

Distr.
LIMITEE

A/CN.4/L.484/Add.4
15 juillet 1993

FRANCAIS
Original : ANGLAIS

COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL
Quarante-cinquième session
3 mai - 23 juillet 1993

PROJET DE RAPPORT DE LA COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL
SUR LES TRAVAUX DE SA QUARANTE-CINQUIEME SESSION

CHAPITRE IV

RESPONSABILITE DES ETATS

Additif

	<u>Page</u>
C. Texte du paragraphe 2 du projet d'article premier et des projets d'articles 6, 6 <u>bis</u> , 7, 8, 10 et 10 <u>bis</u> , avec les commentaires y relatifs, tels que provisoirement adoptés par la Commission à sa quarante-cinquième session	
Article 7 Restitution en nature	2

Article 7

Restitution en nature

L'Etat lésé est en droit d'obtenir de l'Etat qui a commis un fait internationalement illicite la restitution en nature, c'est-à-dire le rétablissement de la situation qui existait avant que le fait illicite ne soit commis, dès lors et pour autant qu'une telle restitution en nature :

- a) n'est pas matériellement impossible;
- b) n'entraîne pas la violation d'une obligation découlant d'une norme impérative du droit international général;
- c) n'impose pas une charge hors de toute proportion avec l'avantage que l'Etat lésé gagnerait en obtenant la restitution en nature plutôt que l'indemnisation; ou
- d) ne menace pas sérieusement l'indépendance politique ou la stabilité économique de l'Etat qui a commis le fait internationalement illicite, alors que l'Etat lésé ne serait pas affecté dans la même mesure s'il n'obtenait pas la restitution en nature.

Commentaire

(1) La restitution en nature est le premier des modes de réparation dont dispose un Etat lésé par un fait internationalement illicite.

(2) Cette notion n'a pas de définition uniforme. Selon une définition, 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 Etat originaire 1/. Selon une autre définition, la restitution en nature est un moyen d'établir ou de rétablir la situation qui existerait ou qui aurait existé si l'acte illicite

1/ Au nombre des tenants de cette définition figurent C. de Visscher, "La responsabilité des Etats", Biblioteca Visseriana (Leyde, 1924), vol. II, p. 118; P.A. Bissonnette, La satisfaction comme mode de réparation en droit international (Thèse, Université de Genève) (Annemasse, Impr. Grandchamp, 1952), p. 20; A. Verdross, Völkerrecht, 5^e éd. (Vienne, Springer, 1964), p. 399; K. Zemanek, "La responsabilité des Etats pour faits internationaux illicites ainsi que pour faits internationaux licites", Responsabilité internationale (Paris, Pedone, 1987), p. 68; et K. Nagy, "The problem of reparation in international law", Questions of International Law: Hungarian Perspectives, H. Bokor-Szego, dir. publ. (Budapest, Akadémiai Kiadó, 1986), vol. 3, p. 178.

n'avait pas été commis 2/. La première définition envisage la réparation en nature en soi et au sens strict, en écartant la compensation éventuellement due 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 est prise. En revanche, la seconde définition englobe dans la notion de restitution en nature non seulement le rétablissement du statu quo ante (restitutio in pristinum), mais également le dédommagement par intégration. Ainsi qu'il ressort de la définition donnée dans la phrase liminaire de l'article 7, la Commission a opté pour la fonction purement restitutive de la restitution en nature qui, outre qu'elle est la plus communément admise dans la doctrine, a pour avantage de se limiter à l'évaluation d'une situation de fait, sans viser à la reconstitution théorique de la situation qui aurait existé si le fait illicite n'avait pas été commis. Elle l'a fait en considérant que, en vertu du paragraphe 1 de l'article 6bis, l'Etat lésé est en tout état de cause en droit d'obtenir "une réparation intégrale" pour le préjudice subi par suite d'un fait internationalement illicite et que, comme le précise au même paragraphe l'expression "sous une ou plusieurs des formes de réparation", la restitution en nature et l'indemnisation peuvent être combinées. En d'autres termes, la Commission considère que la restitution devrait se limiter au rétablissement du statu quo ante (qui peut être clairement déterminé), sans préjudice d'une éventuelle indemnité pour le lucrum cessans.

