Document:-
A/CN.4/302 and Add.1, 2 & 3

Sixième rapport sur la responsabilité des États, par M. Roberto Ago, Rapporteur spécial - Le fait internationalement illicite de l'État, source de responsabilité internationale (suite)

sujet:
Responsabilité des Etats

Extrait de l'Annuaire de la Commission du droit international:-
1977, vol. II(1

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

Copyright © Nations Unies

RESPONSABILITÉ DES ÉTATS

[Point 2 de l'ordre du jour]

DOCUMENT A/CN.4/302 et Add.1 à 3

Sixième rapport sur la responsabilité des États, par M. Roberto Ago, rapporteur spécial

Le fait internationalement illicite de l'État, source de responsabilité internationale (suite *)

[*Original : français*]
[*15 avril, 7 juin, 5 et 14 juillet 1977*]

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphe	Pages
Liste des abréviations		3
Note explicative : italique dans les citations		3
Chapitres		
III. Violation d'une obligation internationale *(suite)*	1-113	4
5. Violation d'une obligation internationale requérant de l'État l'adoption d'un comportement spécifiquement déterminé	1-13	4
Article 20	13	9
6. Violation d'une obligation internationale requérant de l'État l'obtention d'un résultat	14-46	9
Article 21	46	22
7. Épuisement des recours internes	47-113	22
Article 22	113	47

LISTE DES ABRÉVIATIONS

BIT	Bureau international du Travail
CDI	Commission du droit international
CIJ	Cour internationale de Justice
C.I.J. Mémoires	CIJ, *Mémoires, plaidoiries et documents*
C.I.J. Recueil	CIJ, *Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances*
C.N.R.	Consiglio Nazionale delle Ricerche (Italie)
C.N.R.S.	Centre national de la recherche scientifique (France)
CPJI	Cour permanente de justice internationale
C.P.J.I., série A	CPJI, *Recueil des arrêts*
C.P.J.I., série A/B	CPJI, *Arrêts, ordonnances et avis consultatifs*
C.P.J.I., série C	CPJI, *Plaidoiries, exposés oraux et documents*
GATT	Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce
OIT	Organisation internationale du Travail
SDN	Société des Nations
S.I.O.I.	Società Italiana per l'Organizzazione Internazionale (Italie)

NOTE EXPLICATIVE : ITALIQUE DANS LES CITATIONS

Un astérique placé dans une citation indique que le passage qui précède immédiatement l'astérisque a été souligné par le Rapporteur spécial.

* Le présent rapport constitue la suite du cinquième rapport sur la responsabilité des États, présenté par le Rapporteur spécial à la vingt-huitième session de la Commission (*Annuaire... 1976*, vol. II [1re partie], p. 3, doc. A/CN.4/291 et Add. 1 et 2).

CHAPITRE III

Violation d'une obligation internationale (suite [1])

5. VIOLATION D'UNE OBLIGATION INTERNATIONALE REQUÉRANT DE L'ÉTAT L'ADOPTION D'UN COMPORTEMENT SPÉCIFIQUEMENT DÉTERMINÉ

1. La section précédente de ce chapitre a été consacrée à l'examen de l'incidence du contenu de l'obligation internationale sur la qualification d'un fait de l'État commis en violation de ladite obligation. On y a spécifiquement pris en considération comment l'importance, plus ou moins essentielle, que le contenu de l'obligation internationale violée revêt pour la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la communauté internationale prise dans son ensemble se reflète sur la caractérisation de ce fait. Sur cette base, il a été possible d'établir une distinction entre deux espèces de faits internationalement illicites, respectivement définis comme « crimes » et comme « délits » internationaux, comportant l'applicabilité de régimes différents de responsabilité. Tout en renvoyant logiquement à plus tard la définition de ces régimes respectifs, il a été possible de constater dès maintenant que leur différence a trait aussi bien au type de conséquences entraînées par le fait internationalement illicite à la charge de l'État l'ayant commis qu'aux sujets autorisés à la « mise en œuvre » de ces conséquences.

2. Les aspects de fond de l'obligation internationale peuvent cependant être pris en considération sous un autre angle aussi : pas tant sous celui du contenu, mais plutôt sous celui du mode d'être de l'obligation, de la manière dont elle impose à l'État ses exigences. En effet, en s'adressant à ce dernier, les obligations mises à sa charge par le droit international n'expriment pas seulement des devoirs touchant à différents secteurs des relations interétatiques, à des matières d'importance diverse pour la communauté internationale : ces exigences peuvent aussi être différemment structurées quant à la détermination des voies et des moyens par lesquels l'État est censé assurer leur exécution. En corrélation, il est donc normal que la violation par l'État d'une obligation internationale existant à sa charge ne soit pas nécessairement réalisée de la même manière dans un cas et dans l'autre.

3. Pour mieux se rendre compte de la nature de la distinction qui est envisagée, il faut avoir présent à l'esprit que si toutes les obligations mises à la charge de l'État par des règles du droit international visent logiquement un but donné, une différence profonde sépare néanmoins le cas où la détermination des moyens par lesquels ledit but doit être atteint est faite sur le plan international et celui où elle est faite sur le plan national. Dans le premier cas, ce seront des obligations qui s'adressent à l'État pour requérir de lui qu'il exerce une activité spécifiquement déterminée ou qu'il s'en abstienne : pour lui imposer, par exemple l'adoption ou la non-adoption d'un acte législatif, administratif ou judiciaire déterminé. Dans le deuxième cas, par contre, le droit international, soucieux de respecter la liberté intérieure de l'État, se borne à exiger de ce dernier qu'il assure une certaine situation, un certain résultat, en lui laissant le soin d'y parvenir par les moyens choisis par lui. Dionisio Anzilotti notait :

> [...] en règle générale, le droit international n'établit pas les moyens par lesquels l'État doit assurer l'exécution de ses devoirs. [...] Le besoin de respecter, comme de raison, la liberté intérieure de l'État veut que les commandements du droit international soient d'ordinaire assez indéterminés : ils doivent indiquer le résultat à obtenir, tout en laissant à l'État le choix des moyens propres à l'atteindre [2].

La seule condition que le droit international pose dans cette hypothèse pour qu'on puisse dire que l'exécution de l'obligation internationale a été assurée est que, d'une façon ou d'une autre, le résultat recherché soit pleinement atteint. En effet, comme on n'a pas manqué de le souligner à plusieurs reprises, l'un des principes les plus sûrement reconnus par la doctrine, la jurisprudence et la pratique internationales est qu'un État ne peut pas se prévaloir des défauts de son organisation intérieure pour se soustraire à ses devoirs internationaux.

4. Sur cette base, on peut donc constater l'existence de deux types d'obligations internationales. Pour l'exécution de certaines d'entre elles, l'État ne peut utiliser que des moyens spécifiquement déterminés; pour se conformer aux autres, l'État a le choix entre une pluralité de moyens [3]. On verra, dans le cadre de la prochaine section, que dans le deuxième cas diverses hypothèses peuvent à leur tour se présenter. Il se peut que le choix entre l'un ou l'autre des moyens à la disposition de l'État soit indifférent en ce qui concerne le droit international, ou bien — ce qui revient pratiquement au même — que, tout en marquant sa préférence pour un moyen donné, l'obligation en question admette quand même (ou en tout cas n'exclue pas) le choix par l'État d'un moyen différent. Il se peut surtout que le résultat visé par l'obligation internationale soit défini de telle manière que, une fois

[1] Pour le début du chapitre III (sections 1 à 4), voir *Annuaire... 1976*, vol. II (1re partie), p. 3, doc. A/CN.4/291 et Add. 1 et 2.

[2] « La responsabilité internationale des États à raison des dommages soufferts par des étrangers », *Revue générale de droit international public*, Paris, t. XIII, nº 1 (janv.-févr. 1906), p. 26. Anzilotti ajoute : « C'est pour cela que, la plupart du temps, l'État fait moins des actes prescrits par le droit international que des actes qu'il a lui-même librement choisis comme étant les plus propres à assurer l'exécution de son devoir envers les autres États. » Voir aussi, du même auteur, *Teoria generale della responsabilità dello Stato nel diritto internazionale*, réimpr. dans *Scritti di diritto internazionale pubblico*, Padoue, CEDAM, 1956, t. 1er, p. 117.

[3] La distinction entre les deux types d'obligations était déjà implicitement faite par H. Triepel, là où il met en relief la différence entre le droit interne immédiatement ordonné (« unmittelbar gebotenes Landesrecht ») et le droit interne internationalement indispensable (« internationales unentbehrliches Landesrecht ») [H. Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig, Hirschfeld, 1899, p. 299] (édition française : *Droit international et droit interne*, tr. par R. Brunet, Paris, Pédone, 1920, p. 297). La même distinction ressort forcément des passages de D. Anzilotti rapportés à la note précédente. C'est toutefois D. Donati qui l'a énoncée pour la première fois en des termes explicites et qui en a fait un principe de portée générale (D. Donati, *I trattati internazionali nel diritto costituzionale*, Turin, Unione tipografico-editrice torinese, 1906, vol. I, p. 343 et suiv.).

une situation non conforme audit résultat créée par le moyen choisi par l'État pour agir, il faille conclure à la faillite définitive de l'État à la tâche qui lui incombait, tandis qu'il se peut par ailleurs qu'une telle conclusion ne s'impose pas. Le résultat internationalement voulu peut en effet être défini de façon à ce qu'il puisse également être considéré comme atteint lorsque, par un moyen extraordinaire, l'État remédie *ex post facto* à la situation créée par le moyen initialement utilisé et rétablit une situation entièrement conforme au résultat recherché. Mais il convient de ne pas anticiper et de se borner, à ce stade, à prendre en considération la distinction principale entre obligations qui requièrent formellement l'emploi de moyens spécifiquement déterminés et obligations qui laissent à l'État le choix entre divers moyens. Comme on vient de le dire, cette distinction de base entre deux types d'obligations internationales a forcément des incidences sur le mode de réalisation d'une violation de l'obligation. La présente section est consacrée à l'analyse de la première des deux hypothèses formulées ci-dessus : son objet sera donc d'établir dans quelles conditions il y a violation d'une obligation internationale dans le cas où cette obligation requiert de l'État un comportement qu'elle prend le soin de déterminer spécifiquement.

5. Dans la situation que l'on vient d'indiquer, le comportement spécifiquement déterminé que l'obligation internationale exige de l'État peut être un comportement actif. Il peut s'agir d'une action d'organes législatifs ou, plus généralement, normatifs qui consiste à adopter ou à abroger une loi proprement dite ou, en tout cas, une norme déterminée, quelle que soit sa forme. Prenons, par exemple, les obligations posées par l'une des conventions internationales dites « de droit uniforme ». D'après l'article I, par. 1, de la Convention portant loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels (La Haye, 1er juillet 1964)[4] :

> Chaque État contractant s'engage à introduire dans sa législation, selon sa procédure constitutionnelle, au plus tard à la date d'entrée en vigueur de la présente Convention à son égard, la Loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels [...] formant l'annexe à la présente Convention.

Les conventions de La Haye de droit international privé, certaines conventions internationales du travail [5], certains accords de droit international sanitaire, les dispositions élaborées par certaines organisations et institutions internationales [6], etc., contiennent des formules analogues. L'article 10, par. 1, du Traité d'État portant rétablissement d'une Autriche indépendante et démocratique (Vienne, 15 mai 1955)[7] engage l'Autriche à codifier les principes établis aux articles 6, 8 et 9 du traité et à les mettre en vigueur. A l'inverse, d'après l'article 2, par. 1, al. *c*, de la Convention internationale de 1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale [8],

> Chaque État partie doit prendre des mesures efficaces pour [...] modifier, abroger ou annuler toute loi et toute disposition réglementaire ayant pour effet de créer la discrimination raciale ou de la perpétuer là où elle existe.

De même, d'après l'article 3, al. *a*, de la Convention de 1960 concernant la lutte contre la discrimination dans le domaine de l'enseignement [9], les États s'engagent à « abroger toutes dispositions législatives et administratives [...] qui comporteraient une discrimination dans le domaine de l'enseignement ». L'article 10, par. 1, du Traité d'État autrichien requiert de l'Autriche d'abroger ou modifier toutes les mesures législatives ou administratives adoptées entre le 5 mars 1933 et le 30 avril 1945 incompatibles avec les principes énoncés aux articles 6, 8 et 9 du traité. Il peut également s'agir d'une action d'organes exécutifs : que l'on considère, à titre d'exemple, les obligations spécifiques de livrer des armements et d'autres objets, de livrer ou de couler des navires, de démanteler des ouvrages fortifiés, qui apparaissent si fréquemment dans les traités de paix [10].

---

[4] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 834, p. 107.

[5] Voir p. ex. l'article 4 de la Convention n° 121 de l'OIT concernant les prestations en cas d'accidents du travail et de maladies professionnelles (*Conventions et recommandations adoptées par la Conférence internationale du Travail, 1919-1966*, Genève, BIT, 1966, p. 1227), qui détermine les catégories de personnes auxquelles « la législation nationale » doit accorder lesdites prestations. Il est à remarquer que certaines conventions ne formulent pas expressément, ou ne mentionnent que partiellement, l'exigence d'une activité législative, mais cette exigence se déduit quand même du contexte de la convention, comme c'est le cas pour les articles 1 et 2 de la Convention n° 55 concernant les obligations de l'armateur en cas de maladie, d'accident ou de décès des gens de mer (*ibid.*, p. 376), ou pour l'article 2 de la Convention n° 112 concernant l'âge minimum d'admission au travail des pêcheurs (*ibid.*, p. 1109), ou encore de l'article 4 de la Convention n° 123 concernant l'âge minimum d'admission aux travaux souterrains dans les mines (*ibid.*, p. 1270), etc. Les formulaires adressés aux États à propos de l'observance des prescriptions de ces conventions confirment cette conclusion. Par exemple, celui qui a trait à la Convention n° 55 contient la prescription suivante : « Prière de donner la liste des lois et des règlements administratifs, etc., qui appliquent les dispositions de la convention. Prière d'annexer au rapport des exemplaires desdites lois [...]. » En réponse à une question posée à ce sujet par le Gouvernement des États-Unis d'Amérique, le BIT répondit le 13 novembre 1950 que « les organismes compétents de l'Organisation internationale du Travail considèrent qu'il appartient à chaque membre de l'Organisation de décider, sur la base de sa pratique constitutionnelle et de son droit national, si, en fait, une législation spéciale est nécessaire ou non pour donner effet aux dispositions d'une convention ». La référence à la pratique constitutionnelle concernait manifestement les cas où, en vertu de cette pratique, la ratification d'une convention fait automatiquement entrer dans le droit national (« the law of the land ») les dispositions de la convention, ce qui donne en réalité à l'acte de ratification aussi la valeur d'un acte de législation interne. Voir *Le Code international du Travail, 1951*, Genève, BIT, 1954, vol. I, p. 975, note 352.

[6] L'article 24 de la Convention établissant le statut définitif du Danube, adoptée à Paris le 23 juillet 1921 (SDN, *Recueil des Traités*, vol. XXVI, p. 186), prévoyait expressément que la Commission du Danube élaborerait un règlement de navigation et de police et que « Chaque État mettra ce règlement en vigueur sur son propre territoire par un acte de législation ou d'administration [...] ».

[7] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 217, p. 223.

[8] *Ibid.*, vol. 660, p. 195.

[9] *Ibid.*, vol. 429, p. 93.

[10] Voir p. ex. l'article 115 du Traité de Versailles [G. F. de Martens, éd., *Nouveau Recueil général de traités*, Leipzig, Weicher, 1922, 3e série, t. XI, p. 323], prévoyant la destruction des fortifications, des établissements militaires et des ports de l'île d'Héligoland « par les soins et aux frais du Gouvernement allemand ». Voir aussi les articles 145 et 195 et d'autres articles de la partie V du même traité. Voir aussi les articles 40, 41 et 42 du Traité de

Il peut enfin s'agir d'une action d'organes judiciaires. On en trouve des exemples dans certaines conventions internationales en matière de compétence juridictionnelle, de reconnaissance de décisions étrangères ou d'assistance judiciaire [11]. Des exemples encore plus spécifiques sont fournis par les traités de paix qui mettent à la charge des autorités compétentes de procéder à la révision de certaines dispositions et ordonnances des tribunaux de prises [12].

6. Le comportement spécifiquement déterminé requis de l'État par une obligation internationale peut tout aussi bien être un comportement d'omission. De plus, le comportement en question peut concerner différents domaines d'activité. Cela peut être l'obligation de l'État de ne pas édicter certaines lois ou, plus généralement, certaines normes. Un exemple d'obligation internationale requérant de l'État de ne pas abroger des lois déterminées se trouve, une fois de plus, dans l'article 10 du Traité de 1955, par lequel l'Autriche s'engage à maintenir en vigueur les lois déjà adoptées pour la liquidation des vestiges du régime nazi ainsi que la loi du 3 avril 1919 relative à la maison de Habsbourg-Lorraine. De leur côté, plusieurs obligations internationales requièrent que les autorités administratives, et notamment celles de police, ne pénètrent pas dans certains locaux qui jouissent d'une protection spéciale, tels le siège d'une mission diplomatique ou consulaire ou d'une organisation internationale [13], ou que ces autorités s'abstiennent de soumettre certaines personnes à l'arrestation ou à la détention [14]. L'obligation est faite par le droit international général aux forces de police — et à plus forte raison aux forces armées — de tous pays de ne pas pénétrer dans le territoire d'un autre pays sans le consentement de ce dernier, de ne pas y procéder à des arrestations, etc. Des traités de paix prévoient même l'obligation spécifique de ne pas entretenir ou rassembler des forces armées dans une région déterminée du territoire propre de l'État [15]. Dans d'autres cas, ce sont les autorités judiciaires qui sont requises de ne pas exercer leur juridiction par rapport à des États étrangers, à certains de leurs organes ou au sujet de certaines catégories de différends [16], etc.

