. Pour les raisons qu'il a déjà exposées à propos de l'article 18, le Rapporteur spécial propose de supprimer le terme « non gouvernementales » placé entre crochets à l'alinéa *a* de l'article 21 (Immunité des Etats à l'égard des mesures de contrainte) et au paragraphe 1 de l'article 23 (Catégories spécifiques de biens). Il est aussi d'avis de supprimer le membre de phrase « ou des biens dans lesquels il a un intérêt juridiquement protégé », également placé entre crochets à l'article 21, car son sens n'est pas clair. Pour ce qui est des objections formulées par l'URSS et la République démocratique allemande à propos de l'article 21, il se demande si le nouvel article 11 *bis* qu'il propose, et l'amendement qu'il présente en conséquence à l'article 2, ne suffisent pas à y répondre.

25. Pour le paragraphe 2 de l'article 23, le Rapporteur spécial propose un nouveau texte (A/CN.4/415, par. 240), conçu à la lumière des observations de la République démocratique allemande. Il croit en effet se souvenir que le précédent Rapporteur spécial avait proposé l'article 23 afin de protéger les pays en développement qui consentent à des mesures de contrainte frappant leurs biens à la suite d'un malentendu. Il suggère donc que les biens relevant des cinq catégories énumérées au paragraphe 1 ne fassent pas l'objet de mesures de con-

⁹ *Annuaire...* 1983, vol. II (1^{re} partie), p. 52, doc. A/CN.4/363 et Add.1, par. 116 et suiv.

¹⁰ Convention internationale pour l'unification de certaines règles concernant les immunités des navires d'Etat (Bruxelles, 1926) et Protocole additionnel (Bruxelles, 1934) [SDN, *Recueil des Traités*, vol. CLXXVI, 199 et 214].

trainte, même avec le consentement de l'Etat défendeur. En outre, afin de ne pas étendre l'immunité à la totalité des biens des banques centrales, il propose d'ajouter à la fin de l'alinéa c du paragraphe 1 les mots « utilisés à des fins monétaires ».

26. Enfin, le Rapporteur spécial déclare que, contrairement à sa première intention, il ne soumettra pas à la session en cours, faute de temps, des propositions concrètes sur la question du règlement des différends; il le fera dans un additif à son rapport préliminaire, qu'il présentera à la session suivante.

27. M. BARSEGOV remercie le Rapporteur spécial pour son rapport préliminaire (A/CN.4/415) et pour la présentation qu'il vient d'en faire.

28. M. Barsegov signale qu'il convient d'ajouter l'Union soviétique aux neuf Etats qui préconisent la suppression, à l'article 6 (Immunité des Etats), des mots « et des règles pertinentes du droit international général » placés entre crochets (*ibid.*, par. 61). Il y a donc dix gouvernements pour le maintien de ces mots et dix contre. Il souhaiterait aussi savoir si le Rapporteur spécial a l'intention, dans son rapport suivant, de faire des propositions précises sur la réduction du nombre des exceptions au principe de l'immunité. Enfin, s'agissant des biens d'Etat séparés, M. Barsegov se propose de communiquer au Rapporteur spécial tous les textes législatifs correspondants, et demande si, dans son rapport, à la session suivante, le Rapporteur spécial pourrait introduire cette notion dans l'ensemble du projet d'articles, sans la limiter à l'article 11 *bis*.

29. M. OGISO (Rapporteur spécial) remercie M. Barsegov de son offre. Il entend, bien entendu, faire des propositions précises sur la réduction des exceptions dans un additif à son rapport préliminaire, qui sera présenté à la session suivante de la Commission. Pour ce qui est de la question des biens d'Etat séparés, il élaborera sa proposition en fonction du débat qui aura lieu à la session suivante.