(3) La restitution en nature est le mode de réparation le 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; à ce titre, elle prime tout autre mode de réparation

2/ A cette définition souscrivent notamment D. Anzilotti, Cours de droit international, traduction française de G. Gidel d'après la troisième édition italienne (Paris, Sirey, 1929, p. 524); Jiménez de Aréchaga, "International Responsibility" in Manual of Public International Law, Max Sorensen, dir. publ. (Londres et Basingstoke, The Macmillan Press Ltd., 1968), p. 565, et B. Graefrath, "Responsibility and damages caused: responsibility and damages", Collected courses..., 1984-II, vol. 185, p. 77.

lato sensu et, en particulier, la réparation par équivalent 3/. La primauté logique et chronologique de la restitution en nature 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 4/, mais également dans les affaires où les Etats et les organes arbitraux n'avaient opté pour la réparation par équivalent qu'après avoir constaté de manière plus ou moins

3/ Voir, dans ce sens, J. Personnaz, La réparation du préjudice en droit international public (Paris, Sirey, 1939), p. 83; P. Reuter, "Principes de droit international public", Recueil des cours... 1961-II (Leyde, Sijthoff, 1962), p.596; G. Ténékidés, "Responsabilité internationale", in Dalloz, Répertoire de droit international (Paris, 1969), vol. II, p. 790, par. 82; K. Nagy, loc. cit. (supra note 1), p. 173; H. Lauterpacht, Private Law Sources and Analogies of International Law (Londres, Longmans, Green, 1927), p. 149; P.A. Bissonnette, loc. cit. (supra note 1), p. 19; G. Schwarzenberger, International Law, 3^e éd. (Londres, Stevens, 1957), p. 656 et 657; E. Jiménez de Aréchaga, loc. cit. (supra note 2), p. 567; B. Graefrath, loc. cit. (supra note 2), p. 77; M.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. 283; G. Dahm, Völkerrecht (Stuttgart, Kohlhammer, 1961), vol. III, p. 233.

4/ 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 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 - No 17, p. 48.)

Il faut cependant mentionner une tendance jurisprudentielle différente, qui conteste toute primauté ou priorité de la naturalis restitutio. Un 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 note 2], 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, 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.

explicite que la restitutio ne pouvait être opérée pour telle ou telle raison 5/. Deuxièmement, et c'est plus important, 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 préférée à la réparation par équivalent 6/. Cela étant, il serait inexact d'un point de vue théorique et pratique de définir la restitution en nature comme le mode de réparation inconditionnellement ou invariablement idéal ou le plus approprié auquel il faut recourir en tout état de cause et en toute circonstance. La réparation la plus appropriée ne peut se déterminer que cas par cas 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

5/ 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, sentence du 4 septembre 1920 (ibid., vol. I, p. 7 et suiv.); Walter Fletcher Smith (ibid., vol. II, p. 918); différend Héritiers Lebas de Courmont, décision No 213 du 21 juin 1957 de la Commission de conciliation franco-italienne (ibid., vol. XIII, p. 764).

6/ On se rappellera la demande initiale de l'Allemagne dans l'affaire de l'Usine de Chorzów (C.P.J.I. série A, No 9, arrêt du 26 juillet 1927); la demande de la Grèce dans l'affaire des Forêts du Rhodope central (Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. III, p. 1 407); la demande 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 faire "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); et la demande 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 rétablir la situation antérieure.

dommageables du fait illicite, dans le strict respect, bien entendu, des droits de l'Etat auteur. Il arrive assez souvent que les parties conviennent, ou que l'Etat lésé choisisse, de remplacer, totalement ou partiellement, la restitution en nature par une indemnité. Il n'est au demeurant 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 existerait si l'infraction n'était pas intervenue. 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.