7. Dans les hypothèses que l'on vient d'envisager et qui, en dépit de leur variété, se caractérisent toutes par le fait que l'obligation internationale dont il s'agit requiert de l'État un comportement d'action ou d'omission spécifiquement déterminé, les conséquences de ce mode d'être de l'obligation quant à la détermination de l'existence d'une violation éventuelle sont évidentes du point de vue logique. Dans un cas d'espèce ou l'autre, des difficultés pourront toujours surgir pour établir en fait la conduite tenue par les organes de l'État, et il pourra toujours se poser des questions en ce qui concerne la vérification du contenu exact de l'obligation existant à la charge de l'État. Mais, par contre, il ne saura y avoir de doute quant à la conclusion que, là où l'action ou l'omission relevée en fait se trouve être non conforme au comportement qui était spécifiquement requis de l'organe dont l'action ou l'omission émane, il y a violation immédiate de l'obligation en question, sans qu'aucune autre condition ne soit requise pour une telle constatation. Celle-ci ne saurait être influencée par le fait que la non-conformité du comportement qui a été adopté à celui qui aurait dû l'être ait ou non engendré des conséquences concrètement préjudiciables. Si, par exemple, une convention internationale impose à l'État, comme le fait le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels [17] à l'article 10, par. 3, de sanctionner par la loi l'interdiction d'employer les enfants et adolescents « à des travaux de nature à compromettre leur moralité ou leur santé, à mettre leur vie en danger ou à nuire à leur développement normal », cette obligation est violée du seul fait que la loi prévoyant la punition de telles pratiques n'a pas été édictée, même si aucun cas concret d'emploi d'enfants aux travaux indiqués n'a été constaté dans le pays en question. De même, si une convention, comme celle de 1965 sur l'élimination de la discrimination raciale, impose à l'État d'abroger les dispositions législatives qui ont pour effet de créer une telle discrimination [art. 2, par. 1, al. *c*], cette obligation est violée du seul fait que les dispositions en question n'ont pas été formellement abrogées, même là où elles n'auraient jamais été appliquées en fait ou ne sauraient plus l'être.

8. L'examen de la pratique des États et de la jurisprudence internationale confirme à la fois le bien-fondé de la distinction faite ici entre le mode d'être de l'obli-

paix de 1947 avec l'Italie [pour référence, v. ci-dessous note 12] et les dispositions analogues des autres traités de paix consécutifs à la seconde guerre mondiale.

[11] Voir p. ex. l'article 2, par. 1, et les articles 31 et 32 de la Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Bruxelles, 27 septembre 1968) [*Journal officiel des Communautés européennes*, Luxembourg, 31 décembre 1972, 15e année, n° L 299, p. 32].

[12] Voir p. ex. l'annexe XVII, sect. A, du Traité de paix entre les puissances alliées et associées et l'Italie, signé à Paris le 10 février 1947 (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 49, p. 3).

[13] D'après l'article 22, par. 1, de la Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques (*ibid.*, vol. 500, p. 95), par exemple, « Les locaux de la mission sont inviolables. Il n'est pas permis aux agents de l'État accréditaire d'y pénétrer, sauf avec le consentement du chef de la mission. »

[14] L'article 29 de la même convention dispose que « La personne de l'agent diplomatique est inviolable. Il ne peut être soumis à aucune forme d'arrestation ou de détention. [...] »

[15] L'article 43 du Traité de Versailles [pour référence, v. ci-dessus note 10] interdisait à l'Allemagne d'entretenir ou de rassembler des forces armées et d'exécuter des manœuvres militaires sur la rive gauche du Rhin et, sur la rive droite, à l'ouest d'une ligne située à 50 kilomètres du fleuve.

[16] Ainsi, par exemple, l'article 43, par. 1, de la Convention de Vienne de 1963 sur les relations consulaires (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 596, p. 261) interdit aux autorités judiciaires de l'État de résidence d'exercer leur juridiction sur les fonctionnaires consulaires pour les actes accomplis dans l'exercice des fonctions consulaires. L'article II, par. 3, de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 10 juin 1958) [*ibid.*, vol. 330, p. 3] engage le tribunal d'un État contractant saisi d'un litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention d'arbitrage à s'abstenir de tout exercice de la juridiction et à renvoyer les parties à l'arbitrage si l'une d'elles le demande. D'autres conventions prévoient l'obligation de suspendre certains jugements pendant le déroulement d'un jugement parallèle dans un autre État.

[17] Résolution 2200 A (XXI) de l'Assemblée générale, annexe.

gation internationale qui requiert de l'État une activité spécifiquement déterminée et celui de l'obligation qui n'exige de l'État que d'atteindre un certain résultat, en lui laissant le choix des moyens pour parvenir audit résultat. Cet examen renforce notamment la conclusion que, lorsque l'obligation rentre dans la première des deux catégories, l'activité d'un organe de l'État qui ne se révèle pas conforme à celle qu'on requérait de lui réalise sans autre une violation de l'obligation. On ne saurait trouver de formulation de principe de ces conclusions plus précise que celle qu'a donnée le Gouvernement suisse dans sa réponse au point III, nº 1, de la demande d'informations adressée aux États par le Comité préparatoire de la Conférence pour la codification du droit international (La Haye, 1930). Le point était ainsi libellé :

La responsabilité de l'État se trouve-t-elle engagée dans les cas suivants :

Si l'État adopte des dispositions législatives incompatibles avec les droits reconnus par traité à d'autres États ou avec ses autres obligations internationales ? Si l'État néglige d'adopter les dispositions législatives nécessaires à l'exécution des obligations qui lui sont imposées par traité ou de ses autres obligations internationales [18] ?

Or, à propos de la seconde question, le Gouvernement suisse remarquait :

Ce serait [...] se montrer trop absolu que de répondre simplement par l'affirmative à la deuxième question posée sous 1. Le fait de ne pas édicter une loi peut engager en soi la responsabilité internationale d'un État si un accord auquel celui-ci participe *oblige expressément* * les parties contractantes à prendre certaines mesures législatives. En revanche et à défaut d'une disposition conventionnelle de ce genre, ce n'est pas le fait de ne pas édicter une loi qui engage la responsabilité d'un État, mais bien le fait que cet État n'est pas en mesure de satisfaire, *par quelque moyen que ce soit* *, à ses obligations internationales [19].

La distinction entre les deux formes de réalisation de la violation d'une obligation internationale, liée respectivement aux divers modes d'être de l'obligation, est clairement mise en évidence dans cette prise de position explicite. En ce qui concerne en particulier l'hypothèse à laquelle l'on se réfère dans cette section, le Gouvernement suisse s'exprime nettement dans le sens que, là où l'obligation internationale requiert spécifiquement de l'État l'adoption d'une mesure déterminée (en l'espèce l'adoption d'une loi), le simple fait négatif de ne pas adopter cette mesure constitue comme tel une violation de l'obligation internationale en question et, si aucune autre circonstance ne s'y oppose, engage la responsabilité de l'État.

9. L'application du principe ainsi énoncé à des cas pratiques ne fait pas de doute non plus. Sur ce point, il est particulièrement intéressant d'examiner les cas dans lesquels il est question de la violation de certaines conventions internationales du travail, par exemple lorsqu'un des États ayant ratifié une convention n'a pas édicté les dispositions législatives requises par ladite convention ou, surtout, n'a pas abrogé les lois dont la convention exigeait précisément l'abrogation. Prenons, par exemple, le « rapport de la commission instituée en vertu de l'article 26 de la Constitution de l'Organisation internationale du Travail pour examiner la plainte déposée par le Gouvernement du Ghana au sujet de l'observation par le Gouvernement portugais de la Convention (nº 105) sur l'abolition du travail forcé, 1957 ». On y relèvera que la Commission d'enquête (composée de MM. P. Ruegger, E. Armand-Ugon et I. Forster) a notamment mis en évidence que les obligations internationales que certaines conventions instituent à la charge de l'État exigent l'abrogation formelle de telle ou telle autre disposition législative, et que l'on ne saurait tenir pour satisfaisante aux fins de l'application de la convention « une situation dans laquelle une disposition légale incompatible avec les exigences de la convention subsiste, mais est considérée comme tombée en désuétude » ou comme abrogée de fait. Et la commission de souligner que « *la pleine conformité de la loi avec les exigences de la convention est donc indispensable* * », même si en elle-même elle n'est pas suffisante, car il faut encore « que la loi soit pleinement et strictement appliquée en pratique » [20]. A son tour, le « rapport de la commission instituée en vertu de l'article 26 de la Constitution de l'Organisation internationale du Travail pour examiner la plainte déposée par le Gouvernement du Portugal au sujet de l'observation par le Gouvernement du Libéria de la Convention (nº 29) sur le travail forcé, 1930 » fait ressortir que la commission d'enquête (composée de MM. E. Armand-Ugon, T.P.P. Goonetilleke et E. Castrén) a fait sienne l'opinion exprimée par la commission Ghana/Portugal. C'est en faisant application de l'article 23 de la convention, qui impose aux autorités compétentes de l'État de « promulguer une réglementation complète et précise sur l'emploi du travail forcé ou obligatoire », et en s'y référant spécifiquement, que la commission en a conclu que

Jusqu'au 31 août 1961, date de la plainte, la législation du Libéria était incompatible avec l'obligation incombant à cet État en vertu de la Constitution de l'Organisation de donner effet aux dispositions de la convention en droit et en fait, et incompatible avec les dispositions particulières des articles 23 à 25 de la convention [21].

10. Dans d'autres cas concrets, ce n'est pas le manquement à l'obligation spécifique d'édicter ou d'abroger une disposition législative qui a formé l'objet d'un différend entre États, mais l'inobservance de l'obligation également spécifique d'accomplir un certain acte de nature administrative ou, surtout, de s'en abstenir, comme l'obligation interdisant de pénétrer dans le siège d'une mission diplomatique ou dans la demeure privée d'un agent diplomatique étranger [22], ou dans

[18] SDN, Conférence pour la codification du droit international, *Bases de discussion établies par le Comité préparatoire à l'intention de la Conférence*, t. III : *Responsabilité des États en ce qui concerne les dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers* (C.75. M.69. 1929.V), p. 25.

[19] *Ibid.*, p. 29.

[20] BIT, *Bulletin officiel*, vol. XLV, nº 2, Supplément II, avril 1962, par. 716, p. 247.

[21] *Ibid.*, vol. XLVI, nº 2, Supplément II, avril 1963, par. 416, p. 182. L'article 25 complète l'article 23 en demandant que la loi impose des sanctions pénales pour le fait d'exiger illégalement du travail forcé ou obligatoire.

[22] Voir à ce sujet les cas cités par G. H. Hackworth, *Digest of International Law*, Washington (D.C.), U.S. Government Printing Office, 1942, vol. IV, p. 562 et suiv.

les locaux d'un consulat étranger [23]. Dans d'autres situations encore, le différend a été causé par un manquequement à l'obligation assurant l'immunité de juridiction des agents diplomatiques, etc. [24]. Dans tous ces cas, le principe de base appliqué a été uniforme, à savoir que l'adoption par une autorité administrative ou judiciaire quelconque d'un comportement différent de celui qu'exige spécifiquement l'obligation internationale a été considérée comme constituant immédiatement une violation de cette obligation.

11. Les positions prises par les auteurs d'ouvrages scientifiques qui ont traité de la question examinée ici coïncident avec celles qui découlent de la logique des principes et qui ont été confirmées par la pratique des États et par la jurisprudence internationale. Heinrich Triepel avait expressément déduit de la distinction établie par lui quant à l'influence possible du droit international sur le droit interne que, lorsqu'une règle de droit international ou un traité imposent à l'État le devoir d'*avoir* une loi déterminée, la non-adoption ou l'abrogation de cette loi constitue une violation du droit international ou du traité — cela même si, malgré la non-adoption ou l'abrogation de la loi interne internationalement ordonnée, l'État était en mesure « de réaliser effectivement tout ce qui peut ou doit être réalisé d'après la loi » et entendait le faire [25]. Plus récemment, plusieurs auteurs ont approfondi la question et ont mis en évidence l'incidence que le mode d'être d'une obligation internationale a nécessairement sur la détermination de l'existence d'une violation de cette obligation. En ce qui nous intéresse, dans le cadre de la présente section, les auteurs ont fait ressortir que, là où l'obligation exige d'un État un comportement — actif ou omissif — « qui doit qui être nécessairement exercé dans certaines formes et par des organes déterminés », tout comportement que l'État adopte et qui n'est pas conforme à celui qui est spécifiquement requis constitue comme tel « une infraction directe de l'obligation juridique internationale existante », de sorte que, « si toutes les autres conditions requises sont réalisées, on se trouve en face d'un fait illicite international » [26].

12. On pourrait être tenté de qualifier d'« obligations internationales de comportement » les obligations requérant d'un État l'adoption d'une conduite active ou omissive spécifiquement déterminée — cela par opposition aux obligations qui posent à l'État l'exigence générique d'assurer un certain résultat, en lui laissant le choix des voies et moyens par lesquels y parvenir, et que l'on pourrait qualifier d'« obligations de résultat ». On ne ferait alors que suivre le modèle fourni par les systèmes de droit privé interne issus du droit romain. On pourrait donc définir respectivement comme « fait internationalement illicite de comportement » et comme « fait internationalement illicite de résultat » la violation par un État d'une obligation internationale rentrant dans la première ou dans la seconde des deux catégories. A notre avis, l'emploi de cette terminologie pourrait rendre d'utiles services en raison de sa concision. Il pourrait pourtant être plus judicieux de parler plus précisément, en ce qui concerne la première catégorie, d'« obligations de comportement spécifique » et, par conséquent, de « fait internationalement illicite de comportement spécifique », car même dans le cas des « obligations de résultat » ce sont toujours des « comportements » de l'État qui sont requis pour assurer le résultat visé. Ajoutons qu'il paraîtrait opportun de souligner clairement que le sens attribué à la distinction et aux caractérisations en question serait celui qui est précisé dans cette section, sens qui nous paraît correspondre à des aspects typiques de la communauté internationale et de son droit. Il y aurait par contre quelque risque de confusion à vouloir assimiler trop strictement la distinction et les caractérisations en question à celles qui sont familières aux juristes des systèmes de droit privé, et qui sont logiquement influencées par les aspects propres de ces autres systèmes socio-juridiques [27].

13. Quelle que soit la terminologie que la Commission choisira, le Rapporteur spécial pense qu'aux fins du présent projet la définition du principe, auquel cette section est consacrée, ne doit pas présenter de difficultés particulières. Au vu de toutes les considérations qui précèdent, il propose donc d'adopter le texte suivant :

---

[23] Voir G. H. Hackworth, *op. cit.*, p. 716 et suiv.; A.-Ch. Kiss, *Répertoire de la pratique française en matière de droit international public*, Paris, C.N.R.S., 1965, vol. III, p. 408 et suiv.; S.I.O.I.-C.N.R., *La prassi italiana di diritto internazionale*, Dobbs Ferry (N.Y.), Oceana, 1970, 1re série (1861-1887), vol. I, p. 469 et 470.

[24] Voir les cas cités par G. H. Hackworth, *op. cit.*, p. 533 et suiv.; A.-Ch. Kiss, *op. cit.*, p. 340 et 341; S.I.O.I-C.N.R., *op. cit.*, p. 384 et suiv.

[25] Triepel, *op. cit.*, p. 297 de l'édition française.

[26] Voir R. Ago, « La regola del previo esaurimento dei ricorsi interni in tema di responsabilità internazionale », *Archivio di diritto pubblico*, mai-août 1938-XVI, Padoue, CEDAM, 1938, vol. 3, fasc. 2, p. 231 et suiv.; et « Le délit international », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1939-II*, Paris, Sirey, 1947, t. 68, p. 508 et suiv. Voir aussi, tout spécialement, G. Morelli, *Nozioni di diritto internazionale*, 7e éd., Padoue, CEDAM, 1967, p. 332; P. Reuter, « La responsabilité internationale », *Droit international public* (cours), Paris, Les Nouvelles Institutes, 1955-1956, p. 56 et suiv.; A. P. Sereni, *Diritto internazionale*, Milan, Giuffrè, 1962, t. III, p. 1533 et suiv. Pour un examen des aspects particuliers de la question en rapport avec l'activité législative de l'État, voir Ch. de Visscher, « La responsabilité des États », *Bibliotheca Visseriana*, Leyde, Brill, 1924, t. II, p. 97; E. Vitta, *La responsabilità internazionale dello Stato per atti legislativi*, Milan, Giuffrè, 1953, p. 87 et suiv.; A. S. Bilge, *La responsabilité internationale des États et son application en matière d'actes législatifs* (thèse nº 471), Istanbul, Tsitouris, impr., 1950, p. 101 et suiv.