30. M. BENNOUNA remercie le Rapporteur spécial pour son rapport préliminaire (A/CN.4/415). S'agissant de la présentation matérielle, il aurait souhaité que le Rapporteur joignît en annexe à son rapport l'ensemble du texte adopté en première lecture, qu'il indiquât dans son rapport la référence des sources citées, et aussi dans quelle mesure ses propositions tiennent compte des observations de la CDI et de la Sixième Commission de l'Assemblée générale. Il aurait souhaité, en outre, que le Rapporteur spécial fit la synthèse des observations des gouvernements. Il exprime l'espoir que le Rapporteur spécial complètera son rapport préliminaire avant la session suivante, de manière à en faire un document plus complet et plus facile à consulter.

31. M. KOROMA félicite le Rapporteur spécial pour les efforts qu'il a déployés afin de concilier les points de vue et de parvenir à des solutions de compromis. Son rapport préliminaire (A/CN.4/415) va dans la bonne direction.

32. M. Koroma souhaiterait, vu le nombre important de pays en développement qui s'intéressent à ce sujet et qui ont eu à défendre leur cause devant les tribunaux des pays développés, qu'il soit tenu compte, non seulement des jugements rendus en la matière — dont il ne s'agit pas de contester la pertinence —, mais aussi des thèses

que ces pays en développement ont défendues. Cela permettrait d'avoir une idée générale de leur position.

33. M. Koroma note avec satisfaction que le Rapporteur spécial n'a pas cédé à la tentation de s'engager dans un débat doctrinal sur le principe de l'immunité des Etats, qui n'est pas contesté. La Commission devrait confirmer ce principe en l'assortissant de certaines exceptions.

34. S'agissant du critère à appliquer pour déterminer s'il s'agit d'un contrat commercial, M. Koroma estime qu'il faut retenir le but du contrat plutôt que sa nature. Il relève, à ce propos, l'exception que le Rapporteur spécial admet, par exemple en faveur des contrats relatifs à la fourniture d'urgence de vivres en cas de famine, et des contrats relatifs à la réalisation de projets d'aide au développement (v. *supra* par. 15). Ces contrats ne sauraient être considérés comme ayant un but lucratif.

35. Le PRÉSIDENT remercie le Rapporteur spécial pour l'excellente présentation qu'il a faite de son rapport préliminaire, et qui aidera sans nul doute la Commission dans ses futurs travaux. Il se déclare convaincu que le Rapporteur spécial prendra dûment note des observations qui viennent d'être faites.

Responsabilité des Etats (A/CN.4/414¹¹, A/CN.4/416 et Add.1¹², A/CN.4/L.420, sect. F.1)

[Point 2 de l'ordre du jour]

Deuxième et troisième partie du projet d'articles¹³

RAPPORT PRÉLIMINAIRE DU RAPPORTEUR SPÉCIAL

36. Le PRÉSIDENT invite le Rapporteur spécial à présenter son rapport préliminaire sur le sujet (A/CN.4/416 et Add.1), ainsi que les nouveaux articles 6 et 7 de la deuxième partie du projet d'articles, soumis dans ce rapport, et se lisant comme suit :

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 reste, sans préjudice de la responsabilité qu'il a déjà encourue, tenu de l'obligation de cesser cet acte ou cette omission.

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;

¹¹ Reproduit dans *Annuaire... 1988*, vol. II (1^{re} partie).

¹² *Ibid.*

¹³ La première partie du projet d'articles (Origine de la responsabilité internationale), dont les articles 1 à 35 ont été adoptés en première lecture, figure dans *Annuaire... 1980*, vol. II (2^e partie), p. 29 et suiv.

Les articles 1 à 5 de la deuxième partie du projet (Contenu, formes et degrés de la responsabilité internationale), adoptés provisoirement par la Commission à ses trente-cinquième et trente-septième sessions, figurent dans *Annuaire... 1985*, vol. II (2^e partie), p. 24. Pour le texte des autres articles de la deuxième partie du projet — articles 6 à 16 —, que la Commission a renvoyés au Comité de rédaction à ses trente-sixième et trente-septième sessions, *ibid.*, p. 20, note 66.