(4) C'est ce souci de souplesse qui a présidé à la formulation de la phrase liminaire de l'article 7, laquelle reconnaît un droit à l'Etat lésé et subordonne l'exécution de l'obligation de restitution en nature à une demande de l'Etat lésé dans ce sens.

(5) Le lien entre cette obligation de restitution en nature et l'obligation originaire, primaire, à la charge de l'Etat responsable (ainsi que le droit originaire correspondant de l'Etat lésé) est quelque peu controversé. Selon une doctrine, ladite obligation ne serait pas tant l'un des modes de réparation - et, à ce titre, l'un des aspects du lien nouveau résultant du fait illicite - que l'"effet" continu de la relation juridique initiale 7/.

7/ Avancée pour la première fois par Balladore Pallieri ("Gli effecti dell'atto illecito internazionale", Rivista di Diritto Pubblico [Rome], série II, 23ème année, première partie (1931), p. 64 et suiv.), cette opinion semblerait avoir été reprise récemment par Dominicé ("Observations sur les droits de l'Etat victime d'un fait internationalement illicite" in Droit international 2 [Paris, Pedone, 1982], p. 25 à 31). 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
(à suivre...)

En revanche, selon l'opinion majoritaire 8/, que la Commission partage, la restitution en nature est l'une des formes d'une l'obligation secondaire de réparer au sens large - obligation qui, pour reprendre les termes d'un auteur, "ne se substitue donc pas à l'obligation primaire du rapport juridique fondamental... mais [...] 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" 9/. Cette démarche, qui préserve l'idée que l'obligation originaire survit à l'infraction, est conforme à la position de la Commission, laquelle considère la cessation et la restitution en nature comme deux remèdes distincts à la violation d'obligations internationales.

(6) 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. Comme exemples de restitution matérielle on peut citer la remise en liberté d'un individu incarcéré ou la remise à un Etat d'un

7/(...suite)
survenance du fait illicite, à savoir un droit appartenant à l'une des parties et une obligation à la charge de l'autre, cette relation survivant intacte (sans novation ni altération) à l'infraction.

8/ Défendue par exemple par P. Reuter (loc. cit. [supra note 3], p. 595) dans les termes suivants :

"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".

Dans le même ordre d'idées, Graefrath (loc. cit., [supra note 2], p. 77), après avoir rappelé que la restitutio in integrum vise à rétablir la situation qui aurait existé en l'absence de l'infraction, précise :

"Il s'agit là, en réalité, de l'obligation d'effacer les conséquences de la violation des droits".

9/ Č. Čepelka, Les conséquences juridiques du délit en droit international contemporain (Prague, Universita Karlova, 1965), p. 18. (C.I.J. Recueil, 1980, p. 44 et 45).

individu qui a été arrêté sur son territoire 10/, la restitution de navires 11/ ou d'autres types de biens 12/, y compris des documents, des oeuvres d'art, voire des sommes d'argent 13/. Le terme "restitution

10/ Exemples de restitution matérielle portant sur des personnes, les affaires du "Trent" (1861) et du "Florida" (1864) concernent toutes deux l'arrestation d'individus à bord de navires (J.B. Moore, A Digest of International Law (Washington, D. C., 1906), vol. VII, p. 768 et suiv. et p. 1090 et 1091), et dans celle du Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran, la CIJ a exigé du Gouvernement iranien la libération immédiate de toutes les personnes [ressortissants des Etats-Unis d'Amérique] détenues en otage en Iran (C.I.J. Recueil, 1980, p. 44 et 45).

11/ Comme dans l'affaire du "Giaffarieh" (1886), qui avait son origine dans la capture en mer Rouge de quatre navires marchands du port de Massawa, battant pavillon italien. 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" (La prassi italiana di diritto internazionale, 1ère série (Dobbs Ferry, N.Y., Oceana Publications, 1970, vol. II, p. 901 et 902).