[27] Une application ingénieuse au droit international des notions propres du droit civil a été proposée par P. Reuter *(loc. cit.)*. Mais il est à remarquer que si dans la plupart des cas une « obligation de comportement » dans le sens que nous préconisons est en même temps une « obligation de comportement » dans le sens qu'on emprunterait au droit civil, tel n'est pas toujours le cas — et cela vaut aussi pour les « obligations de résultat ». D'après le critère du droit civil qui veut, par exemple, que l'obligation du médecin de soigner le malade sans pour autant pouvoir assurer sa guérison soit une obligation de comportement, on devrait qualifier d'obligation internationale de comportement celle qui incombe à l'État de protéger les étrangers, et surtout certaines personnes étrangères, contre les atteintes de la part de tiers, obligation qui, par contre, apparaît comme une obligation de résultat d'après les critères préconisés dans cette section. L'État a en effet le choix des moyens qu'il estime les plus appropriés pour assurer la protection en question.

Article 20. — Violation d'une obligation internationale requérant de l'État l'adoption d'un comportement spécifiquement déterminé

Il y a violation par un État d'une obligation internationale requérant spécifiquement de celui-ci l'adoption d'un comportement déterminé du simple fait de l'adoption d'un comportement différent de celui qui était spécifiquement requis.

6. VIOLATION D'UNE OBLIGATION INTERNATIONALE REQUÉRANT DE L'ÉTAT LA RÉALISATION D'UN RÉSULTAT

14. La section précédente a été consacrée aux hypothèses de violation par un État d'obligations internationales requérant de lui qu'il exerce une activité spécifiquement déterminée ou qu'il s'en abstienne. Dans ces cas, relativement moins fréquents, comme nous l'avons dit, le droit international s'introduit en quelque sorte dans la sphère de l'État pour exiger l'adoption d'un comportement donné par telle ou telle autre branche spécifiquement déterminée de l'appareil étatique : il requiert que les organes législatifs, ou en tout cas des organes ayant une fonction normative édictent ou abrogent certaines règles déterminées, ou que les organes exécutifs accomplissent ou n'accomplissent pas des actions données, ou que les organes judiciaires se prononcent sur certaines situations ou en ce qui concerne certaines personnes ou qu'ils s'en abstiennent, etc. Nous avons donc mis en évidence que, dans tous ces cas, le mode d'être ainsi décrit de l'obligation internationale avait des conséquences évidentes pour déterminer si l'obligation a été exécutée ou bien violée. L'obligation en question se trouvera exécuté dans le cas où le comportement spécifiquement requis aura été adopté; dans le cas contraire, il faudra conclure à sa violation.

15. La situation est tout autre dans les cas, particulièrement fréquents en droit international, où le droit international s'arrête aux frontières extérieures de l'appareil étatique et où, comme nous l'avons dit plus haut, « soucieux de respecter la liberté intérieure de l'État, se borne à exiger de ce dernier qu'il assure une certaine situation, un certain résultat, en lui laissant le soin d'y parvenir par les moyens choisis par lui [28] ». La présente section a précisément pour objet d'établir comment on pourrait conclure à la violation d'une obligation internationale qui se caractérise par cet autre mode d'être, si différent du précédent.

16. Il a été dit précédemment [29] que les cas auxquels nous entendons maintenant nous référer constituent un ensemble vaste et varié, et l'on a mentionné sommairement les différentes hypothèses qui rentrent dans cet ensemble. Nous avons d'abord pris en considération celles dans lesquelles l'État dispose d'une liberté de choix au départ quant aux moyens par lesquels assurer le résultat exigé par une obligation internationale. Dans le cadre de ces hypothèses, nous avons aussi fait ressortir une distinction à faire : d'un côté se situent les cas où le choix entre les moyens que l'État peut utiliser pour assurer le résultat voulu par l'obligation internationale est entièrement laissé à l'État sans que sur le plan international on n'exprime le moindre avis; de l'autre on trouve les cas où l'obligation internationale marque quand même une préférence, souligne qu'un moyen déterminé apparaît tout au moins comme le plus apte à réaliser le résultat exigé de l'État, tout en n'exigeant pas spécifiquement le recours audit moyen.

17. Les exemples du premier groupe de cas sont nombreux. Parfois c'est le texte du traité lui-même qui, en prévoyant certaines obligations, souligne expressément que le choix des moyens propres à atteindre le but visé par ces obligations est laissé à l'État. Prenons l'article 14 du Traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier [30] : il y est dit que

> Les recommandations comportent obligation dans les buts qu'elles assignent, mais laissent à ceux qui en sont l'objet le choix des moyens propres à atteindre ces buts.

Le troisième alinéa de l'article 189 du Traité instituant la Communauté économique européenne [31] indique également que

> La directive lie tout État membre destinataire quand au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens.

D'autre part, la pleine liberté de choix que possède l'État ressort parfois du fait que l'obligation internationale engage en général les États qu'elle lie à prendre « toutes les mesures appropriées » afin d'assurer un résultat donné, sans nullement spécifier quelles peuvent être ces mesures appropriées. Ainsi, par exemple, l'article 2, par. 1, de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale [32] établit que

> Les États parties condamnent la discrimination raciale et s'engagent à poursuivre par tous les moyens appropriés et sans retard une politique tendant à éliminer toute forme de discrimination raciale [...].

De même, en matière de protection des organes représentatifs d'autres États, l'article 22, par. 2, de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques [33] affirme que

> L'État accréditaire a l'obligation spéciale de prendre toutes mesures appropriées afin d'empêcher que les locaux de la mission ne soient envahis ou endommagés, la paix de la mission troublée ou sa dignité amoindrie,

et l'article 29 de la même convention dispose que « l'État accréditaire [...] prend toutes mesures appropriées pour empêcher toute atteinte à [la] personne [de l'agent diplomatique], sa liberté et sa dignité ». On retrouve un langage presque identique dans les articles 31, par. 3, et 40 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires [34] et dans les articles 25, par. 2, et 29 de la Convention de 1969 sur les missions spéciales [35]. Enfin, dans des cas peut-être plus nombreux encore, la liberté de choix reconnue à l'État se laisse

[28] Ci-dessus par. 3.

[29] Voir ci-dessus par. 4.

[30] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 261, p. 141.

[31] *Ibid.*, vol. 294, p. 17.

[32] Pour référence, voir-ci dessus note 8.

[33] *Idem*, note 13.

[34] *Idem*, note 16.

[35] Résolution 2530 (XXIV) de l'Assemblée générale, annexe.

déduire implicitement du fait que l'obligation internationale se borne à fixer le résultat à assurer, sans que le texte dans lequel cette obligation se trouve consignée ne soulève en aucune façon la question des moyens par lesquels ledit résultat sera atteint. La Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (1950) [36] et certaines conventions internationales du travail en fournissent des exemples — des dispositions du même caractère figurent d'ailleurs dans de nombreux autres textes [37]. On peut ajouter que la situation à laquelle on se réfère ici est normale en ce qui concerne les obligations internationales d'origine coutumière aussi bien que conventionnelle concernant la protection des étrangers et de certaines catégories particulières d'étrangers [38].

18. Quant au deuxième groupe de cas, il suffit de se reporter, pour des exemples parmi d'autres, à l'article 2, par. 1, du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels [39], qui établit que

> Chacun des États parties au présent Pacte s'engage à agir [...] en vue d'assurer progressivement le plein exercice des droits reconnus dans le présent Pacte par tous les moyens appropriés, y compris en particulier l'adoption de mesures législatives,

ou à l'article 2, par. 2, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques [40], en vertu duquel

> Les États parties au présent Pacte s'engagent à prendre, en accord avec leurs procédures constitutionnelles et avec les dispositions du présent Pacte, les arrangements devant permettre l'adoption *de telles mesures d'ordre législatif ou autre* *, propres à donner effet aux droits reconnus dans le présent Pacte qui ne seraient pas déjà en vigueur.

Nul doute que, dans ces cas, le moyen législatif est expressément indiqué sur le plan international comme étant le plus normal, le plus approprié pour la réalisation des buts visés par le pacte en question. Mais le recours à un tel moyen n'est pas spécifiquement imposé, n'est pas requis à titre exclusif : l'État est laissé libre, s'il le préfère, d'utiliser un autre moyen, pour autant que ce dernier lui permette également d'assurer *in concreto* le plein exercice des droits humains prévus par lesdits pactes.

La réponse donnée le 18 octobre 1929 par le BIT au Gouvernement irlandais est particulièrement instructive à ce sujet. Le gouvernement en question avait demandé si l'adoption d'une loi était spécifiquement requise pour donner exécution aux prescriptions des articles 2, 3 et 4 de la Convention n° 14 de 1921 (Convention concernant l'application du repos hebdomadaire dans les établissements industriels), au vu du fait qu'une période de repos de vingt-quatre heures était déjà accordée aux travailleurs industriels par la pratique irlandaise. Tout en remarquant que « La méthode qui a été adoptée le plus ordinairement est l'adoption d'une législation rendant le repos hebdomadaire obligatoire dans les établissements industriels », le BIT relevait que la convention laissait aux gouvernements une latitude remarquable dans l'exécution de l'obligation, et à ce sujet s'exprimait ainsi :

> Un gouvernement est donc libre d'appliquer en vertu de la convention tout système qui rencontre son approbation [...] il appartient au gouvernement qui a contracté une obligation internationale en adhérant à la convention d'apprécier les mesures qui, à son avis, peuvent assurer une application effective de la convention. Dans le cas particulier, c'est à votre gouvernement qu'il appartiendrait de déterminer les garanties qui, le cas échéant, seraient nécessaires à la suite de la ratification pour préserver la pratique existante de toute modification ou pour empêcher la non-observation de ces règles.

Le BIT ne cachait pas qu'il voyait dans l'adoption d'une législation donnant force de loi à la pratique existante la méthode la plus appropriée à suivre dans le cas concret, mais il répétait que le gouvernement pouvait aussi suivre une autre méthode, pourvu que celle-ci parviennent également à « assurer une application effective de la convention » [41].

19. Nous avons aussi rappelé [42] que l'existence d'une certaine latitude quant aux voies à suivre pour atteindre le résultat requis par le droit international pouvait se manifester aussi d'une manière autre que l'existence d'une liberté de choix au départ. Dans des cas assez fréquents, on relève en effet que l'État qui a d'abord adopté un comportement actif ou omissif allant à l'encontre de l'obtention du résultat requis de lui par une obligation internationale se voit quand même accorder une nouvelle possibilité de se conformer à cette obligation. Dans certaines conditions, et pour autant que le résultat en question ne soit pas devenu définitivement irréalisable à la suite du comportement

---

[36] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 213, p. 221. L'article 1er de la convention statue que

> « Les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention. »

Or, les articles du titre I sont ainsi rédigés : « Nul ne peut être tenu en esclavage ou en servitude » (art. 4, par. 1), « Nul ne peut être astreint à accomplir un travail forcé ou obligatoire » (art. 4, par. 2), « Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. [...] » (art. 5, par. 1), etc. Il en ressort implicitement que l'État est libre de choisir les moyens qu'il estime les plus aptes à garantir qu'une personne ne puisse être tenue en esclavage, que sa sûreté soit assurée, etc.

[37] Normalement, les dispositions conventionnelles par lesquelles les États s'obligent à accorder à d'autres États le traitement de la nation la plus favorisée dans un domaine convenu de relations se bornent à indiquer le but à atteindre, sans préciser les moyens par lesquels il doit être assuré.

[38] Le mémoire du Gouvernement italien dans l'Affaire des phosphates du Maroc (Exceptions préliminaires) soulignait l'obligation que le droit internationnal mettait à la charge de la Puissance protectrice de faire en sorte « que le traitement que les conventions internationales imposent à la Puissance protectrice d'accorder aux étrangers et que le respect des droits que ces derniers ont acquis à l'égard de l'administration publique soient garantis par des moyens adéquats de protection judiciaire ». Il ajoutait : « La Puissance protectrice a le choix de ces moyens, elle peut les établir de la manière qu'elle estime la plus appropriée à l'organisation des pouvoirs publics du Protectorat; mais il faut que ces moyens soient aptes à assurer aux étrangers le traitement conforme aux conventions internationales et aux droits acquis. » (*Répertoire des décisions et des documents de la procédure écrite et orale de la Cour permanente de justice internationale et de la Cour internationale de Justice*, publié sous la direction de P. Guggenheim, série I, Cour permanente de justice internationale, vol. I, *Droit international et droit interne*, par K. Marek, Genève, Droz, 1961, p. 679.)

[39] Résolution 2200 A (XXI) de l'Assemblée générale, annexe.

[40] *Ibid.*

[41] *Le Code international du Travail, 1951 (op. cit.)*, p. 302.

[42] Voir ci-dessus par. 4.

initial, le droit international admet que l'État remédie à la situation déplorable qui s'est provisoirement produite et assure, bien qu'avec retard, ledit résultat en ayant exceptionnellement recours à un comportement autre, capable d'effacer entièrement les conséquences du premier. Il est évident, notons-le bien, que dans un cas pareil la situation n'est pas la même que dans les cas examinés précédemment. Comme nous l'avons indiqué, on ne peut pas parler ici d'une liberté de choix que l'État aurait entre des moyens se situant sur le même plan : le recours à un comportement ultérieur devant *remédier* aux effets internationalement inacceptables du comportement initialement adopté appartient à la « pathologie » plutôt qu'à la « physiologie » de l'exécution des obligations internationales. Cependant, c'est un fait que l'existence de cette possibilité de porter remède à la défaillance du moyen par lequel le résultat voulu par l'obligation internationale aurait normalement dû être assuré de prime abord est, même à elle seule, suffisante pour conclure que l'État a à sa disposition plus d'une voie pour s'acquitter de son obligation. Car la possibilité de réaliser encore une situation conforme à l'obligation internationale en corrigeant, par un autre moyen, celle non conforme qui s'est momentanément produite n'est pas uniquement accordée à l'État dans des cas où ce dernier disposait d'une liberté de choix au départ entre différents moyens « normaux » d'exécution de l'obligation. L'État peut être pourvu de cette faculté même lorsqu'il ne disposait pas d'une telle liberté de choix initiale. Dans un tel cas, c'est précisément la faculté ultérieure de remédier par un nouveau comportement aux conséquences de l'action ou omission initialement adoptée qui met en évidence la latitude dont l'État dispose; c'est cette faculté ultérieure qui, même si le texte laissait un doute à ce sujet, fait ranger l'obligation en question parmi celles qui ont pour but d'assurer un certain résultat et non pas parmi celles qui requièrent spécifiquement l'adoption d'un comportement déterminé (qui formaient l'objet de la section précédente). Notons, enfin, qu'il est assez rare que les règles, mêmes conventionnelles, qui imposent à l'État des obligations internationales fassent explicitement mention de la possibilité qu'elles lui laissent, dans certains cas, de remédier *ex post facto* à la situation éventuellement créée en première instance par une action ou omission de ses organes qui irait à l'encontre du résultat internationalement requis. Ce sera normalement en interprétant la clause pertinente d'après l'ensemble des dispositions de la convention qui la contient, d'après sa *ratio* et son esprit, ou encore à la lumière des règles applicables du droit international coutumier, que l'on pourra établir si une obligation donnée admet ou non d'être exceptionnellement exécutée par un comportement autre au cas où le comportement initial aurait failli à la tâche.

20. Quelques exemples serviront, comme à l'accoutumée, à mieux illustrer les situations auxquelles nous venons de nous référer. Examinons d'abord les cas d'obligations internationales pour lesquelles la faculté exceptionnelle de l'État de s'acquitter, le cas échéant, de l'obligation qui lui incombe en remédiant par un comportement ultérieur aux conséquences internationalement inacceptables du comportement initialement adopté ne fait que s'ajouter à une normale liberté de choix au départ quant aux moyens à utiliser pour assurer l'exécution de l'obligation. Cette liberté de choix initiale, nous l'avons vu *supra*, caractérise par exemple la plupart des obligations internationales relatives à la protection des droits de l'homme. Quand le Pacte international relatif aux droits civils et politiques [43] établit que « toute personne est libre de quitter n'importe quel pays, y compris le sien » (art. 12, par. 2), que « chacun a droit à la reconnaissance en tous lieux de sa personnalité juridique » (art. 16), ou que « toute personne a le droit de s'associer librement avec d'autres, y compris le droit de constituer des syndicats et d'y adhérer pour la protection de ses intérêts » (art. 22, par. 1), il ressort avant tout de l'objet même de ces dispositions et de leur formulation que l'État est libre d'adopter les mesures qu'il croit les plus appropriées, dans le cas qui est le sien, pour garantir aux individus ces libertés et ces droits. Il peut même, à la rigueur, ne pas adopter de mesures du tout, pourvu que le résultat soit concrètement assuré, à savoir que tout homme ou femme désireux de quitter le pays soit en fait libre de s'en aller, que sa personnalité juridique ne soit pas déniée, que l'on ne fasse pas obstacle à sa liberté d'association, etc. Mais l'esprit du pacte, son but et objet et son contexte font encore ressortir une autre conclusion. Admettant, par exemple, que l'État ait choisi de s'acquitter de ses engagements par la voie administrative, l'éventuelle décision négative prise à l'égard du droit d'une personne par la première autorité appelée à se prononcer à son sujet ne rend normalement pas impossible la réalisation par l'État du résultat internationalement requis de lui. Ce résultat pourra être considéré comme acquis même s'il aura fallu qu'une autorité supérieure intervienne pour annuler la décision de la première autorité et que cela ne soit que grâce à cette action ultérieure que la personne aura obtenu le respect du droit dont elle entendait se prévaloir. Si des doutes persistaient quant au bien-fondé de cette conclusion, le fait de la présence dans le pacte d'une clause relative à l'épuisement des recours internes [44] suffirait à les éliminer. Et il coule de source qu'une conclusion analogue s'impose pour toutes les obligations prévues par des conventions qui contiennent une clause de ce genre [45]. En effet, cette clause, comme nous aurons l'occasion de le montrer dans la prochaine

[43] Pour référence, v. ci-dessus note 40.