Les articles 1 à 5 et l'annexe de la troisième partie du projet (Mise en œuvre de la responsabilité internationale et règlement des différends) ont été examinés par la Commission à sa trente-huitième session et renvoyés au Comité de rédaction. Pour le texte, voir *Annuaire... 1986*, vol. II (2^e partie), p. 37 et 38, note 86.

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

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

2. La restitution en nature n'est réputée excessivement 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.

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.

37. M. ARANGIO-RUIZ (Rapporteur spécial) dit qu'il limitera son exposé aux éléments essentiels de son rapport préliminaire (A/CN.4/416 et Add.1), en présentant, d'abord, le chapitre II, qui traite de la cessation du fait internationalement illicite et de la restitution en nature, puis le chapitre III, qui contient les nouveaux articles 6 et 7 de la deuxième partie du projet d'articles. C'est ensuite seulement qu'il parlera des questions de méthode soulevées dans le chapitre I^{er}.

38. Les nouveaux articles 6 et 7 proposés représentent le minimum nécessaire pour répondre à deux des éléments du développement progressif et de la codification du droit dans le domaine à l'examen — à savoir les obligations de l'Etat fautif, d'une part, et les droits de l'Etat lésé en matière de cessation et de réparation, de l'autre, par opposition à la faculté qu'a cet Etat de prendre toute mesure pour obtenir réparation ou imposer une sanction à l'Etat fautif. Cette distinction, évidemment toute relative, est expliquée dans son rapport (*ibid.*, par. 14, 15 et 18), mais il faudra y revenir. Au stade actuel de la réflexion, elle permet d'établir qu'il s'agit uniquement, pour l'instant, de traiter de ce que l'Etat fautif doit « faire » ou « donner », et de ce que l'Etat lésé est en droit de « recevoir », quels que soient les moyens auxquels il peut recourir par ailleurs pour obtenir la cessation de l'acte, la réparation du dommage ou l'imposition d'une sanction. Il est encore trop tôt pour songer aux « mesures » — ou, comme disent certains, aux « contre-mesures ». Les difficultés auxquelles ont donné lieu jusqu'à présent les conséquences du fait internationalement illicite tiennent précisément, d'une part, à ce que l'on a négligé cette distinction, et, d'autre part, à la tendance, très répandue chez les publicistes, d'aller droit aux mesures sans même traiter de questions de fond aussi primordiales que la cessation, la réparation et/ou le châtement.

39. Les conséquences juridiques essentielles du fait illicite — la cessation et les diverses formes de réparation — étaient traitées ensemble dans les articles 6 et 7 de la deuxième partie du projet, présentés par le précédent Rapporteur spécial. Cependant, comme l'article 7 ne servait qu'à prévoir une exception — de taille, il est vrai — à l'obligation générale de restitution en nature, l'ensemble des conséquences juridiques (restitution en nature, indemnisation et autres) était traité au para-

graphe 1 de l'article 6, le paragraphe 2 explicitant les rapports entre restitution en nature et indemnisation pécuniaire. Si louable que fût leur concision, ces dispositions semblaient donc insuffisantes du point de vue de la codification du droit, sans parler de son développement progressif. De plus, lors de la trente-huitième session de la Commission, en 1986, le Comité de rédaction n'avait pas pu s'entendre sur le libellé de l'article 6, malgré les efforts faits pour dissocier la cessation de la réparation, et notamment de la restitution en nature. On pourrait obtenir de meilleurs résultats en mettant au point des dispositions distinctes et plus élaborées sur la cessation du comportement illicite, et sur les diverses formes de réparation. Le cadre étant ainsi élargi, la Commission pourra tirer meilleur parti du matériau juridique dont elle dispose, qu'il s'agisse des textes théoriques, ou des exemples de la pratique en matière de responsabilité internationale, ou encore des analyses faites par le précédent Rapporteur spécial.