12/ Constitue un exemple de restitution matérielle d'objets l'affaire du Temple de Préah Vihéar : dans son arrêt du 15 juin 1962 (C.I.J. Recueil, 1962, p. 6 et notamment p. 36 et 37), la CIJ s'est 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. Il y a aussi l'affaire Aloisi (1881), intervenue lors du conflit entre le Chili et le Pérou, qui avait trait à la saisie de biens appartenant à des marchands italiens par les autorités militaires chiliennes occupant la ville péruvienne de Quilca (voir La prassi italiana..., (op. cit. [supra note 11], p. 867 et 868). Rappelons encore un certain nombre d'affaires où la Commission de conciliation franco-italienne instituée par le Traité de paix de 1947 avait décidé la restitution, notamment celle de l'Hôtel Métropole (décision No 65 du 19 juillet 1950 [Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. XIII, p. 219]), le différend Ottoz (Décision No 85 du 18 septembre 1950 [ibid., p. 240]) et le différend Dame Hénon (Décision No 109 du 31 octobre 1951 [ibid. p. 249]). 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.

13/ Entre autres exemples, on retiendra l'affaire du "Macedonian" (1863), dans laquelle 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 (à suivre...)

juridique" est employé 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 des relations juridiques internationales entre l'Etat auteur et un ou plusieurs autres Etats. Les hypothèses de restitution juridique sont l'abrogation, l'annulation ou la modification d'une disposition constitutionnelle ou législative promulguée en violation d'une règle du droit international 14/, l'annulation d'un acte administratif ou d'une décision judiciaire pris

13/(...suite)
des insurgés chiliens (A. de Lapradelle et N. Politis, Recueil des arbitrages internationaux, Paris, Pedone, 1923, tome II, p. 182, et notamment p. 204); l'affaire du "Presto" (1864), dans laquelle 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 note 11], p. 878 et 879); et l'affaire Emanuele Chiesa (1884), dans laquelle 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 (ibid., p. 899 et 900). On trouve de nombreux autres exemples dans la pratique des commissions mixtes de réclamations : voir notamment les affaires Turnbull et Orinoco Company (Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. IX, p. 26 et suiv.), l'affaire de la Compagnie générale des asphaltes de France (ibid., p. 389 et suiv.), l'affaire Palmarejo and Mexico Gold Fields (ibid., vol. V, p. 298 et suiv.); l'affaire de la Società Anonima Michelin Italiana (ibid., vol. XIII, p. 625) et l'affaire Wollenberg (ibid., vol. XIV, p. 291).

Les actions peuvent également faire l'objet d'une restitutio. Dans l'affaire des Chemins de fer de Bužau-Nehoiasi entre l'Allemagne et la Roumanie, par exemple, la sentence rendue le 7 juillet 1939 par le tribunal arbitral prévoyait la restitution à une société allemande (Berliner Handelsgesellschaft) de 1 196 actions de la Société anonyme roumaine des Chemins de fer de Bužau-Nehoiasi, suite à la demande formée par le Gouvernement allemand à cet effet (ibid., vol. III, p. 1 839).

14/ Mention peut être faite dans ce contexte de l'abrogation de 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; à la suite des protestations de la France, l'Allemagne avait abrogé la disposition (voir British and Foreign State Papers, 1919, vol. 112, p. 1 094).

illégalement à l'encontre de la personne ou des biens d'un étranger 15/ et l'annulation d'un traité 16/.

15/ Dans l'affaire Martini, par exemple, le tribunal arbitral avait décidé (sentence du 3 mai 1930) 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 ferroviaire et minière accordé à une société italienne (Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. II, p. 973 et suiv.).

16/ Dans l'affaire du Traité Bryan-Chamorro, El Salvador demandait que :
"le décret approprié [fût] promulgué et [fixât] 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 [fussent] préservées dans l'état où elles se trouvaient avant la conclusion et la ratification du Traité Bryan-Chamorro".