[44] Le comité créé par le Pacte pour examiner les « communications dans lesquelles un État partie prétend qu'un autre État partie ne s'acquitte pas de ses obligations au titre du [...] Pacte [...] ne peut connaître d'une affaire qui lui est soumise qu'après s'être assuré que tous les recours internes disponibles ont été utilisés et épuisés, conformément aux principes de droit international généralement reconnus » (art. 41, par. 1, al. *c*).

[45] Voir p. ex. l'article 26 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales [pour référence, v. ci-dessus note 36] et les articles 11, par. 3, et 14, par. 7, al. *a*, de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale [pour référence, v. ci-dessus note 8]. Voir aussi les accords de coopération économique conclus par les États-Unis d'Amérique, cités par G. Gaja dans *L'esaurimento dei ricorsi interni nel diritto internazionale*, Milan, Giuffrè, 1967, p. 140, note 17.

section, doit être considérée essentiellement comme une clause de fond, dont l'effet est précisément d'empêcher d'établir comme définitivement non obtenu le résultat que requiert de l'État l'obligation qu'elle accompagne tant qu'il subsiste la possibilité d'atteindre ce résultat par l'un des autres moyens dont l'État dispose.

21. Il serait cependant erroné de croire que la conclusion qui s'impose manifestement dans l'exemple que nous venons de prendre en considération ne se justifie que dans des cas où la convention d'où découlent certaines obligations contient une clause prévoyant explicitement qu'on ne peut inculper sur le plan international l'État de ne pas s'être acquitté de ses obligations tant que les recours internes disponibles n'ont été épuisés. Même sans la présence d'une telle clause, la conclusion donnée pour l'exemple en question pourra également découler du contexte de l'accord, de son esprit, de son but et objet, des règles coutumières, enfin, dans le cadre desquelles l'interprétation dudit accord s'inscrit. Prenons, toujours à titre d'exemple. l'article III, par. 1, de l'Accord général du GATT [46], où on lit que

> Les parties contractantes reconnaissent que les taxes et autres impositions intérieures [...] ne devront pas être appliqué[e]s aux produits importés ou nationaux de manière à protéger la production nationale,

et le paragraphe 2 du même article, qui établit que

> Les produits du territoire de toute partie contractante importés sur le territoire de toute autre partie contractante ne seront pas frappés, directement ou indirectement, de taxes ou autres impositions intérieures, de quelque nature qu'elles soient, supérieures à celles qui frappent, directement ou indirectement, les produits nationaux similaires [...].

Aucune clause explicite relative aux recours internes n'accompagne ces dispositions. Mais leur but, leur seule raison d'être est d'éviter que les produits nationaux ne finissent par bénéficier concrètement d'une protection aux dépens des produits similaires étrangers. Ce que l'on veut de l'État partie à l'accord est qu'il assure en dernier ressort le résultat que les produits étrangers ne se trouvent pas désavantagés sur le marché intérieur parce que leur prix serait grevé d'une imposition fiscale plus sévère que les produits du pays. On ne saurait donc interpréter les dispositions citées dans le sens qu'elles exigeraient que l'on empêche absolument tout acte, même provisoire, de taxation erronée d'un produit étranger. Au cas où, à un moment donné, l'un de ces produits se verrait appliquer un tarif différent de celui qui vaut pour un produit national similaire, au cas où un acte de perception indue aurait lieu, le résultat visé par les obligations énoncées dans les articles cités sera également atteint si l'État s'emploie à annuler ou à réduire dûment l'imposition discriminatoire et à restituer les montants abusivement perçus. Le but recherché — l'égalité de traitement entre produits étrangers et produits nationaux — sera ainsi également assuré [47].

22. Les exemples donnés jusqu'ici concernent tous des obligations prévues par des conventions. Mais il va sans dire que l'on relève des exemples non moins valables parmi les obligations d'origine coutumière. Prenons l'obligation qui requiert de l'État d'assurer aux étrangers, dans certains domaines du moins, l'égalité de traitement avec les nationaux, ou l'obligation qui, dans certaines conditions, exige que l'État indemnise les étrangers dont les biens ont été soumis à expropriation, ou encore celle qui lui impose de punir les auteurs de crimes contre la personne d'étrangers, et spécialement d'étrangers revêtant la qualité d'organes de leurs États, etc. Il serait manifestement excessif de dire que ces différentes obligations ne seront considérées comme remplies que si l'État fait en sorte qu'à aucun moment un organe étatique n'adopte pour sa part une mesure discriminatoire à l'égard d'un étranger, ou n'effectue un acte d'expropriation sans indemnisation, ou ne prononce une sentence d'acquittement à l'égard de l'auteur d'un crime contre un étranger ou un organe d'un État étranger. Le résultat requis par ces obligations internationales est qu'en dernier ressort l'étranger se voie appliquer le même traitement que le national, qu'il soit indemnisé pour le bien dont il aurait été exproprié, et que le coupable d'un crime contre sa personne soit puni. Or, il est évident qu'ici aussi le résultat visé sera atteint même au cas où une première mesure allant à l'encontre de ce qui était requis aura été corrigée par une mesure ultérieure capable d'effacer les conséquences de la première.

23. L'obligation requérant non pas d'adopter un comportement spécifiquement déterminé mais génériquement d'assurer un certain résultat peut prendre une forme encore plus permissive que celle qui consiste à laisser à l'État le libre choix initial des moyens par lesquels réaliser le résultat visé, ou encore que celle qui consiste à lui permettre de parvenir audit résultat en effaçant complètement, par un comportement autre, les conséquences d'un éventuel comportement initial allant à l'encontre de la réalisation dudit résultat. Il existe des cas dans lesquels l'obligation internationale admet que, là où le comportement initialement adopté aurait désormais rendu irréalisable le résultat principal requis, l'État puisse encore se considérer comme quitte en assurant un résultat de rechange. Prenons, par exemple, l'obligation de droit international coutumier

[46] GATT, *Instruments de base et documents divers*, vol. IV (numéro de vente : GATT/1969-1).

[47] Que l'on compare, sous cet angle, l'obligation internationale à laquelle nous nous référons ici avec, par exemple, l'obligation énoncée à l'article 34 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques [pour référence, v. ci-dessus note 13], qui statue que « l'agent diplomatique est exempt de tous impôts et taxes, personnels ou réels, nationaux, régionaux ou communaux ». Ici, la *ratio* de l'obligation est tout autre : ce que la convention requiert est que, dans l'intérêt fondamental de l'exercice sans entraves de la fonction qui lui est confiée, l'agent diplomatique ne soit gêné dans son activité par l'application de mesures fiscales, tout comme il ne doit pas l'être par l'application de mesures de police, de juridiction, etc. Aucun acte indu de perception d'impôt ne doit donc être exercé à son égard. A la différence de l'obligation prise en considération dans le texte, celle-ci est l'une de celles qui imposent à l'État d'adopter un comportement d'omission spécifiquement déterminé — l'une de celles dont on s'est occupé à la section 5 : l'État ne saurait se considérer en règle avec son devoir international parce qu'il aurait par la suite restitué à l'agent diplomatique les montants indûment exigés de lui, ou parce qu'il aurait relâché le diplomate indûment arrêté, etc.

qui impose à l'État d'exercer une certaine vigilance pour prévenir des atteintes indues à la personne ou aux biens des étrangers. Si, dans un cas concret, l'État n'a pu empêcher une atteinte de cette nature de se produire, il a encore la possibilité de s'acquitter de son obligation en offrant la réparation du préjudice subi par l'étranger victime de l'atteinte. On parvient à une conclusion analogue en ce qui concerne l'article 9, par. 1, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques [48], qui dispose notamment que « nul ne peut faire l'objet d'une arrestation ou d'une détention arbitraires ». L'obligation ainsi formulée doit être mise en parallèle avec les paragraphes 4 et 5 du même article, qui disposent respectivement que

> Quiconque se trouve privé de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal afin que celui-ci statue sans délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale.

et que

> Tout individu victime d'arrestation ou de détention illégales a droit à réparation.

Cette juxtaposition fait ressortir que l'État pourra se considérer comme ayant agi conformément à ses devoirs internationaux même au cas où, ayant manqué d'assurer le résultat principal visé par l'obligation posée par l'article 9, il aura néanmoins assuré le résultat de rechange de réparer le préjudice indûment causé à la personne victime d'une arrestation ou d'une détention qui n'auraient pas dû avoir lieu [49].

24. En résumé, les obligations internationales qui ne vont pas jusqu'à requérir de l'État un comportement spécifiquement déterminé (ou, si l'on veut, un comportement d'organes spécifiquement désignés), mais se bornent à exiger de lui la réalisation d'un résultat donné, se caractérisent par rapport aux premières par un degré, d'ailleurs variable, de permissivité. Cette permissivité, on l'a vu, peut comporter une liberté de choix au départ entre des moyens différents d'obtention du résultat visé. Elle peut parfois impliquer, outre cette liberté au départ — ou même sans elle —, la possibilité de porter *a posteriori* remède aux effets d'un comportement initial ayant produit une situation en opposition avec le résultat voulu. A son tour, cette faculté de remédier peut parfois ne s'étendre que jusqu'à l'obtention tardive du même résultat, et ceci grâce à l'effacement de toutes les conséquences du comportement initial; elle peut parfois aller jusqu'à comprendre la réalisation d'un résultat de rechange, considéré en quelque sorte comme équivalent de celui que le premier comportement aurait rendu irréalisable.

25. Au vu de ces constatations, il s'agit maintenant d'établir comment se détermine la violation d'une obligation internationale rentrant dans le cadre de celles qui forment l'objet de la présente section. Cette tâche est bien moins simple que dans les cas envisagés à la section précédente, où l'existence de la violation ressort tout simplement d'une confrontation entre le comportement adopté en fait par l'État et le comportement qu'en l'occurrence il était spécifiquement requis d'adopter. Dans les cas pris en considération à la présente section, il s'agira plutôt de confronter le résultat voulu par l'obligation internationale et celui qui a été concrètement et définitivement atteint par le comportement ou par les comportements adoptés par l'État. Ce n'est que là où les deux résultats ne coïncident pas qu'il faudra manifestement en conclure que la conduite de l'État n'a pas été conforme à ce que l'obligation internationale requérait de lui et qu'il y a donc eu violation. En d'autres termes, c'est la circonstance que le résultat visé par l'obligation internationale n'est pas atteint qui, seule, caractérise ici le mode de réalisation de la violation. Il faut à présent examiner plus en détail comment cette circonstance s'articule dans les différentes hypothèses formulées dans les paragraphes précédents, et quelles conséquences en découlent chaque fois.

26. Il est normal que nous commencions notre examen par la prise en considération de l'hypothèse dans laquelle la permissivité, qui caractérise l'obligation internationale quant aux moyens pour assurer son exécution [50], se traduit, comme nous l'avons dit, dans une simple liberté de choisir au départ entre différents moyens utilisables pour atteindre le résultat internationalement requis. Cette liberté de choix, nous l'avons également vu, subsiste aussi bien dans les cas où l'obligation internationale garde une neutralité complète au sujet de ce choix que là où l'instrument où elle se trouve consignée exprime une simple préférence pour un moyen plutôt que pour d'autres, sans que cette préférence ne lie l'État. Dans un cas comme dans l'autre, l'État n'est tenu qu'à la réalisation effective du résultat demandé par l'obligation.

27. Prenons donc le cas d'une obligation internationale qui permet à l'État d'atteindre le résultat visé par la

---

[48] Pour référence, v. ci-dessus note 40.

[49] En outre, comme on l'a noté *supra* à la note 44, le pacte contient à l'article 41, par. 1, al. *c*, une prévision générale de l'épuisement des recours internes comme condition pour que le Comité des droits de l'homme puisse examiner « des communications dans lesquelles un État partie prétend qu'un autre État partie ne s'acquitte pas de ses obligations au titre du présent Pacte ». Or, n'importe quel recours interne peut faire en sorte qu'une arrestation ou détention arbitraire cesse et que le préjudice qui en a découlé soit réparé, mais ne peut certes pas faire en sorte que l'arrestation ou la détention arbitraires n'aient pas eu lieu. La réparation du préjudice causé n'est évidemment qu'un résultat de rechange, réalisé en lieu et place du résultat principal d'empêcher des arrestations ou détentions arbitraires.

Une fois de plus, il y a lieu de mettre en évidence la différence entre une obligation comme celle à laquelle nous nous référons et une autre obligation, apparemment semblable, comme celle de l'article 29 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, qui établit que « La personne de l'agent diplomatique est inviolable. Il ne peut être soumis à aucune forme d'arrestation ou de détention ». Il est évident que la lettre et l'esprit de cette disposition interdisent d'admettre que l'État puisse se considérer comme en règle avec son obligation au cas où il offrirait la réparation de l'arrestation ou de la détention d'un agent diplomatique. Comme nous l'avons souligné à plusieurs reprises, l'obligation qui subsiste à l'égard de l'agent diplomatique étranger revient à exiger de l'État l'adoption d'un comportement d'omission spécifiquement déterminé, et pas seulement la réalisation d'un certain résultat — et encore moins la réalisation éventuelle d'un résultat de rechange comme la réparation du préjudice causé au diplomate par une arrestation ou une détention.

[50] Permissivité qui fait précisément que l'obligation se range au nombre de celles qui exigent de l'État qu'il assure un résultat donné, et non pas de celles qui demandent qu'il adopte un comportement spécifiquement déterminé.

voie qu'il préfère, c'est-à-dire soit en promulguant à cette fin une loi, soit en passant un acte ou en établissant des prescriptions de nature administrative, soit en se basant sur une pratique établie ou en en promouvant une nouvelle, soit encore par d'autres voies. Il semble couler de source que, lorsqu'une obligation internationale se caractérise par un tel mode d'être, sa violation ne peut en aucun cas résider dans le choix fait par l'État du moyen qu'il entend utiliser; elle ne peut être constituée que par le fait que l'État n'est pas parvenu à assurer concrètement le résultat internationalement visé, et ceci ni par l'une ni par l'autre des voies dont il disposait pour y parvenir. Cette conclusion logiquement évidente peut s'articuler en les quatre éléments suivants :

a) Là où, par la voie qu'il a choisie, l'État est concrètement parvenu à obtenir le résultat internationalement désiré, personne ne pourra prétendre qu'il a commis une violation de l'obligation du fait que son comportement s'est traduit par l'adoption d'une mesure plutôt que d'une autre, ou même du fait qu'il est parvenu au but recherché sans avoir adopté de mesure particulière à cette fin;

b) Tant que l'on ne peut pas constater *in concreto* que l'État a failli à sa tâche en ce qui concerne le résultat requis de lui par une obligation internationale, le fait qu'il n'ait pas pris la mesure qui, *in abstracto*, aurait paru la plus propre à produire ce résultat n'est pas suffisant à lui seul pour accuser cet État de violation de l'obligation en question;

c) Tant que l'on n'est pas en présence d'un manquement concret à l'obtention du résultat exigé, la même conclusion s'impose pour le cas où l'État aurait pris une mesure susceptible de faire en principe obstacle à la réalisation dudit résultat, mais n'ayant pas créé elle-même une situation concrète en opposition avec ce résultat;

d) Là où, par contre, il est à constater que la situation concrètement créée par l'État, que ce soit par l'une ou par l'autre des voies entre lesquelles il avait le choix, est en opposition avec le résultat requis de lui par une obligation internationale à sa charge, l'État ne pourra évidemment pas prétendre être quitte avec son obligation en invoquant, par exemple, le fait qu'il aurait quand même adopté des mesures par lesquelles il pouvait espérer atteindre le résultat exigé.

28. La conclusion que nous venons d'énoncer et ses divers éléments s'imposent d'eux-mêmes sur le plan de la logique et du bon sens : ils résultent de toute évidence du fait que, dans les cas traités ce n'est que le résultat concrètement réalisé qui compte, et une confrontation entre ce résultat et celui que l'État aurait dû assurer est le seul critère pour établir si l'obligation a été enfreinte ou non. Toutefois, il convient de faire ressortir que cette même conclusion et ses éléments trouvent tous pleine confirmation dans l'analyse de la pratique des États, de la jurisprudence internationale et des opinions exprimées dans les ouvrages scientifiques.