40. Sur la notion de cessation du fait internationalement illicite, le Rapporteur spécial indique que son analyse critique de la doctrine et de la pratique (*ibid.*, par. 29 à 52) débouche sur trois conclusions : premièrement, la cessation doit être expressément prévue dans le projet d'articles; deuxièmement, la portée de l'obligation correspondante doit y être explicitement formulée; troisièmement, la disposition envisagée doit être distincte des articles traitant des diverses formes de réparation, et notamment de la restitution en nature.

41. Pour ce qui est d'abord de la nécessité de prévoir la cessation parmi les conséquences juridiques du fait internationalement illicite — et surtout du fait persistant —, il faut considérer que tout comportement illicite, outre ses effets néfastes précis sur l'Etat lésé, constitue une menace pour la règle même que viole l'Etat fautif. En effet, le droit international est constitué de normes arrêtées par ceux-là même à qui elles s'appliquent, et toute violation d'une norme met immanquablement en péril la survie de cette norme. Ce péril existe même si l'Etat fautif conteste, explicitement ou implicitement, la réalité de la règle ou son interprétation, ou encore s'il propose de la modifier ou de l'abroger. Cette pérennité de la règle est d'autant plus menacée que l'acte illicite s'accompagne, comme cela est trop souvent le cas, d'une remise en cause de la règle même ou de son interprétation. Il est évident aussi que plus l'acte illicite perdure, plus la règle est compromise. C'est pourquoi il importe que le projet d'articles précise que, chaque fois qu'un Etat se rend coupable d'un acte illicite de caractère persistant, il reste tenu — en dépit, mais aussi à cause de cette violation — de l'obligation de cesser son comportement. Une telle disposition ne servirait pas seulement les intérêts de l'Etat lésé, mais aussi la cause plus générale de la sauvegarde de l'Etat de droit, c'est-à-dire, hypothétiquement, les intérêts de tous les Etats.

42. On a affirmé qu'une disposition sur la cessation n'avait pas sa place dans le projet parce que l'obligation correspondante ne relevait pas, à proprement parler, des conséquences juridiques de l'acte illicite, visé comme tel par les règles dites « secondaires » applicables à la responsabilité. Or, tout bien considéré, cette distinction entre règles « primaires » et « secondaires » est relative. On peut imaginer que la règle de cessation se situe, pour ainsi dire, entre les premières et les secondes. A l'égard

des premières, elle serait une sorte de concrétisation de la norme « primaire » que l'Etat fautif est en train de violer. A l'égard des secondes, elle aiderait à déterminer la qualité et la quantité de la réparation.

43. Il y a d'autres arguments en faveur d'une règle expresse et distincte sur la cessation. Le premier est qu'il n'existe pas, en la matière, de mécanisme institutionnel d'application générale, comparable à la procédure pénale et au droit pénal ou aux procédures civiles auxquelles une partie lésée peut recourir sur le plan national pour faire protéger son droit. Le deuxième est que l'obligation expresse de mettre un terme à l'acte ou à l'omission illicite a une importance pratique dans le cas des délits d'une gravité particulière, comme les crimes internationaux. Le Rapporteur spécial pense, à ce propos, à certaines affaires mentionnées dans son rapport (*ibid.*, par. 50 et 51). Le troisième est que le non-respect de la demande de cessation, ou de l'injonction donnée à cette fin par une instance internationale, peut justifier le recours à des mesures immédiates, individuelles, collectives ou institutionnelles à l'encontre de l'Etat fautif.

44. Quant à la portée de la disposition relative à la cessation, il faut considérer qu'un comportement internationalement illicite peut avoir un caractère persistant autant par action que par omission; sur ce point, le Rapporteur spécial renvoie les membres de la Commission à son rapport (*ibid.*, par. 34 à 38).