Après s'être prononcée sur le statut juridique de la baie de Fonseca, la Cour centraméricaine décida ce qui suit :

[...]

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 [...];

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..."
[(Anales de la Corte de Justicia centroamericana, San José (Costa Rica), vol. VI, Nos 16 à 18 (décembre 1916-mai 1917), p. 7; The American Journal of International Law (Washington, D.C.), vol. 11 (1917), p. 674 et suiv., et plus précisément p. 683 et 696)].

Autre exemple, dans l'affaire du Statut juridique du Groenland oriental, le Danemark concluait sa requête 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 constitu[ai]ent une infraction à l'état juridique existant, et, par conséquent, [étaient] illégales et non valables".

(à suivre...)

(7) La Commission n'a vu aucune nécessité de faire une place dans le texte de l'article 7 à la distinction doctrinale entre restitutio matérielle et restitutio juridique, que, du point de vue des rapports découlant d'un fait internationalement illicite, elle considère comme relative. En premier lieu, on ne conçoit guère de restitution - que ce soit d'un territoire, de personnes ou de biens meubles - devant être effectuée par un Etat qui n'implique que des opérations purement matérielles. Rendre un territoire illégalement occupé ou annexé, reculer une ligne de douanes illégalement avancée, rendre la liberté à une personne illégalement arrêtée ou détenue, ou réinstaller chez elles un groupe de personnes illégalement expulsées et expropriées supposent des mesures de caractère juridique prises à l'échelon constitutionnel, législatif, 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, en pareil cas, rien de plus que la traduction dans les faits de dispositions de caractère légal. Sauf de rares exceptions comme le cas banal de gardes-frontière ayant pénétré par mégarde et sans intention de nuire en territoire étranger, ou encore celui d'un diplomate rudoyé par un agent de police lors d'un embouteillage (deux cas qui ne mériteraient probablement pas la qualification de fait internationalement illicite), il semblerait 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 ^{17/}. En second lieu, il ne faut pas oublier que, du

^{16/}(...suite)

La Cour décida ce qui suit :

"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" (C.P.J.I., Série A/B, No 53, arrêt du 5 avril 1933, p. 22, notamment p. 23 et 75).

^{17/} On peut rappeler comme exemple d'affaire où l'élément juridique et l'élément matériel sont étroitement liés celle de l'Université Peter Pázmány, où la CPJI avait décidé, en rejetant l'argument de la Tchécoslovaquie (que, sur la base du Traité de Trianon du 4 juin 1920, il n'y avait pas de titre à (à suivre...))

point de vue du droit international, conformément à la séparation généralement admise entre les systèmes juridiques, les règles de droit national, de même 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, quant 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" 18/.

(8) La Commission conclut 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 ne fait que souligner la diversité des opérations que les institutions dudit Etat doivent faire pour que la restitution en nature ait lieu. Un premier ensemble d'actions, que l'on peut

17/(...suite)
la restitution),

"b) que le Gouvernement tchécoslovaque [devait] restituer à l'Université royale hongroise Peter Pázmány de Budapest les biens immobiliers qu'elle [réclamait], 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" (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 No 61, p. 208, et notamment p. 249). Il est évident que dans cette affaire, la restitutio supposait à la fois des décisions juridiques et des actes matériels.

18/ Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute Silésie polonaise (Fonds), arrêt du 25 mai 1926, C.P.J.I., Série A, No 7, p. 19.

regrouper sous la catégorie de restitutio matérielle, comprend les actions des organes de l'Etat qui, du point de vue du droit interne, n'exigent pas 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 qu'en règle générale, 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.