29. A la section 5, nous avons noté que la différence quant au mode de réalisation de la violation d'une obligation internationale suivant que celle-ci requiert de l'État l'adoption d'un comportement spécifiquement déterminé ou bien ne fait qu'exiger de lui qu'il assure, par un comportement de son choix, un résultat donné a été clairement mise en évidence dans la pratique des États lors de l'examen de la possibilité de conclure à la violation d'une obligation internationale par l'exercice ou le non-exercice d'une activité législative. Certains États qui, comme la Suisse [51] et la Pologne [52], se sont prononcés à ce sujet dans leurs réponses au point III, nº 1, de la demande d'informations du Comité préparatoire de la Conférence de codification de 1930 ont fait précisément ressortir que dans le deuxième cas, à leur avis beaucoup plus fréquent que le premier, l'adoption ou la non-adoption d'une loi d'un contenu déterminé n'entre en ligne de compte que comme un moyen parmi d'autres de réalisation d'un résultat, qui lui seul est décisif.

Une prise de position analogue se note dans la lettre envoyée le 18 octobre 1929 par le Directeur général du BIT, M. Albert Thomas, au Gouvernement de l'État libre d'Irlande en réponse à la question posée par ce gouvernement quant à la possibilité de remplir les prescriptions de la convention sur le repos hebdomadaire par la pratique existante dans le pays. Tout en rappelant que la méthode la plus ordinairement appliquée pour assurer d'une manière effective l'application de la convention était bien l'adoption à cet effet de mesures législatives, la lettre du Directeur général du BIT faisait ressortir que l'État était libre de suivre la méthode qui, dans son cas particulier, lui paraissait la plus appropriée, à la seule condition qu'une telle méthode assure concrètement le résultat d'une application effective des prescriptions de la convention [53].

[51] Comme on l'a rappelé ci-dessus au paragraphe 8, le Gouvernement suisse soulignait la nécessité de nuancer la réponse par rapport à la question de savoir si la responsabilité internationale se trouve engagée au cas où « l'État néglige d'adopter les dispositions législatives nécessaires à l'exécution » de ses obligations. Il ne répondait par l'affirmative que par rapport à l'hypothèse où un accord international obligerait expressément les parties à prendre des mesures législatives déterminées. Dans les autre cas, observait-il, « ce n'est pas le fait de ne pas édicter une loi qui engage la responsabilité d'un État, mais bien le fait que cet État n'est pas en mesure de satisfaire, par quelque moyen que ce soit, à ses obligations internationales ».

[52] Le Gouvernement polonais distinguait dans sa réponse le cas exceptionnel et rare où l'État aurait « pris l'engagement international de voter des prescriptions concrètes dans un délai déterminé » de « tous les autres cas ». Dans le premier cas seulement, indiquait-il, « le fait que ces dispositions n'ont pas été votées dans ce délai constitue un délit », tandis que dans les autres « la négligence même de ne pas avoir voté les prescriptions n'entraîne pas la responsabilité internationale ». (SDN, *Bases de discussion... [op. cit.]*, p. 28 et 29.)

[53] Aux termes de la lettre d'A. Thomas, « La convention laisse une latitude considérable aux gouvernements qui la ratifient [...]. Un gouvernement est donc libre d'appliquer en vertu de la convention tout système qui rencontre son approbation, et la pratique existant dans l'État libre d'Irlande répondrait sans aucun doute aux exigences de la convention, [...] il appartient au gouvernement qui a contracté une obligation internationale en adhérant à la convention d'apprécier les mesures qui, à son avis, peuvent assurer une application effective de la convention [...]. La méthode qui a été adoptée le plus ordinairement est l'adoption d'une législation rendant le repos hebdomadaire obligatoire dans les établissements industriels [...]. Il pourrait cependant suffire qu'une législation soit adoptée, laquelle se bornerait à donner force de loi à la pratique existante [...]. Il appartient

(Suite de la note page suivante.)

On trouve donc dans ces différentes manifestations d'opinion la confirmation expresse du bien-fondé de la conclusion énoncée ci-dessus [54] et de son premier élément, en vertu duquel si, dans un cas donné, le résultat internationalement voulu est assuré par l'État, peu importe alors le fait que ce dernier y soit parvenu par l'adoption d'une loi ou par quelque autre moyen que ce soit.

30. Les réponses citées à la demande d'informations du Comité préparatoire de la Conférence de codification de 1930 fournissent aussi une confirmation du deuxième des éléments de la conclusion déjà mentionnée [55] — strictement lié, d'ailleurs, au premier d'entre eux. C'est, rappelons-le, celui qui veut que, aussi longtemps que l'État n'a pas manqué d'assurer *in concreto* le résultat requis de lui par une obligation internationale, le fait de ne pas avoir pris à cet effet une mesure déterminée (notamment de ne pas avoir adopté une loi) ne peut pas lui être reproché comme une violation de cette obligation.

Dans la suite de la réponse du Gouvernement suisse à la demande d'informations du Comité préparatoire, on lit en effet :

[...] même en l'absence d'une loi permettant à un État d'assurer sans plus l'exécution de ses obligations, on ne se trouvera pas en présence d'un fait ou d'un acte contraire au droit des gens aussi longtemps qu'il ne se serait produit de circonstances portant atteinte aux droits d'autres États [56].

Et dans la suite de la réponse du Gouvernement polonais, il est dit que la responsabilité

n'existe que lors du refus par les autorités ou les tribunaux d'un État donné de réaliser les droits découlant de ses engagements internationaux, faute de prescription intérieure respective. Jusqu'à ce moment, la preuve manque que la promulgation de ces prescriptions est indispensable, que, par exemple, les autorités et les tribunaux rendront les jugements incompatibles avec les engagements internationaux de l'État; il doit être laissé à la décision de l'État même si la promulgation d'une loi spéciale, d'un décret ou d'une circulaire est nécessaire [57].

31. En ce qui concerne les idées consignées dans les ouvrages scientifiques, on note également que celles-ci sont en accord avec la conclusion de base énoncée au paragraphe 27, et notamment avec ses deux premiers éléments — appuyés, comme nous venons de le voir, par des manifestations officielles des opinions des États. Les auteurs de ces ouvrages ont aussi concentré leur attention, comme il était normal, sur le problème tel qu'il se présente à propos de l'exercice ou du non-exercice d'une activité législative. Ils soutiennent avec beaucoup de fermeté qu'à leur avis aucun État ayant concrètement assuré le résultat requis de lui par une obligation internationale ne peut se voir reprocher la violation de cette obligation du fait d'être parvenu à ce résultat sans recourir à cette fin à l'adoption d'une loi, et que, plus en général, le manquement à l'exercice d'une activité législative n'est pas en soi suffisant pour conclure à une violation de l'obligation tant que l'on ne peut affirmer que l'État ait concrètement failli d'assurer le résultat en question. Ces principes ressortaient déjà clairement des considérations de Heinrich Triepel [58]; ils ont trouvé une formulation explicite dans les écrits de Charles de Visscher [59] et d'Eduardo

(Suite de la note 53.)

donc au gouvernement de l'État libre d'apprécier la méthode qui lui paraît le mieux s'adapter au cas particulier. L'une ou l'autre aurait pour effet [...] d'assurer une application effective de la convention. » (BIT, *Bulletin officiel*, vol. XIV, n° 3, 31 décembre 1929, p. 131 et 132.) Voir aussi *Le Code international du Travail, 1951 (op. cit.)*, p. 302, note 464.

[54] Paragraphe 27.

[55] *Ibid.*, al. *b*.

[56] Autrement dit, aussi longtemps que l'État n'aurait pas concrètement abouti à un résultat en contradiction avec celui qui est internationalement requis de lui (SDN, *Bases de discussion...* [*op. cit.*], p. 29).

[57] *Ibid.* La réponse du gouvernement britannique donnait des exemples d'obligations pour l'exécution desquelles l'adoption de mesures législatives constituait le moyen approprié et, vraisemblablement, indispensable. Mais elle faisait clairement ressortir que, vu le mode d'être de ces obligations, qui ne requéraient que la réalisation d'un résultat, la non-adoption des mesures législatives en question n'était pas à considérer en tant que telle comme une violation desdites obligations. La violation ne serait à constater que si, vraisemblablement à cause du manque des dispositions de loi opportunes, l'État se révélait concrètement comme n'étant pas en mesure de réaliser le résultat voulu par son obligation.

[58] *Op. cit.*, p. 299. Se référant à sa distinction entre le droit interne « immédiatement ordonné » et le droit interne « internationalement indispensable », Triepel observait que ce dernier « est bien créé en considération d'un devoir international, mais d'un devoir qui en lui-même conduit à quelque chose d'autre qu'à la formation de cette règle juridique. L'État établit ici le droit, parce que, sans cela, il ne serait pas, *d'après le droit interne*, en situation de remplir un devoir international, par exemple un devoir de punir [...]. Ce n'est donc pas le *droit international* qui conduit le *législateur à agir*, c'est le droit *interne*. Dans le droit immédiatement ordonné, l'acte ordonné à l'État par le droit international consistait à créer du droit; ici, l'État se met en situation, eu égard à *son propre* droit, et par le nouveau droit, d'accomplir un acte ordonné par le droit international. Tout à l'heure, le fait de ne pas légiférer ou d'abroger la loi était déjà, en soi, contraire au droit; ici, la violation du droit résulte du fait que l'État n'a pas accompli l'acte que la loi l'autorise à faire ou qu'il a accompli l'acte que la loi l'autorise à ne pas faire. »

[59] *Loc. cit.*, p. 97. « Il peut arriver, écrit le savant internationaliste, [...] que la responsabilité d'un État se trouve engagée [...] par l'omission du pouvoir législatif de voter une loi devenue indispensable à l'observation effective des obligations internationales de l'État. Voici, par exemple, un traité d'établissement qui a garanti à des étrangers un traitement spécialement favorable dans un pays déterminé. Ce pays peut être obligé d'introduire dans son droit interne certaines dispositions législatives destinées à assurer l'exécution de ses engagements internationaux. Il convient toutefois d'apporter ici une précision : la seule chose qui importe du point de vue international, c'est que l'obligation qui incombe à l'État reçoive une exécution effective; il est, par contre, absolument indifférent que ce but soit atteint par le vote d'une loi, par l'émission d'un décret ou par tout autre procédé autorisé par le droit public interne; peu importe aux États étrangers le choix des moyens par lesquels leur cocontractant se met en mesure d'exécuter ses obligations internationales : le droit international ne considère ici que le résultat à atteindre. Ainsi donc, à bien voir les choses, la responsabilité d'un État est engagée le plus souvent non pas précisément parce qu'il s'est obligé envers un autre État à faire voter une loi, mais parce que dans les conditions établies par le droit interne le recours à l'action législative peut être l'unique moyen pour l'État d'imposer à ses organes, fonctionnaires et agents, une ligne de conduite conforme à ses obligations internationales. Il n'en serait autrement que dans les cas plutôt exceptionnels où un État se serait expressément engagé par traité à faire sanctionner par sa législature une réforme déterminée. »

Jiménez de Aréchaga [60]. Certains auteurs ont mis explicitement en évidence que lesdits principes ne sont que la conséquence nécessaire de la distinction entre les obligations requérant de l'État l'adoption d'un comportement spécifiquement déterminé et celles qui n'exigent de lui que l'obtention d'un résultat [61].

32. L'acceptation du troisième des éléments de la conclusion formulée sur la base du mode d'être caractéristique des obligations qui laissent à l'État le libre choix des moyens pour atteindre le résultat requis [62] peut à première vue soulever des problèmes. On peut se demander s'il est bien évident que l'adoption d'une mesure, et tout spécialement d'une loi, qui semblerait faire obstacle à la réalisation du résultat internationalement visé n'est pas en soi suffisante pour décider qu'il y a eu violation de l'obligation internationale. Pourtant, nulle hésitation ne se justifie : la logique veut que, quelle que soit la mesure prise, on ne puisse parler de violation d'une obligation exigeant d'assurer concrètement un résultat donné que lorsqu'on constate de fait que ce résultat n'a pas été obtenu, et non pas quand on a simplement relevé un obstacle surgi sur le chemin de cette obtention. Les difficultés éprouvées par certains auteurs nous paraissent en réalité dues au fait qu'ils n'ont pas eu présente à l'esprit la distinction à établir entre les différents types d'obligations et qu'ils se sont posé indistinctement, par rapport à l'ensemble, la question de savoir si la promulgation d'une loi « contraire au droit international » représente déjà la violation par l'État de son obligation, ou bien si cette violation se produit seulement par la suite, lors de l'application pratique de la loi. Il est alors logique que ceux d'entre ces auteurs qui avaient surtout en tête les obligations requérant spécifiquement de l'État l'adoption ou la non-adoption d'une certaine loi aboutissent naturellement à la conclusion que la violation se produit au moment de la promulgation de la loi [63] et que, par contre, ceux qui avaient plutôt à l'esprit les obligations qui n'exigent que la réalisation d'un résultat concret en aient conclu que la violation n'a lieu qu'au moment de l'application de la loi à des cas concrets [64]. Cependant, la majorité des auteurs ont bien senti la nécessité de faire une distinction entre différentes situations, et ont soutenu que l'une et l'autre des deux conclusions pouvaient se justifier en fonction du contenu de l'obligation [65] ou des circonstances du cas d'espèce [66]. Cela dit, les critères fournis de part et d'autre pour établir concrètement dans quels cas le seul fait d'avoir passé une loi d'un contenu déterminé constituait la violation d'une obligation internationale et dans quels autres la conclusion opposée s'imposait varient et ne semblent pas toujours pertinents [67]. Ce sont sans aucun doute les auteurs qui ont basé la solution du problème sur la distinction entre violation d'obligations dites « de comportement » et violation d'obligations dites « de résultat » qui ont donné le critère valable pour répondre à la question qui nous préoccupe [68].

33. De l'avis du Rapporteur spécial, le critère de différenciation prôné par ces auteurs n'est pas seulement le mieux fondé en logique : il permet aussi l'interprétation la plus plausible de la pratique des États et de la jurisprudence internationale. En ce qui concerne la pratique, il faut dire, en effet, qu'elle n'abonde pas en prises de position explicites sur la question à l'étude. Les réponses des gouvernements au point III, nº 1, de la demande d'informations du Comité préparatoire de la Conférence de 1930 ne purent qu'être influencées, sur ce point, par la manière quelque peu superficielle dont la question était rédigée. Bien des pays se bornèrent à répondre par l'affirmative, sans fournir de précisions quant à la portée de l'accord ainsi exprimé. Cependant, nous pensons qu'il serait tout à fait erroné de croire que par de telles réponses

[60] E. Jiménez de Aréchaga, « International responsibility », *Manual of Public International Law*, éd. par Sorensen, Londres, Macmillan, 1968, p. 545 :

« Le fait de ne pas promulguer une législation n'emporte responsabilité internationale que dans les cas où il a été stipulé que la promulgation d'une loi d'un contenu déterminé était le seul moyen d'exécuter une obligation découlant d'un traité. Dans les autres cas où une obligation déterminée peut être exécutée soit par l'adoption d'une loi soit par d'autres moyens, la responsabilité naît de la non-exécution de l'obligation, qu'elle soit due à l'absence de législation ou à toute autre déficience des mécanismes de l'État. » [Tr. du Secrétariat.]

[61] Voir notamment Bilge, *op. cit.*, p. 103 et 104; et Vitta, *op. cit.*, p. 95 et suiv.

[62] Voir ci-dessus par. 27, al. *c*.

[63] C'est p. ex. le cas de U. Scheuner, qui cependant atténue cette affirmation par les mots « en règle générale » (« L'influence du droit interne sur la formation du droit international », *Recueil des cours..., 1939-II*, Paris, Sirey, 1947, t. 68, p. 121 et suiv.).

[64] Voir L. Kopelmanas, « Du conflit entre le traité international et la loi interne », *Revue de droit international et de législation comparée*, Bruxelles, 3e série, t. XVIII, nº 1, 1937, p. 118 et 122; G. Ténékidès, « Responsabilité internationale », *Répertoire de droit international*, Paris, Dalloz, 1969, vol. II, p. 787.

[65] B. Cheng, par exemple, remarque que la réponse à la question posée ici « dépend de ce qui est en fait interdit par la règle de droit international en question et du point de savoir si la législation nationale viole réellement cette règle ou permet seulement à quelque autre organe de l'État de la violer » [tr. du Secrétariat] (*General Principles of Law as applied by International Courts and Tribunals*, Londres, Stevens, 1953, p. 174 et 175).

[66] C'est le cas de Schwarzenberger, *International Law*, 3e éd., Londres, Stevens, 1957, vol, I, p. 614 et 615.

[67] Certains auteurs distinguent suivant que la loi est susceptible d'application directe ou qu'elle a besoin à cette fin d'un règlement d'exécution (p. ex. P. Guggenheim, *Traité de droit international public*, Genève, Georg, 1954, t. II, p. 7 et 8). D'autres basent la distinction sur le fait que la législation « viole directement des droits ou des règles existants », comme dans le cas d'un annulement illicite d'une concession attribuée à une compagnie étrangère, ou bien qu'elle ne produise des effets illicites que lors d'une « implementation *in concreto* », telle une loi qui fixe des directives en vue de futures nationalisations (v. J. H. W. Verzijl, *International Law in Historical Perspective*, Leyde, Sijthoff, 1973, vol. VI, p. 621 et 622, 641 et 642). D'autres encore soulignent que, dans le cas d'un dommage dirigé contre un État, la seule promulgation de la loi peut suffire, tandis que lors d'un dommage à des particuliers étrangers la responsabilité naîtrait en général au moment de son application (E. Jiménez de Aréchaga, *loc. cit.*, p. 547 et 548; I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 2e éd., Londres, Oxford University Press, 1973, p. 435 et 436).