45. Concernant, enfin, la manière de formuler le devoir de cessation, plusieurs raisons inclinent à en faire l'objet d'une disposition distincte de celles qui traitent des autres conséquences de l'acte internationalement illicite. La première de ces raisons est évidemment la fonction singulière que joue la cessation par opposition à toutes les formes de réparation. Comme il est dit dans le rapport (*ibid.*, par. 39 à 41, et notamment par. 54), la cessation n'est pas l'une des formes de la réparation. Contrairement à ces formes — en particulier la restitution en nature —, l'obligation de cessation ne fait pas partie de la responsabilité internationale découlant d'une règle secondaire. L'Etat ayant un comportement illicite est tenu d'y mettre fin en vertu de la règle qui lui impose justement l'obligation initiale à laquelle contrevient l'acte illicite.

46. La deuxième raison, ainsi qu'elle est exposée dans le rapport (*ibid.*, par. 55), a trait à la formulation d'une règle sur la cessation, soit du point de vue des droits de l'Etat lésé, soit du point de vue des devoirs de l'Etat fautif. Dans le domaine de la réparation, il vaut mieux se placer du point de vue des droits de l'Etat lésé, car c'est à l'initiative de celui-ci qu'un mécanisme judiciaire « secondaire » est mis en branle. Ce n'est pas le cas dans la cessation, car, même si l'initiative de l'Etat lésé est à la fois légitime et opportune, l'obligation de cessation doit être considérée comme mise en jeu en vertu de la simple règle primaire. Nul mécanisme accessoire ou secondaire n'a à s'amorcer ici. L'élément du comportement illicite qui est devenu un fait accompli peut relever des dispositions qui régissent la réparation, mais l'article sur la cessation doit seulement souligner que l'Etat fautif reste soumis à son obligation primaire, sans que l'Etat lésé ait à en exiger le respect.

47. La troisième raison, qui est expliquée dans le rapport (*ibid.*, par. 56), tient au champ d'application relativement limité de la cessation, dont l'obligation n'est

concevable que pour les actes illicites d'une certaine durée. Ce serait une source de confusion que de traiter de la cessation dans une disposition générale qui porterait — comme le précédent Rapporteur spécial l'avait fait dans l'article 6 — sur la réparation des conséquences aussi bien des comportements persistants que des actes instantanés.

48. La quatrième raison pour laquelle il convient de différencier la cessation de la réparation est que cette distinction est nécessaire pour éviter que les limitations et les exceptions qui caractérisent le régime de la restitution en nature ne s'étendent aussi à la cessation, domaine dans lequel elles seraient inconcevables. L'obligation d'interrompre tout comportement illicite n'est pas et ne doit pas être subordonnée aux mêmes considérations puisque sa finalité est justement de prévenir une situation illicite future — en l'occurrence, la persistance de l'acte illicite en cours.

49. Dans le nouveau projet d'article 6 soumis par le Rapporteur spécial, l'un des mots clefs est le verbe « reste » (*remains*) qui remplace « est » (*is*). Il est préférable d'insister sur la permanence plutôt que sur la simple existence de l'obligation de l'Etat, de façon à mieux faire ressortir la raison d'être de l'article, qui est la pérennité de la règle primaire, malgré les agissements de l'Etat fautif. L'article est facile à comprendre, et, s'il a paru nécessaire d'ajouter les mots « sans préjudice de la responsabilité qu'il a déjà encourue », c'est simplement pour montrer que l'article ne traite que de la cessation de la violation. On aurait pu préciser aussi que l'obligation de l'Etat fautif n'est pas conditionnée par la plainte de l'Etat lésé, mais il a paru préférable de ne pas en faire mention.