(9) Dans l'hypothèse où la restitutio ne présente que des aspects juridiques internationaux (et non purement nationaux), la distinction pouvait apparaître plus importante, étant donné que l'opération juridique nécessaire comporterait la modification d'une relation, d'une situation ou d'une règle internationale. Tel serait le cas si, par exemple, la restitutio par l'Etat auteur A en faveur de l'Etat lésé B comportait l'annulation d'un traité avec un Etat C, ou encore, si la restitutio par l'Etat A à l'Etat B comportait la renonciation à une demande ou l'annulation ou le retrait d'un acte unilatéral. Dans ce contexte, la question se pose de savoir dans quelles mesures et dans quelle condition la décision d'une tierce partie (ou d'un organe international permanent ou ad hoc) pourrait 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 cadre du droit national de l'Etat auteur ou dans celui du droit international lui-même. S'agissant du droit national, on trouve effectivement dans la doctrine des références à l'invalidation ou l'annulation, en vertu du droit international, d'actes administratifs ou judiciaires ou de dispositions législatives ou constitutionnelles 19/. Dans la pratique, l'affaire du Statut juridique du Groenland oriental 20/ est l'exemple le plus connu de recours à des notions semblables. La Commission est d'avis que tout ce que le droit international - et les organismes internationaux - peuvent normalement faire ou sont

19/ Voir, par exemple, 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. 5 à 8.

20/ Déjà cité supra note 16/.

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 21/. Quant à savoir s'il est possible à un tribunal international d'annuler directement des règles, actes, transactions ou situations juridiques internationaux aux fins de réparation sous la forme d'une restitutio en nature 22/, la Commission inclinerait à répondre par l'affirmative, mais elle observe que les effets des décisions des tribunaux internationaux étant normalement limités aux parties, tous actes ou situations dont les effets vont au-delà des relations bilatérales entre les

21/ Dans le même esprit, Graefrath (loc. cit. [supra note 2/], p. 78) indique :

"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."

22/ Ce qui pourrait se rapprocher le plus d'une restitution juridique internationale réalisée directement par décision judiciaire semble être l'arrêt rendu dans l'affaire des Zones franches de la Haute-Savoie et du pays de Gex, où la CPJI, après avoir décidé, en se fondant sur l'article premier du compromis d'arbitrage conclu entre la Suisse et la France, que l'article 435, alinéa 2, du Traité de Versailles, "n'a[vait] pas abrogé et n'a[vait] pas pour but de faire abroger les stipulations" des instruments internationaux antérieurs touchant "la structure douanière et économique" des deux zones, conclut (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" (C.P.J.I., Série A/B, No 46, arrêt du 7 juin 1932, p. 96).

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 de 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.

parties ne peuvent être modifiés ou annulés que par les Etats eux-mêmes, sauf si les instruments pertinents en disposent autrement.

(10) Le droit qu'a l'Etat lésé à la restitution en nature n'est pas illimité. Il est soumis aux exceptions énumérées aux alinéas a) à d). Le membre de phrase "dès lors et pour autant qu'une telle restitution en nature", qui précède l'énumération des exceptions, précise bien que si la restitution en nature n'est que partiellement exclue dans le cas de l'une quelconque de ces exceptions, la fraction qu'il est possible d'en assurer est due.

(11) La première exception à la restitution en nature est son impossibilité, qui est avant tout une impossibilité factuelle ou matérielle, laquelle est traitée à l'alinéa a). Dans le cas de la restitution matérielle, l'impossibilité totale ou partielle dérive du fait que la nature de l'événement et de ses effets nocifs a rendu la restitutio physiquement impossible 23/. 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 la restitutio physique impossible. Il s'agit de façon tout à fait évidente de la conséquence de l'adage : "A l'impossible, nul n'est tenu".

(12) Une deuxième exception, visée à l'alinéa b), a trait au cas où la restitution en nature trouve un obstacle dans une norme impérative du droit international. La question générale de l'impossibilité légale d'opérer la restitution recouvre l'impossibilité découlant d'obstacles juridiques