[68] Ceux qui l'ont fait sont notamment les auteurs qui ont consacré des études monographiques à la question de la responsabilité des États pour les faits des organes législatifs. Voir Bilge, *op. cit.*, p. 101 et suiv.; et Vitta, *op. cit.*, p. 89 et suiv. Voir aussi A. P. Sereni, *op. cit.*, p. 1538 et 1539; et A. Favre, *Principes du droit des gens*, Paris, Librairie de droit et de jurisprudence, 1974, p. 650 et 651.

les gouvernements en question aient entendu manifester la conviction que, en cas d'activité de l'État dans le domaine législatif, sa responsabilité internationale se trouverait déjà et dans tous les cas engagée par la promulgation de la loi. Bien au contraire, la réponse du Gouvernement sud-africain, par exemple [69], montre que ce gouvernement a pris la demande qui lui était adressée comme se référant à l'application, et non à la promulgation, de la loi. Deux autres Gouvernements, celui de la Grande-Bretagne et celui de la Suisse, ont explicitement déclaré qu'à leur avis il ne serait pas permis de conclure sans autre à la violation d'une obligation internationale du seul fait de l'adoption d'une mesure, telle la promulgation d'une loi, faisant obstacle à l'exécution de l'obligation. « *Ce n'est pas d'adoption, mais l'application de la législation ainsi adoptée, qui engage la responsabilité de l'État* *, a affirmé le premier de ces deux gouvernements [70], et le deuxième a soutenu que « en thèse générale, [...] *ce n'est pas aux lois comme telles qu'il convient de s'attacher pour rechercher et établir la responsabilité internationale* *, mais aux faits dérivant de ces lois, qui affectent les droits d'autres États [71] ». Ajoutons que l'opinion manifestée par les Gouvernements britannique et suisse n'avait trait, comme la demande à laquelle ils répondaient, qu'à la responsabilité pour la violation d'obligations relatives au traitement de particuliers étrangers, obligations qui ne sont en fait que des obligations requérant exclusivement la réalisation d'un résultat. Si leurs réponses avaient concerné la violation d'obligations relatives à n'importe quel domaine en général, elles auraient sans doute été plus nuancées. Les deux gouvernements auraient vraisemblablement estimé nécessaire de différencier les cas où l'adoption d'une loi constitue le « comportement spécifique » représentant en soi l'exécution ou la violation d'une obligation internationale et les cas, plus fréquents, où l'adoption d'une loi n'est que l'une des voies que l'État peut suivre pour parvenir au résultat concret qui constitue le véritable objet de l'obligation internationale [72]. Il nous paraît probable que d'autres gouvernements, s'ils s'étaient exprimés d'une manière plus détaillée, auraient souscrit aux idées des Gouvernements de la Grande-Bretagne et de la Suisse. On peut donc admettre que les travaux de codification entrepris par la SDN en 1929 et 1930 ne fournissent pas d'éléments suffisants pour établir de façon sûre quelle était alors, d'après la conviction des États, la bonne solution du problème à l'examen. Il faut néanmoins reconnaître que ce qui ressort de ces travaux n'est certainement pas incompatible avec la conclusion qui veut que, lorsqu'une obligation internationale ne vise qu'à la réalisation par l'État d'un résultat concret, on ne puisse pas conclure à la violation de cette obligation du seul fait que l'État ait promulgué une loi susceptible de faire obstacle à la réalisation du résultat visé.

34. Quand on passe à l'analyse des positions prises par les gouvernements dans des cas concrets, il est intéressant de noter celles des États-Unis d'Amérique et de la Grande-Bretagne dans la controverse qui s'éleva entre les deux pays en 1912-1913 à propos des *droits de passage dans le canal de Panama*. En 1912, le Congrès des États-Unis passa une loi réglant les droits de passage dans le canal et s'inspirant de critères que la Grande-Bretagne estima incompatibles avec la disposition de l'article III, par. 1, du Traité Hay-Pauncefote, du 18 novembre 1901, qui prévoyait l'égalité de traitement pour le pavillon de toutes les nations parties au traité, sans discrimination aucune [73]. Se prévalant, donc, de l'article 1er du Traité d'arbitrage de 1908, le Gouvernement de Londres proposa de soumettre la question à l'arbitrage. Le Gouvernement américain n'entra pas en discussion sur le fond de la question, mais s'opposa à la proposition britannique en observant :

> Si la Grande-Bretagne se plaint de ce que la loi et sa promulgation auront pour effet de soumettre en fait les navires britanniques à un traitement inégal ou à des droits de passage injustes et inéquitables en violation des clauses du Traité Hay-Pauncefote, la question se posera alors de savoir si les États-Unis sont tenus en vertu du Traité de tenir compte et de percevoir des droits de passage sur les navires américains, et, si, en vertu des obligations qui découlent de ce traité, les navires britanniques ont droit au même traitement à tous égards que les navires des États-Unis. Tant que ces objections ne seront pas fondées sur quelque chose de plus substantiel qu'une simple possibilité, il ne paraît pas qu'elles doivent être soumises à l'arbitrage [74].

Le Gouvernement britannique exprima un avis différent, dans les termes suivants :

> Le droit ou l'usage international ne confirme pas la thèse selon laquelle l'adoption d'une loi qui porte atteinte à un droit découlant d'un traité n'autorise pas à se plaindre de la violation de ce droit, et qu'une nation qui soutient que les droits qu'elle possède en vertu d'un traité ont été ainsi violés ou mis en question par un refus de les reconnaître doit, avant de protester et de chercher un moyen d'obtenir une décision sur le point en litige,

[69] Voir SDN, *Bases de discussion...(op. cit)*, p. 25. Le Gouvernement sud-africain indiquait que la responsabilité de l'État était engagée lorsque celui-ci « *applique** des dispositions législatives incompatibles soit avec les dispositions d'un traité conclu avec un autre État soit avec ses autres obligations internationales ».

[70] *Ibid.*, p. 27.

[71] *Ibid.*, p. 29.

[72] Le fait que le Comité préparatoire ait proposé comme « base de discussion », en vertu des réponses reçues, un texte où l'on affirme que « la responsabilité de l'État se trouve engagée si le dommage subi par un étranger résulte [...] du fait que l'État a adopté des dispositions législatives incompatibles avec les obligations internationales existant à sa charge » (base n° 2) [*ibid.*, p. 30, et *Annuaire... 1956*, vol. II, p. 223, doc. A/CN.4/96, annexe 2] ne prouve donc pas que d'après le Comité la responsabilité naîtrait toujours de la simple promulgation des dispositions législatives « incompatibles ». La même remarque vaut pour l'article 6, adopté en première lecture par la Troisième Commission de la Conférence, qui reprenait la formule de la base n° 2.

[73] Le paragraphe en question était ainsi rédigé :

« Le canal sera libre et ouvert aux navires de commerce et de guerre de toutes les nations observant ces Règles, sur des termes d'entière égalité, de telle sorte qu'il n'y aura aucune distinction entre ces nations, ou leurs citoyens ou sujets, à l'égard des conditions ou charges du trafic, ou autrement. Les conditions et charges du trafic seront justes et équitables. » (Baron Descamps et L. Renault, *Recueil international des traités du XXe siècle*, année 1901, Paris, Rousseau, p. 136 et 137.)

[74] Instructions de M. Knox, secrétaire d'État, au Chargé d'affaires des États-Unis à Londres, en date du 17 janvier 1913 (Hackworth, *op. cit.*, 1943, vol. VI, p. 59). [Tr. du Secrétariat].

attendre que soient intervenus d'autres actes de violation caractérisée de ces droits — ce qui, dans le cas présent, d'après votre thèse, semblerait signifier attendre qu'il ait été effectivement perçu sur les navires britanniques des droits de passage dont les navires appartenant à des ressortissants des États-Unis sont exemptés.

[...] en déclarant qu'aucun droit de passage ne devait être perçu sur les navires se livrant au cabotage le long des côtes des États-Unis et en établissant une distinction entre les navires des ressortissants des États-Unis et les autres navires lorsqu'elle a en outre chargé le Président de fixer ces droits de passage dans certaines limites, la loi votée par le Congrès était en elle-même, indépendamment de toute mesure qui peut être prise pour l'appliquer, incompatible avec les dispositions du Traité Hay-Pauncefote, qui prévoyait l'égalité de traitement pour tous les navires de toutes les nations [75].

Il n'y eut finalement pas d'arbitrage dans cette affaire, les États-Unis ayant accepté de modifier la loi qui avait donné lieu à cet échange de notes. Mais il est quand même intéressant de s'arrêter sur les positions prises par les deux gouvernements. La thèse américaine correspondait tout à fait, du point de vue formel du moins, au critère général qui nous semble s'imposer en la matière : celui qui veut qu'on ne puisse pas conclure à la violation d'une obligation requérant d'un État d'assurer *in concreto* un résultat donné du fait que l'État a pris une mesure, législative ou autre, qui n'est pas encore la création d'une situation concrète non conforme au résultat désiré, même si une telle mesure met un obstacle à la réalisation dudit résultat. La thèse britannique, par contre, semblait contredire ce critère. On peut cependant observer que la mesure prise par le Gouvernement américain dans le cas d'espèce ne revenait pas à prévoir l'imposition à la charge des navires britanniques de droits de passage plus élevés que ceux qui étaient réservés aux navires américains, mais à exempter ces derniers des droits qui continuaient d'être exigés des navires des autres nations. On pouvait donc soutenir avec quelque fondement que la situation qui en résultait pour les navires britanniques était déjà une situation *in concreto* discriminatoire, illicite d'après le Traité, ce qui explique l'empressement du président Wilson à faire modifier ladite situation par la loi de 1914. D'autre part, comme le remarque le commentaire de McNair à la note britannique :

[...] la note britannique n'allait pas jusqu'à prétendre qu'il y avait déjà eu violation du traité, et [...] les paragraphes suivants constituent plutôt l'affirmation d'un droit, *quia timet*, à protester et à demander l'arbitrage [76].

La protestation britannique et sa proposition en vue d'un arbitrage paraissaient en effet avoir pour but d'éviter qu'un fait internationalement illicite ne se produise plutôt que de faire valoir les conséquences d'un fait illicite déjà réalisé [77]. D'ailleurs, on a déjà pu constater qu'en 1929 le Gouvernement britannique devait carrément se rallier au principe d'après lequel ce n'était pas les lois comme telles qui donnent naissance à la responsabilité de l'État, mais les faits dérivant de ces lois [78].

35. En ce qui concerne la jurisprudence internationale, on peut rappeler que la Commission générale des réclamations États-Unis d'Amérique/Panama créée par la Convention du 28 juillet 1926 a directement pris en considération, dans sa décision du 27 juin 1933 concernant l'*Affaire de la Mariposa Development Company*, le problème qui nous préoccupe. On y lit :

La Commission n'affirme pas qu'un pays ne pourrait pas adopter une législation d'un caractère tel que sa simple promulgation réduirait à néant la qualité marchande des biens privés, leur ôterait toute valeur et donnerait lieu immédiatement à des réclamations internationales, mais elle est d'avis qu'ordinairement, et c'est le cas en l'occurrence, il faut considérer qu'une réclamation pour expropriation n'est justifiée que lorsqu'il y a atteinte effective à la propriété, et non lorsque est adoptée la législation qui rend possible la confiscation ultérieure de biens.

Le sens commun indique que la simple adoption d'une loi en vertu de laquelle des particuliers peuvent être expropriés ultérieurement sans indemnisation par des mesures judiciaires ou administratives ne devrait pas donner lieu immédiatement à des réclamations internationales au nom de tous les étrangers qui possèdent des biens dans le pays. Il devrait y avoir un *locus penitentiae* : des représentations devraient pouvoir être faites par la voie diplomatique, et l'exécutif devrait pouvoir faire preuve de tolérance, et il ne devrait y avoir de réclamation que lorsqu'il y a confiscation effective [79].

Le critère adopté par la Commission États-Unis/Panama coïncide donc parfaitement avec celui qui est formulé sous *c* parmi les différents éléments de la conclusion énoncée au paragraphe 27 ci-dessus. Dans le cas soumis à cette commission, le résultat visé était clairement le respect de la propriété de ressortissants étrangers. Or, d'après la Commission, un tel résultat ne pouvait pas déjà être considéré comme manqué du seul fait de l'adoption d'une loi permettant qu'à l'avenir des confiscations de biens d'étrangers aient lieu («lorsque est adoptée la législation qui rend possible la confiscation ultérieure de biens »). On ne pourrait parler de résultat manqué — et encore sous réserve de l'existence de possibilités ultérieures de réalisation de ce résultat, point qui sera spécifiquement traité ultérieurement —, de violation de l'obligation, que s'il se produisait une atteinte effective à la propriété d'un étranger (« lorsqu'il y a atteinte effective à la propriété »). Comme la Commission États-Unis/Panama le fit remarquer, le seul cas où, sous un autre aspect, le résultat requis pourrait-être considéré comme manqué dès l'adoption de la loi autorisant l'expropriation serait celui où, du fait de l'adoption de cette loi, la valeur commerciale des biens de l'étranger se trouverait gravement touchée [80]. Sinon, il y aura violation, à son avis, lorsque l'étranger sera privé *in concreto* de sa propriété, et non pas lors-

[75] Note de l'Ambassadeur de Grande-Bretagne à Washington à M. Knox, secrétaire d'État américain, en date du 28 février 1913 (A. D. McNair, *The Law of Treaties*, 2e éd., Oxford, Clarendon Press, 1961, p. 548 et 549). [Tr. du Secrétariat.]

[76] *Ibid.*, p. 548 [Tr. du Secrétariat].

[77] Une note de protestation et une proposition de faire constater l'existence d'un droit par une instance objective peuvent très bien se justifier en tant que moyen de prévention d'un fait internationalement illicite. Voir Schwarzenberger, *op. cit.*, p. 614; Vitta, *op. cit.*, p. 95; Favre, *op. cit.*, p. 651.

[78] Voir ci-dessus par. 33.

[79] Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VI (publication des Nations Unies, numéro de vente : 1955. V. 3), p. 340 et 341. [Tr. du Secrétariat.]

[80] Sur ce point, voir Reuter, *loc. cit.*, p. 95 et 96.

qu'on n'aura fait autre chose que prendre une mesure rendant *in abstracto* possible une telle privation.

36. Dans d'autres décisions judiciaires internationales, l'acceptation du principe auquel nous nous référons est sinon faite *expressis verbis*, du moins implicite. Il en est ainsi, par exemple, là où la CPJI, appelée à se prononcer sur le problème de savoir si une loi déterminée constituait ou non la violation d'une obligation internationale — une obligation, précisons-le, rentrant dans la catégorie de celles qui ne visent qu'à la réalisation par l'État d'un résultat donné, et non pas de celles qui exigent l'adoption d'un comportement spécifiquement déterminé —, s'est référée à l'*application* de cette loi, et non pas à son *adoption*. Dans son arrêt très fameux du 25 mai 1926 sur l'*Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise (fond)*, la Cour a affirmé :

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. [...] 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 [81].

La Cour européenne des droits de l'homme, de son côté, paraît souscrire au même critère là où, comme dans son arrêt sur l'*Affaire De Becker*, du 27 mars 1962, elle déclare :

[...] la Cour n'est point appelée, en vertu des articles 19 et 25 de la Convention, à statuer sur un problème abstrait touchant la compatibilité de cette loi avec les dispositions de la Convention, mais sur *le cas concret de l'application* * d'une telle loi à l'égard du requérant et dans la mesure où celui-ci se trouverait, de ce fait, lésé dans l'exercice de l'un des droits garantis par la Convention [...] [82].

Enfin, on peut noter aussi des prises de position très semblables dans une série de décisions de la Commission européenne des droits de l'homme [83].

37. Nous pouvons donc résumer ce qui ressort de notre analyse en prenant acte que les auteurs d'ouvrages scientifiques, la pratique des États et la jurisprudence internationale confirment conjointement ce que nous avons d'abord logiquement déduit du mode d'être typique des obligations requérant de l'État la réalisation concrète d'un résultat. Le fait que l'État tenu par une obligation de ce type ait pris une mesure, et notamment qu'il ait adopté une loi constituant *in abstracto* un obstacle à la réalisation du résultat requis, n'est pas encore une violation en soi, ni même une ébauche de violation de l'obligation en question [84]. Il n'y aura violation que si l'on devait constater que l'État a failli *in concreto* d'assurer ledit résultat.

38. On se référera, pour en terminer, au quatrième des éléments de la conclusion qui s'impose en ce qui concerne la détermination de l'existence de la violation d'une obligation requérant de l'État non pas l'adoption d'un comportement spécifiquement déterminé, mais la réalisation *in concreto* d'un résultat [85]. C'est celui qui veut que l'État ayant failli d'assurer le résultat requis ne puisse pas échapper au reproche de ne pas avoir rempli l'obligation internationale qui lui incombait en alléguant le fait d'avoir pourtant adopté des mesures par lesquelles il espérait atteindre le résultat de lui exigé. Ce qui importe, nous l'avons dit et répété, c'est que le résultat concret soit atteint : s'il ne l'est pas, il y a violation, quelles que soient les mesures adoptées par l'État [86]. Nous avons vu, par exemple, que l'article 2, par. 1, de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale [87] dispose que

Les États parties condamnent la discrimination raciale et s'engagent à poursuivre par tous les moyens appropriés et sans retard une politique tendant à éliminer toute forme de discrimination raciale [...].