50. Avec le problème de la restitution en nature, note le Rapporteur spécial, on pénètre dans le domaine de la réparation, c'est-à-dire des conséquences, au sens le plus strict et le plus technique du terme, de l'acte internationalement illicite. En tant que forme particulière de réparation, la restitution diffère très nettement et sur plusieurs points de la cessation, comme cela est analysé dans le rapport (*ibid.*, par. 69 et 70). La première de ces différences est que la restitution est consécutive à l'acte illicite, dont elle vise à réparer les effets; la deuxième, corollaire évident de la première, est que la restitution s'applique à tout acte illicite, qu'il soit instantané ou continu; la troisième est que la restitution en nature est, comme les autres formes de réparation, une obligation « secondaire », qui découle d'une règle dite « secondaire ».

51. L'étude de la doctrine et de la pratique montre qu'il existe deux conceptions différentes de la restitution en nature (*ibid.*, par. 64). Selon la première, la restitution *in integrum* consisterait à rétablir le *statu quo ante*; selon la seconde, elle consisterait à établir ou rétablir la situation qui existerait ou aurait existé si l'acte illicite n'avait pas été commis. Le Rapporteur spécial a analysé, dans son rapport (*ibid.*, par. 67), la différence entre ces deux conceptions en se plaçant du point de vue de l'objet de la réparation, de sa portée, de ses fonctions et de son application pratique. En tout état de cause, la restitution est la forme de réparation la plus proche du principe général du droit selon lequel le fautif doit faire disparaître les conséquences de son acte. Pour se faire, il ne suffit pas d'indemniser la partie lésée, il faut com-

mencer par restaurer la situation initiale. La réparation en nature vient avant toute autre forme de réparation *lato sensu*.

52. Cela étant, d'après la pratique et la doctrine, la restitution en nature n'est pas nécessairement une forme adéquate, complète et indépendante de réparation des conséquences de tout acte internationalement illicite. Souvent aussi, la réparation prend la forme d'une indemnisation pécuniaire, soit parce qu'il est difficile ou impossible de faire disparaître les conséquences de l'acte, soit parce que les parties préfèrent cette solution. En termes statistiques, c'est l'indemnisation pécuniaire qui semble prévaloir.

53. En conséquence, si du point de vue logique et chronologique il faut maintenir la prééminence de la restitution en nature parmi les diverses formes de réparation, il serait néanmoins inexact, en théorie comme en pratique, de définir la *restitutio* comme la forme de réparation préférable dans tous les cas. Cependant, il n'y a pas de contradiction entre le fait que la réparation par équivalent soit statistiquement la plus répandue et le fait que la restitution en nature reste le remède à rechercher en tout premier lieu. Sur le plan à la fois de la codification et du développement progressif du droit, il semble donc indispensable de formuler l'obligation de restitution en nature, non seulement comme l'une des formes de la réparation, mais bien comme la première de ces formes en précisant sa portée, les exceptions qu'elle peut souffrir et les conditions de son application. Le Rapporteur spécial se propose de s'étendre quelque peu sur ces trois points.

54. Du point de vue d'abord de la portée, l'obligation de la restitution en nature doit être exprimée sous la forme d'une obligation générale. Il doit être évident que c'est une forme de réparation exigible en principe pour tout acte illicite, quelle qu'en soit la nature, et que les considérations qui peuvent la tempérer ne dépendent directement ni de la nature de l'obligation violée, ni de la nature des droits ou des intérêts de la partie lésée. Les seuls obstacles qui peuvent surgir tiennent à la nature du dommage considéré et aux circonstances qui l'entourent, ainsi qu'aux moyens de restitution existant effectivement. D'après la doctrine et la pratique telles qu'analysées dans le rapport (par. 105 et 106), il semble qu'il faille éviter toute formule qui envisagerait des régimes « spéciaux » pour certaines catégories d'actes illicites. Cela vaut particulièrement pour les obligations primaires liées au traitement des ressortissants des Etats étrangers, question à laquelle le précédent Rapporteur spécial a consacré une disposition du projet d'article 7, établissant une distinction entre les dommages « directs » et les dommages « indirects » causés à l'Etat (*ibid.*, par. 107 et 108). Cette distinction ne paraît pas acceptable. Comme il est expliqué dans le rapport (*ibid.*, par. 108 et 122), une disposition donnant à l'Etat fautif la faculté de choisir unilatéralement entre restitution en nature et indemnisation pécuniaire en cas de dommage dit « indirect » ne se justifie pas. D'abord, la distinction semble arbitraire. Ensuite, il ne faut pas oublier que les valeurs en jeu dans la protection des ressortissants étrangers ne sont pas seulement de nature économique : il y a aussi les droits civils, sociaux et culturels. Les droits économiques eux-mêmes, une fois garantis par la loi, sont un élément essentiel des droits de l'homme.