23/ 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" (Jiménez de Aréchaga, loc. cit. [supra note 2], p. 566), ou, comme l'a suggéré Salvioli, "s'il n'y en pas d'autres de la même espèce" (G. Salvioli, "La responsabilité des Etats et la fixation des dommages-intérêts par les tribunaux internationaux, Recueil de cours..., 1929-III [Paris, Hachette, 1930], vol. 28, p. 237). 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 ou la destruction des biens". (Alvarez de Eulate, loc. cit. [supra note 3], p. 268-269. On trouvera un point de vue semblable dans D.P. O'Connell, International Law, 2^e éd., Londres, Stevens, 1970, vol. II, p. 1 115, et G. Schwarzenberger, op. cit., [supra note 3], p. 655 et 658). On trouvera également mention de l'impossibilité matérielle ou physique dans la jurisprudence, en particulier après l'affaire de l'Usine de Chorzów.

internationaux et l'impossibilité découlant d'obstacles tenant au droit interne. Ce dernier aspect a été traité à l'article 6 bis 24/, puisque, ainsi qu'il est indiqué au paragraphe 7) du commentaire de cet article, la question peut se poser à propos de n'importe quelle forme de réparation, même si, dans la pratique, elle s'est ordinairement présentée en liaison avec la restitution en nature. En ce qui concerne l'impossibilité découlant d'obstacles juridiques internationaux, l'alinéa b) du présent article lui confère une portée restreinte, limitée au cas où la restitution en nature violerait une norme impérative du droit international.

(13) Dans ce contexte, la Commission a examiné la question de la relation entre la règle générale qui place l'Etat auteur dans l'obligation de fournir une restitutio in integrum et la notion de compétence nationale. Elle est parvenue à la conclusion que cette notion ne saurait ni ne devrait 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 pas 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 fondamental et, d'autre part, le droit d'un Etat lésé "qui n'a pas obtenu satisfaction" de prendre des mesures tendant à la cessation et/ou à une réparation. A la différence du droit fondamental 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

24/ Aux termes du paragraphe 3 de l'article 6 bis, l'Etat auteur ne peut pas se prévaloir des dispositions de son droit interne pour s'abstenir de réparer intégralement.

la légalité d'une décision d'un Etat ou d'un organe international. Elle n'est pas et ne saurait, à l'évidence, être une condition de la légalité d'une règle de droit ou d'une obligation légales internationales.

(14) La troisième exception à laquelle est soumis le droit d'obtenir la restitutio, qui fait l'objet de l'alinéa c), repose sur l'équité et le caractère raisonnable et vise à réaliser un équilibre équitable entre la charge que devra supporter l'Etat auteur pour assurer la restitution en nature et l'avantage que l'Etat lésé gagnerait en obtenant réparation sous cette forme précise plutôt que celle d'une indemnisation. Elle trouve confirmation tant dans la doctrine que dans la pratique. De fait, un certain nombre d'auteurs soutiennent que, même si le rétablissement du statu quo ante ou de la situation qui aurait existé si le fait illicite ne s'était pas produit était matériellement et/ou juridiquement impossible, il ne serait, pour reprendre l'expression de l'un d'entre eux, "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" 25/. On retrouve une démarche analogue au paragraphe 3 de l'article 9 du projet de convention sur la responsabilité de l'Etat pour faits illicites internationaux, établi en 1930 par la Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht 26/, qui est ainsi conçu :

"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."

25/ J.H.W. Verzijl, International Law in Historical Perspective (Leyden, Sijthoff, 1973), partie VI, p. 744. Une position analogue a été adoptée par Personnaz, loc. cit. (supra note 3), p. 89 et 90 et Nagy, loc. cit. (supra note 1), p. 177.

26/ Reproduit dans Annuaire ... 1969, vol. II, p. 155, document A/CN.4/217 et Add.1, annexe VIII.

L'alinéa c) est pareillement fondé sur une comparaison entre la situation de l'Etat auteur du fait illicite et la gravité de ce fait 27/. Envisagée dans cette perspective, la limite que constitue une charge trop onéreuse serait plus ou moins importante selon la dimension qualitative et quantitative du fait illicite du chef duquel la réparation est demandée. En effet, dans le cas des faits illicites les plus graves, tels l'agression ou le génocide, il serait inéquitable que 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 examinera à fond lorsqu'elle analysera les conséquences juridiques des crimes internationaux.