Or, il va sans dire que si les autorités exécutives d'un État partie au traité commettent en fait des actes de discrimination raciale, l'État n'échappera pas à la conséquence qu'une violation de la convention soit reconnue à sa charge en se retranchant derrière la loi interdisant de tels actes éventuellement passée par lui [88].

---

[81] *C.P.J.I.*, série A, n° 7, p. 19. Dans l'avis consultatif du 4 février 1932 concernant le Traitement des nationaux polonais à Dantzig (*ibid.*, série A/B, n° 44, p. 24), la Cour a également estimé que :

« L'*application** de la Constitution de la Ville libre peut [...] avoir pour résultat la violation d'une obligation juridique internationale de Dantzig. »

[82] *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme, 1962*, La Haye, vol. 5, 1963, p. 335 et 337.

[83] Les décisions sur les requêtes n° 290/57 contre l'Irlande et n° 867/60 contre la Norvège contiennent la déclaration suivante :

« La Commission ne peut examiner la conformité d'une loi nationale avec la Convention que pour autant que cette loi est applicable à une personne physique, une organisation non gouvernementale ou un groupe de particuliers et seulement dans la mesure où *son application aurait entraîné une violation de la Convention** au préjudice de cette personne physique, de cette organisation ou de ce groupe de particuliers [...]. » (*Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme, 1960*, La Haye, vol. 3, 1961, p. 221; *Annuaire de la Convention..., 1961*, La Haye, vol. 4, 1962, p. 277.)

[84] Exception faite, bien entendu, pour des cas comme celui qu'a envisagé la commission de recours dans l'Affaire de la Mariposa Development Company (v. ci-dessus par. 35), où la loi en question créérait elle-même une situation concrète incompatible avec le résultat internationalement requis.

[85] Voir ci-dessus par. 27, al. *d*.

[86] Le résultat à atteindre doit évidemment être celui que l'obligation internationale requiert de l'État, et rien d'autre. Il est utile de le souligner surtout en ce qui concerne la violation éventuelle d'une obligation requérant, par exemple, de l'État d'assurer, par les moyens qu'il estime les plus idoines, une protection adéquate contre certains événements extérieurs. Il est évident que le résultat exigé dans cette hypothèse est que le système de protection soit constitué et qu'il soit rendu opérationnel, non pas que l'événement redouté soit évité en toutes circonstances. Dans une section ultérieure, nous étudierons plus spécialement les faits internationalement illicites dits d'événement et leurs caractéristiques distinctives.

[87] Pour référence, voir ci-dessus note 8.

[88] Il est d'ailleurs à remarquer que, même dans le cas où une obligation impose spécifiquement à l'État d'adopter une loi d'un contenu déterminé, cette obligation s'accompagne le plus souvent d'une obligation d'appliquer ladite loi. Le fait d'avoir édicté la loi prescrite constitue alors l'exécution de la première obligation, mais le fait éventuel de ne pas appliquer en fait une telle loi constitue la violation de la seconde. Voir à ce sujet la prise de position figurant à la fin du passage du rapport de la Commission

Il est d'ailleurs inutile d'insister davantage, car la vérité exprimée par ce dernier élément de la conclusion formulée plus haut [89] (élément qui prend en considération la situation inverse de celle que l'on a précédemment examinée et qui résout le cas d'après les mêmes principes) est l'évidence même.

39. Nous avons dit, au début de notre analyse [90], qu'elle débuterait par la prise en considération de l'hypothèse où l'État dispose, pour assurer le résultat requis par une obligation internationale donnée, d'une liberté de choix au départ quant aux moyens utilisables à cette fin, mais se trouve par ailleurs dépourvu de toute latitude autre que cette liberté au départ. Il est évident que si, dans une hypothèse de ce genre, l'État aboutit, par le comportement actif ou omissif qu'il adopte en s'engageant dans l'une ou dans l'autre des voies qu'il est libre de choisir, à une situation incompatible avec le résultat exigé par l'obligation internationale à sa charge, il perd par là même la possibilité de s'acquitter de son obligation. Il ne lui est pas consenti de remédier *ex post facto* aux effets de son comportement, de modifier par le recours à un autre moyen la situation qu'il a créée.

40. Il n'est pas impossible que cette limitation de la latitude laissée à l'État pour l'exécution de son obligation au seul choix au départ entre différents moyens utilisables pour assurer le résultat internationalement requis soit expressément prévue par le propre texte de l'instrument qui établit l'obligation en question. Il est plus plausible qu'elle soit à déduire implicitement du contexte de cet instrument ou de son objet et de son but. Cependant, le plus souvent, sans doute, elle découle automatiquement de la nature spécifique du résultat visé par l'obligation internationale dont il s'agit, cette nature faisant que la simple création d'une situation contraire à ce résultat rend ce dernier définitivement irréalisable. Pour illustrer ce cas, rappelons l'un des exemples cités *supra* [91], à savoir la prescription de l'article 22, par. 2, de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, qui engage l'État accréditaire à « prendre toutes mesures appropriées afin d'empêcher que les locaux de la mission ne soient envahis ou endommagés, la paix de la mission troublée ou sa dignité amoindrie ». Prenons également, dans le cadre des obligations internationales d'origine coutumière qui concernent en général la condition des étrangers, le cas de l'obligation qui impose à l'État de constituer un système minimal de protection préventive des étrangers contre des attaques dues, par exemple, à une explosion de xénophobie. Nul doute que l'une et l'autre de ces obligations se limitent à indiquer à l'État le résultat à assurer, et que l'État dispose, certes, d'une liberté au départ quant au choix des moyens par lesquels assurer le système de protection requis. Cependant, lorsque, quel que soit le moyen choisi pour établir cette protection, l'insuffisance manifeste de celle-ci est à l'origine du fait qu'une invasion des locaux de l'ambassade ait pu avoir lieu, qu'un lynchage d'un étranger ou massacre de ressortissants d'un pays donné de la part d'une foule ameutée ait pu se produire, force est de constater que l'État a failli irrémédiablement à sa tâche, et que toute possibilité de recourir à un moyen ultérieur pour rétablir une situation *ab initio* conforme au résultat exigé par l'obligation internationale est exclue. Force est alors de reconnaître que le résultat à assurer par l'État n'a pas été et ne sera pas atteint, et qu'une violation de l'obligation a donc eu lieu de sa part.

41. L'hypothèse envisagée aux deux paragraphes qui précèdent représente cependant l'exception plutôt que la règle. Comme nous avons pu le constater, là où le droit international définit l'obligation qu'il impose à l'État par une simple indication du résultat à assurer, la latitude qu'il lui laisse quant aux moyens par lesquels atteindre ce résultat va normalement au-delà de la seule liberté de choix au départ. Pour autant que le résultat visé ne soit pas devenu définitivement irréalisable du seul fait que le premier comportement adopté par l'État l'aurait manqué, le droit international ne prive en général pas l'État dont un organe aurait créé une situation incompatible avec le résultat requis par une obligation internationale de la possibilité d'arriver encore à ce résultat par un nouveau comportement d'organes étatiques qui effacerait cette situation et la remplacerait par une autre, conforme *ab initio* audit résultat. Dans ce cas, la possibilité d'action ultérieure offerte à l'État vient s'ajouter à la liberté de choix qu'il possédait au départ et la complète [92]. La latitude laissée à l'État pour l'exécution de l'obligation existant à sa charge s'en trouve ainsi définie dans son ensemble.

42. Une réserve s'impose cependant avant de formuler nos conclusions quant aux conditions pour reconnaître l'existence d'une violation d'une obligation internationale dans l'hypothèse envisagée. Il se peut très bien que sur le plan international rien ne s'oppose à ce que l'État puisse encore s'acquitter de son obligation en remédiant *ex post facto* et par un comportement nouveau à une situation incompatible avec le résultat internationalement exigé et créée par le comportement adopté au départ. Mais il se peut aussi que l'État rencontre dans le système de son propre droit interne un obstacle à l'utilisation de cette possibilité. C'est le cas surtout lorsque la situation incompatible avec le résultat internationalement requis est due à un moyen dont les effets ne peuvent pas être effacés. Là où, par exemple, la situation a été créée par l'adoption et la mise en application effective d'une loi, on devra, dans la plupart des cas, renoncer à l'espoir de trouver dans le système juridique interne le moyen de modifier

d'enquête Ghana/Portugal cité au paragraphe 9 à propos de la violation de la Convention n° 105 de l'OIT concernant l'abolition du travail forcé.

[89] Ci-dessus par. 27, al. *d*.

[90] Voir ci-dessus par. 26.

[91] Ci-dessus par. 17.

[92] Pas nécessairement d'ailleurs, car, comme on l'a relevé (ci-dessus par. 19), la faculté de remédier *a posteriori* aux conséquences d'un comportement initial allant à l'encontre de l'obtention du résultat internationalement requis peut même subsister dans des cas où, à l'origine, la nature propre du résultat à assurer ne permettait pas un véritable choix entre différents moyens d'action, ce résultat ne pouvant en fait être atteint au départ que par une voie unique.

rétroactivement cette situation et d'assurer ainsi encore le résultat à l'encontre de l'obtention duquel ces mesures sont allées. Ce n'est que s'il existait dans l'appareil de l'État une instance judiciaire nantie du pouvoir de prononcer la nullité des actes législatifs et d'en effacer rétroactivement les effets qu'il en irait autrement. L'obligation de respecter la propriété des étrangers, prévue par certains traités, est l'exemple typique d'une obligation qui requiert de l'État l'obtention d'un résultat et qui lui laisse toute latitude quant aux moyens d'y parvenir. Mais si l'État passe une loi prévoyant l'expropriation sans indemnité de certaines catégories d'étrangers ou de certaines catégories de biens leur appartenant, et applique cette loi à la propriété de particuliers visés par l'un desdits traités, on ne pourra raisonnablement pas s'attendre à ce que l'exécution de l'obligation prévue par le traité puisse encore être assurée, car on voit mal quels organes, quelles instances, auraient le pouvoir de le faire. La même conclusion vaut pour les hypothèses où l'activité qui a créé une situation incompatible avec le résultat requis s'est concrétisée dans une mesure du pouvoir exécutif ne pouvant être ni annulée ni réformée par un autre organe étatique, ou dans une décision du pouvoir judiciaire contre laquelle il n'existe aucun recours, ou encore dans une mesure administrative ou judiciaire qui n'a fait qu'appliquer correctement une prescription de loi obligatoire. Car il est à souligner — et pas uniquement dans ces cas, d'ailleurs — que l'impossibilité de remédier aux conséquences du comportement adopté au départ, par un nouveau comportement qui les efface, peut découler non pas d'une véritable absence de moyens utilisables à cet effet dans le cadre de l'ordre juridique interne, mais du fait que la disponibilité de ces moyens est purement formelle, ceux-ci n'offrant, en l'espèce du moins, aucune perspective réelle d'aboutir à l'effet en question. Dans tous ces cas l'empêchement constaté à la possibilité de remédier à la situation créée par l'action ou l'omission de l'organe ayant agi au départ a alors les mêmes effets parâlysants que l'empêchement qui se produit, comme nous l'avons vu au paragraphe précédent, lorsque l'action ou omission initiale de l'État a rendu en fait irréalisable le résultat exigé par l'obligation internationale. Dans un cas comme dans l'autre, l'État n'a pas réellement en mains le moyen d'effacer les conséquences du comportement adopté au départ. Il ne reste donc qu'à constater que le résultat que l'État devait assurer ne l'a pas été et ne le sera pas : l'existence d'une violation de l'obligation se trouvera dès lors forcément établie.

43. Trois conditions doivent donc être réunies pour faire en sorte que la situation éventuellement créée par le comportement adopté au départ par un organe de l'État et incompatible avec le résultat exigé par une obligation internationale ne soit pas déjà une violation complète et définitive de cette obligation : *a*) que l'obligation elle-même laisse en principe à l'État la latitude de poursuivre la réalisation du résultat visé, même après qu'une situation incompatible avec ce résultat a été créée par l'action ou l'omission d'un de ses organes; *b*) que le résultat exigé ne soit pas devenu en fait définitivement irréalisable à la suite de l'action ou omission mentionnée; *c*) que l'ordre juridique interne ne mette pas d'obstacles formels ou réels à cet effort ultérieur d'assurer encore et malgré tout l'exécution de l'obligation. Si toutes ces conditions sont réunies, il est évident que l'on ne peut pas encore conclure à la faillite définitive de l'État pour ce qui est d'assurer le résultat qu'on est en droit d'attendre de lui. Le fait que l'organe intervenu premièrement en l'affaire ait donné lieu, par son action ou omission, à une situation incompatible avec le résultat exigé n'est qu'un début, une ébauche, de violation de l'obligation internationale, puisque l'État n'a pas épuisé ses possibilités d'agir en vue de la réalisation dudit résultat. Cette ébauche disparaîtra même, d'ailleurs, si l'État sait saisir l'occasion qu'il a encore de réaliser pleinement, par un nouveau comportement, le résultat qu'il est tenu d'atteindre, en éliminant entièrement et *ab initio* la situation incompatible créée par le comportement précédent. Il suffit de se reporter, à ce sujet, aux obligations internationales citées en exemples [93]. Supposons que, contrairement aux prescriptions des conventions internationales relatives aux droits de l'homme, les autorités de police d'un État dénient à certaines personnes la liberté de résider dans le lieu de leur choix, ou la liberté de s'associer, ou celle de professer leur religion, etc., ou que, contrairement aux dispositions d'un traité d'établissement, l'autorité administrative compétente refuse ou retire à un ressortissant étranger la licence d'exercer une profession ou une activité donnée. Dans chacun de ces cas, l'État pourra encore, s'il le veut, assurer une situation conforme au résultat internationalement requis, pour autant qu'il y ait dans le pays une autorité administrative supérieure, ou une juridiction administrative, ou une juridiction civile ayant la compétence et la possibilité matérielle de rapporter la prohibition de résidence ou d'association, ou d'éliminer les obstacles à la pratique du culte choisi, ou d'annuler à tous effets l'acte de dénégation ou de révocation de la licence. Supposons encore que, contrairement aux prévisions de l'obligation, établie par une convention internationale, requérant que l'on applique à certains rapports concernant les nationaux d'un pays donné la loi nationale de ceux-ci, un tribunal de première instance applique, dans un cas donné, une loi différente, ou que, contrairement aux obligations imposées par la coutume internationale, un tribunal fasse obstacle au déroulement normal d'un procès intenté par un étranger, ou qu'il acquitte les auteurs reconnus d'un crime contre le représentant d'un gouvernement étranger ou contre un étranger tout court [94]. L'État aura encore la possibilité de se conformer à ses obligations pour peu qu'il existe une instance supérieure capable de réformer la décision incriminée et de créer ainsi une situation en tous points conforme au résultat internationalement requis.

44. Ainsi, dans toutes ces différentes hypothèses, le comportement adopté au départ par un organe étatique ayant créé une situation incompatible avec le résultat internationalement requis ne se transforme en une

[93] Voir ci-dessus par. 20 à 22.

[94] Voir ci-dessus par. 22.

violation complète de l'obligation internationale que si l'État s'abstient, en dépit de la possibilité qui lui est offerte, d'effacer cette situation, ou s'il la confirme par une nouvelle action. Ce sera à la suite de cette omission ou action ultérieure que l'existence de la violation sera définitivement établie et que la responsabilité de l'État sera sans autre engagée. Cependant, comme alors le début de violation représenté par le comportement adopté au départ n'aura pas été effacé, mais, au contraire, parachevé par le comportement ultérieur de l'État, la violation sera finalement réalisée par un fait complexe [95], réunissant toutes les actions et omissions successives de l'État dans le cas d'espèce.

45. Il reste, pour finir, à nous référer brièvement à la dernière des trois hypothèses successivement prises en considération dans la première partie de cette section, à savoir l'hypothèse relative à cette catégorie d'obligations dont nous avons mis en évidence les aspects et donné des exemples [96]. Ces obligations, nous l'avons dit, se caractérisent par rapport à celles qui ont été précédemment mentionnées par un degré encore plus poussé de permissivité en ce qui concerne la latitude laissée à l'État pour leur exécution. Leur nature, leur finalité et le domaine dans lequel elles agissent font que ces obligations admettent que, là où le comportement adopté au départ par l'État obligé aurait, en plus d'avoir créé une situation incompatible avec le résultat internationalement requis, rendu impossible matériellement d'atteindre ce résultat, l'État en question dispose encore d'une ultime possibilité de se mettre en règle avec ses devoirs internationaux. Elles lui permettent d'assurer exceptionnellement, en lieu et place du résultat requis, un résultat de rechange — un résultat différent, donc, de celui que l'obligation avait en vue, mais étant en quelque sorte son équivalent. La conclusion en ce qui concerne la reconnaissance d'une violation d'une de ces obligations s'impose d'elle-même. Comme on l'a dit, on ne pourra pas, par exemple, mettre à la charge de l'État une violation complète de l'obligation d'exercer une certaine vigilance pour prévenir des atteintes inadmissibles à la personne et aux biens des étrangers ou de l'obligation de protéger tout individu contre des arrestations ou détentions arbitraires du seul fait que l'État n'ait pas su empêcher que des méfaits semblables se produisent. Pour pouvoir conclure à une telle violation de la part de l'État, il faudra encore que celui-ci, n'ayant pas atteint le résultat prioritaire, ait encore manqué à assurer le résultat de rechange, à savoir faire en sorte que les victimes desdits méfaits obtiennent pleine et entière réparation des préjudices subis [97]. C'est ce deuxième manquement qui, en s'ajoutant au début de violation représenté par le premier, le transforme en une violation complète et définitive. Et, comme dans l'hypothèse précédemment examinée, la violation est constituée par un fait étatique « complexe ».