55. Il faut ajouter que, même si le principe de la *restitutio* s'applique moins fréquemment aux actes illicites commis aux dépens des ressortissants des Etats étrangers, cela ne signifie pas que ces actes soient justiciables, *de lege lata*, du traitement particulier envisagé dans le projet d'article 7 présenté par le précédent Rapporteur spécial. Hormis le fait — évident, mais point négligeable — que certaines décisions ou solutions arrêtées par voie d'accord peuvent être contraires à la règle générale, il faut bien voir que les cas où la *restitutio* n'a pu s'appliquer dans le passé faisaient en réalité partie des situations où la restitution en nature se trouve totalement ou partiellement exclue, non pas par un effet « spécial » des règles primaires, mais simplement par les obstacles concrets créés par l'acte illicite lui-même et reconnus en tant que tels par les parties : impossibilité matérielle, solution excessivement onéreuse, préférences de l'Etat lésé, etc. La véritable exception à l'obligation de restitution est celle où l'obligation s'éteint, parce que la restitution est matériellement impossible : destruction d'un bien, naufrage d'un navire, pertes en vies humaines, etc. (*ibid.*, par. 85 et 123).

56. Toujours à propos des exceptions, il faut citer aussi les obstacles juridiques à la restitution, plus difficiles à cerner, qui dérivent du droit interne ou du droit international, et que l'Etat fautif devrait violer pour honorer son obligation de réparer.

57. Les difficultés de droit interne découlent de la nature de l'Etat et des rapports particuliers qui lient le droit interne au droit international. En premier lieu, la nature de l'Etat est telle qu'il n'est guère d'action, d'activité ou d'opération de restitution qui puisse être entreprise sans que le pouvoir législatif adopte une loi ou une disposition à cet effet. Au contraire de l'individu, l'Etat qui veut rétrocéder un territoire qu'il a annexé, corriger une frontière qu'il a modifiée à tort ou rendre à la liberté un individu illégalement arrêté, doit prendre des dispositions d'ordre constitutionnel, législatif, judiciaire, voire administratif, et l'on peut dire que la *restitutio* est d'abord, essentiellement et dans tous les cas, « légale ». La restitution matérielle n'est que l'exécution, la traduction dans les faits de l'action légale. En pratique, la restitution en nature est donc essentiellement, en droit international, une forme de restitution « juridique » accompagnant ou précédant la restitution matérielle. En second lieu, les rapports entre le droit interne et le droit international sont très différents de ceux qui unissent le droit interne des Etats fédéraux et le droit de chacune des entités qui les composent. D'une part, la primauté du droit international n'est pas suffisante pour annuler, comme un ordre juridique directement supérieur, les règles du droit interne qui peuvent être incompatibles avec les obligations internationales de l'Etat considéré. Le régime juridique interne ne peut être adapté aux obligations légales internationales que par l'action législative, judiciaire, administrative ou constitutionnelle de l'Etat, et de l'Etat seul (*ibid.*, par. 77 à 84, notamment par. 80 et 82). D'autre part, la primauté du droit international dans les relations entre Etats exclut qu'un Etat puisse exciper de son droit interne pour ne pas honorer ses obligations internationales.

La séance est levée à 13 heures.