(15) On peut considérer que cette exception, telle qu'elle est formulée à l'alinéa c), sous-tend un certain nombre de sentences arbitrales, et en particulier celles qui sont évoquées au paragraphe 12) du commentaire de l'article 6 bis. Il convient aussi de mentionner dans ce contexte l'affaire des Forêts du Rhodope central, 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 soulèverait également 28/.

(16) L'expression "hors de toute proportion" signifie clairement que l'Etat auteur du fait illicite n'est déchargé de son obligation d'assurer la restitution que s'il existe une grave disproportion entre la charge que ce mode de réparation lui imposerait et l'avantage que l'Etat lésé en tirerait.

27/ Selon Personnaz, par exemple, "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 note 3], p. 89 et 90). Dans le même esprit, l'article 7 du projet de traité sur la responsabilité de l'Etat pour faits illicites internationaux, établi en 1927 par Karl Strupp, stipulait :

"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."

(voir Yearbook ... 1969, vol. II, p. 157, document A/CN.4/217 et Add.1, annexe IX).

28/ Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. III, p. 1 432.

La Commission n'ignore pas qu'en pratique, il peut se révéler difficile, d'une part, de comparer la charge imposée à l'Etat auteur par la restitution en nature et l'avantage qu'aurait l'Etat lésé à obtenir la restitution au lieu d'une indemnisation et, d'autre part, de peser l'avantage que l'Etat lésé tirerait de la restitution en nature et celui que lui procurera l'indemnisation. Cela dit, en pratique, les Etats intéressés parviendront normalement à s'entendre sur la question, qui sera donc réglée par la voie consensuelle. S'il était nécessaire de recourir en dernier ressort au règlement par une tierce partie, il faudrait parvenir à un équilibre équitable entre les intérêts antagonistes en jeu en s'appuyant sur les faits.

(17) L'alinéa d) prévoit que la restitution en nature ne s'impose pas impérativement à l'Etat auteur si elle est de nature à menacer sérieusement son indépendance politique et sa stabilité économique, alors que le fait de ne pas obtenir la restitution en nature n'entraînerait pas d'effet comparable pour l'Etat lésé. Le texte implique que si les termes de la comparaison sont égaux, l'intérêt de l'Etat lésé l'emporterait, et la restitution en nature devrait être assurée. La Commission n'ignore pas que l'alinéa d) se rapporte à des situations très exceptionnelles et présente sans doute plus d'intérêt rétrospectivement qu'à l'heure actuelle, essentiellement en raison de l'importance croissante des accords bilatéraux d'investissement. Le domaine de l'investissement étranger, auquel il a principalement trait, a beaucoup évolué - sous l'influence notamment d'un certain nombre de résolutions très importantes de l'Assemblée générale 29/. La Commission conclut que toute disposition concernant l'indemnisation est en fait liée au contenu de la règle primaire et de ses conditions plutôt qu'au contenu de la règle secondaire de

29/ Il est à peine nécessaire de rappeler des 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, 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]. Sur 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", VI^e Congrès de l'Association internationale des juristes démocrates (Bruxelles, 22-25 mai 1956), Bruxelles [s.d.], p. 15.

la réparation. Toutefois, dans la mesure où la question est pertinente dans le cadre des règles dites "secondaires", la Commission estime que la nature et le quantum de la réparation sont avant tout fonction du caractère légal ou illégal de la nationalisation. Sont légales les nationalisations qui remplissent les deux conditions fondamentales que sont l'intérêt public et la non-discrimination. Sont illégales les nationalisations qui ne remplissent pas ces deux conditions. Contrairement à la nationalisation illégale, qui entraîne une obligation de réparation intégrale (c'est-à-dire restitution en nature et indemnisation), la nationalisation légale appellerait une indemnisation adéquate. La non-exécution de ces obligations constituerait bien entendu, en elle-même, un fait internationalement illicite.