46. Au vu des données fournies et de l'argumentation développée tout le long de la présente section, le Rapporteur spécial propose, pour définir la matière délicate qui en forme l'objet, d'adopter le texte suivant :

Article 21. — Violation d'une obligation internationale requérant de l'État l'obtention d'un résultat

1. Il y a violation d'une obligation internationale requérant de l'État d'assurer *in concreto* un certain résultat, tout en le laissant libre de choisir au départ le moyen d'y parvenir, si, par le comportement adopté dans le cadre de cette liberté de choix, l'État n'a pas abouti concrètement à la réalisation du résultat internationalement requis.

2. Dans les cas où l'obligation internationale permet à l'État dont un premier comportement a abouti à une situation incompatible avec le résultat visé de remédier à cette situation, soit en réalisant par un nouveau comportement le résultat originairement requis, soit en assurant à la place de celui-ci un résultat équivalent, il y a violation de l'obligation si en plus l'État a manqué à utiliser cette possibilité ultérieure et a par là complété le début de violation représenté par son premier comportement.

7. Épuisement des recours internes

47. La section précédente était consacrée à l'examen de la façon dont se produit en général la violation d'une obligation internationale lorsque celle-ci ne requiert pas de l'État qu'il adopte un comportement spécifiquement déterminé, mais seulement qu'il assure concrètement un certain résultat. Dans ce cas, avons-nous souligné, il est logique que cela soit par rapport à ce résultat que se jugent aussi bien l'exécution que la violation de l'obligation. Nous avons donc commencé par mettre en évidence le critère fondamental, qui dit qu'il y a violation là où il n'y a pas réalisation concrète du résultat requis. A la lumière de ce critère, nous nous sommes demandé sous quel aspect la latitude plus ou moins grande laissée à l'État pour l'obtention de ce résultat est déterminante pour conclure à l'existence d'une violation de l'obligation internationale. Notre analyse nous a permis de définir les principes de base qui indiquent les conditions dans lesquelles on peut considérer qu'une telle violation a été commise, que cela soit dans les cas où l'État ne dispose que d'une liberté de choix au départ, ou dans les cas plus fréquents où l'État ayant créé par un premier comportement une situation incompatible avec le résultat requis par l'obligation dispose de la faculté de remédier à cela et de s'acquitter encore de son obligation par un comportement ultérieur.

48. Les règles de base ainsi fixées, il nous incombe d'étudier en particulier, dans le cadre des cas mentionnés en dernier lieu, les conditions spécifiques de la violation des obligations entrant dans une catégorie déterminée. Nous entendons nous référer aux obligations qui ont pour objet la protection de particuliers, personnes physiques ou morales, et qui, sur le plan international, formulent certaines exigences et établissent certaines garanties quant au traitement à réserver

[95] La notion de fait étatique « complexe » a été illustrée par le Rapporteur spécial dans son cinquième rapport (v. *Annuaire... 1976*, vol. II [1re partie], p. 24, doc. A/CN.4/291 et Add. 1 et 2, par. 67) et par la Commission elle-même dans son projet d'articles (v. *Annuaire... 1976*, vol. II [2e partie], p. 81 et p. 87 et 88, doc. A/31/10, chap. III, sect. B, art. 18, par. 5, et par. 23 du commentaire).

[96] Voir ci-dessus par. 23.

[97] *Ibid.*

par les États sur le plan interne aux personnes en question ainsi qu'à leurs biens. Une condition supplémentaire vient alors s'ajouter, aux fins de la détermination de la violation d'une obligation de cette catégorie, à celles que l'on requiert à propos de la violation des autres obligations se qualifiant aussi, du reste, d'obligations « de résultat ». Et, à notre avis, l'aspect particulier de ces obligations, dû précisément aux bénéficiaires de leurs prévisions, est aussi la cause de la caractérisation particulière des conditions de leur violation.

49. En effet, là où le résultat que l'État est tenu d'atteindre est essentiellement fixé dans l'intérêt de particuliers et touche à la situation de ces derniers dans le cadre de l'ordre juridique interne de l'État obligé, il est normal que la collaboration des personnes intéressées soit utilisée en vue d'obtenir que l'État se conforme aux prescriptions prévues à leur avantage par l'obligation internationale. Il est normal qu'en cas de difficultés ce soit à eux que revienne l'initiative de promouvoir l'action de l'État visant à remédier aux effets éventuellement engendrés par une première action ou omission d'un membre de l'appareil étatique, action ou omission attribuable à l'État et allant à l'encontre de la réalisation du résultat internationalement exigé [98]. Il y aura donc violation de l'obligation internationale si les particuliers qui s'estiment lésés, car ils ont été mis dans une situation incompatible avec le résultat internationalement requis, ne parviennent pas, même en utilisant jusqu'au bout les recours qui leur sont ouverts sur le plan interne, à obtenir que cette situation soit dûment redressée. En effet, dans ce cas, le résultat visé par l'obligation internationale devient définitivement irréalisable du fait de l'État. Cependant, au cas où, pour diverses raisons. les particuliers qui le doivent et le peuvent négligeraient de mettre en mouvement les rouages nécessaires [99], on ne saurait normalement pas reprocher à l'État de ne pas avoir pris, lui, l'initiative d'effacer la situation concrète, en contradiction avec le résultat internationalement demandé, créée par son comportement initial. Il en découle donc que, si l'action des particuliers concernés faisait défaut, la situation engendrée par le comportement étatique allant à l'encontre du résultat internationalement visé ne pourrait pas être corrigée par une action ultérieure de l'État, capable de la remplacer par une situation conforme audit résultat. Mais le fait que ce redressement n'ait pas lieu, uniquement parce que l'initiative n'en a pas été prise par ceux à qui il revenait de la prendre, n'est alors pas imputable à l'État. Les faits sont ici tout autres que dans le cas où, malgré l'initiative effectivement prise en vue du redressement en question, la situation créée par le premier comportement se trouve confirmée par un nouveau comportement de l'État, lui aussi incompatible avec le résultat internationalement requis. Dans l'hypothèse que nous envisageons maintenant, on ne peut pas conclure à la violation par l'État de son obligation, précisément parce qu'en l'espèce une condition de la réalisation de cette violation n'est pas remplie. L'absence de cette condition a pour effet d'exclure l'illicité du défaut de réalisation du résultat internationalement visé. Dans ce cas, donc, il ne saurait surgir de responsabilité internationale à la charge de l'État. C'est, à notre avis, ce que l'on veut dire par l'affirmation de la condition dite de l'« épuisement des recours internes ».

50. Le principe énonçant cette condition a fait l'objet d'études spécifiques parfois très poussées. Il est d'autre part l'un de ceux qui ont le plus retenu l'attention des auteurs d'ouvrages généraux consacrés à la responsabilité des États pour violation de leurs obligations concernant le traitement des particuliers étrangers ou leur protection contre les préjudices causés à leur personne ou à leurs biens. Les tribunaux internationaux en ont souvent fait état. Il revient fréquemment dans les conventions internationales ayant pour but qu'une certaine situation soit assurée par les États contractants à des personnes privées, étrangères ou même nationales. Vu ce vif intérêt et cette abondance de formulations et d'analyses, il n'est que logique que des optiques différentes aient apparu dans l'examen et dans l'explication du principe et que des conceptions divergentes aient été avancées à son égard. Des oppositions se sont fait jour notamment quant à l'origine conventionnelle ou aussi coutumière du principe, quant au fait de savoir s'il doit être considéré comme une règle de fond ou de procédure, etc.

51. A notre avis, beaucoup de ces querelles sont plus apparentes que réelles. Elles sont souvent dues au fait que la question a été mal posée, ou, surtout, que le cadre spécifique par rapport auquel le problème a été examiné a pu suggérer des conclusions auxquelles on ne serait probablement pas parvenu si l'analyse avait été faite dans un cadre plus vaste. Personne ne conteste, en effet, que le principe prévoyant l'utilisation des moyens internes de recours par les particuliers qui s'estiment lésés par des mesures ou des décisions non conformes à ce que le droit international voudrait qu'on leur accorde fait en dernier ressort de cette utilisation une condition pour que la « mise en œuvre » de la responsabilité internationale puisse avoir lieu — et cela soit que cette mise en œuvre revête la forme de la présentation d'une réclamation par la voie diplomatique, soit qu'elle se traduise par l'introduction d'un recours devant une instance judiciaire ou arbitrale internationale. Que le principe ait donc une incidence évidente sur la possibilité d'utiliser les procédures de mise en œuvre de la responsabilité, personne ne saurait le contester. Mais cela ne permet pas de conclure que le principe lui-même ne serait qu'une « règle pratique » ou une « règle de procédure », comme certains le soutiennent — quitte à ne plus être d'accord sur la question de savoir si cette « règle » doit concerner la protection diplomatique en général ou seulement la

[98] Là où, par contre, le résultat à atteindre est requis dans l'intérêt direct d'autres sujets du droit international, ce ne peut être qu'à l'État (pour autant qu'il dispose de la possibilité de remédier aux effets d'un premier comportement incompatible avec le résultat en question) qu'incombe l'obligation de prendre, à cette fin, l'initiative de l'action par laquelle il peut encore s'acquitter de son obligation. On ne saurait considérer comme normal, en effet, que la promotion d'une telle action sur le plan de l'ordre juridique interne de l'État soit dévolue à un autre État sujet de droit international.

[99] A la condition, évidemment, que l'État ne soit pas lui-même responsable de cette passivité des particuliers.

procédure de présentation d'une instance devant un tribunal international. L'incidence indéniable du principe sur ces différentes procédures est un corollaire, un corollaire logique du principe en question, mais la proposition principale qu'il énonce ne peut pas se réduire, à notre avis, à ce corollaire.

52. D'après nous, le principe posant la condition de l'épuisement des recours internes opère nécessairement et en premier lieu sur le plan de la détermination de l'existence d'un fait internationalement illicite commis par la violation d'une obligation internationale, et donc sur le plan de la naissance de la responsabilité internationale. Établir, par exemple, qu'un État a perpétré une violation de l'obligation, mise à sa charge par un traité, d'assurer une situation déterminée à un ressortissant d'un autre État équivaut — nous l'avons constaté dès le début de nos travaux — à établir qu'un droit subjectif international de cet autre État a été lésé : le droit à ce que la situation prévue par le traité soit assurée à son propre ressortissant. Donc, si un État a réalisé une violation parfaite de son obligation envers un autre État, si le droit de ce dernier s'est, par conséquent, trouvé définitivement lésé, une responsabilité internationale est inévitablement née à la charge de l'auteur du méfait en question [100]. Or, naissance d'une responsabilité égale naissance de ces situations juridiques subjectives nouvelles par lesquelles elle se traduit. Dans notre cas, c'est la naissance d'un droit subjectif international nouveau de l'État lésé à la réparation de l'atteinte portée au droit que le traité lui accordait. Il serait inconcevable que ce nouveau droit subjectif international de l'État, né de l'infraction perpétrée, reste pour ainsi dire suspendu en l'air en attendant le résultat d'une action menée par un particulier sur le plan interne, action qui peut aboutir au rétablissement du droit de ce particulier, mais non pas au rétablissement d'un droit revenant à l'État sur le plan international et qui, sur ce plan, a été lésé. Droit, au sens subjectif du terme, signifie essentiellement faculté d'exiger d'autrui un comportement ou une prestation. Si l'État n'est pas autorisé à exiger la réparation d'un fait internationalement illicite commis à son détriment tant que les recours internes n'ont pas été utilisés et épuisés par le particulier, c'est que pour le moment il n'a pas droit à cette réparation : c'est donc que ce fait illicite n'existe pas encore, ou du moins n'a pas encore été complétement réalisé, et que la responsabilité internationale n'est pas encore née. Ce sera, nous l'avons dit, seulement l'éventuel rejet définitif des recours en question qui la fera naître, en complétant par ses effets ceux du premier comportement adopté par l'État dans le cas d'espèce et en rendant par là définitivement irréalisable le résultat requis par l'obligation internationale. Car, répétons-le, c'est en provoquant une impossibilité définitive de réalisation du résultat visé que l'État parachève son illicite. Penser le contraire revient à ne pas tenir compte de la caractéristique d'une obligation qui vise, non pas à l'adoption d'un comportement spécifiquement déterminé, mais à la réalisation finale d'un résultat. C'est ne pas avoir présente à l'esprit la notion d'un fait étatique complexe et du moment auquel un fait de cette nature se parfait et entraîne des conséquences juridiques internationales. En conclusion, il paraît logiquement indéniable que le principe qui nous préoccupe précède, dans son application, la réalisation de la violation d'une obligation internationale et la naissance de la responsabilité internationale, et ne les suit pas.

53. Ajoutons, parallèlement aux considérations qui précèdent, qu'il est indéniable, et nous l'avons souligné, que la condition de l'épuisement des recours internes se trouve explicitement précisée dans un nombre croissant de conventions internationales. Citons avant tout les conventions d'établissement et autres, qui prévoient le traitement à réserver aux personnes physiques ou morales de l'un des États contractants sur le territoire de l'autre, les conventions internationales, qui visent en général ou en particulier à assurer à tous, sans distinction de nationalité, le respect de certaines prérogatives essentielles de la personne humaine, les conventions qui régissent la faculté de recours des États à des instances arbitrales ou judiciaires internationales à la suite d'infractions commises dans l'un des domaines précédemment mentionnés, etc. Toutefois, cette confirmation et ce développement par la voie conventionnelle ne doivent pas faire perdre de vue le fait que la condition dite de l'épuisement des recours internes prend ses racines dans la coutume internationale et que son affirmation dans cette dernière est plus ancienne que sa formulation dans des instruments écrits d'origine volontaire. La raison en est, une fois de plus, que le principe en question énonce une condition de la naissance de la responsabilité internationale pour violation d'une obligation relative à des sujets déterminés, bien avant d'être une condition de la mise en œuvre pratique de cette responsabilité.

54. Nous nous sommes jusqu'ici employés à préciser sur le plan de la logique des principes comment, à notre avis, doit se comprendre, se justifier et s'interpréter, dans sa portée directe et dans celle de ses corollaires, l'énoncé de la condition de l'épuisement des recours internes, condition que nous trouvons affirmée par le droit international en relation spécifique avec la violation d'obligations internationales relatives au traitement réservé par l'État à des particuliers. Cela fait, nous nous proposons de voir, comme nous l'avons fait à la section précédente, si par hasard la jurisprudence internationale et la pratique des États n'apportent pas un démenti formel aux idées que nous avons exprimées et ne nous obligent donc pas à modifier nos conclusions. Nous mentionnons la jurisprudence et la pratique car, comme on l'a déjà dit, les auteurs d'ouvrages spécifiques qui traitent de ce sujet ont des optiques divergentes et parviennent à des conclusions souvent opposées. Dans ces conditions, prises dans leur ensemble, les explications du principe que ces auteurs nous donnent ne sauraient faire pencher la balance en

[100] On ne saurait concevoir, dans l'ordre juridique international du moins, de fait illicite n'engendrant pas une responsabilité. Et ce n'est certes pas le droit international, tout pénétré d'effectivité, tendant toujours vers des finalités pratiques, qui prévoirait la naissance d'une responsabilité n'existant que dans l'abstrait, c'est-à-dire sans qu'un autre État ait la faculté de la faire valoir dès son apparition.

faveur d'une solution plutôt que d'une autre. On se souviendra, d'ailleurs, des résultats peu concluants sur la question auxquels on parvint à l'Institut de droit international en 1927, en 1954 et en 1956[101]. Nous mentionnerons seulement que les auteurs qui ont expliqué le principe de l'épuisement des recours internes principalement en fonction de la naissance de la responsabilité internationale sont notamment Borchard[102], Strisower[103], Ago[104], Pau[105], Durante[106], Donner[107], Simpson et Fox[108], Sereni[109], Morelli[110], Giuliano[111], Gaja[112], Thierry, Combacan, Sur et Vallée[113]. Par contre, les aspects de procédure dudit principe ont été mis en lumière par de Visscher[114], Panayotakos[115], Urbanek[116], Law[117], Amerasinghe[118], Haesler[119], Chappez[120], Strozzi[121]. Il ne faut pas oublier non plus l'existence d'un troisième courant, pour qui la règle concernerait l'origine de la responsabilité dans les cas où la violation de l'obligation internationale serait exclusivement provoquée par l'action d'organes judiciaires ayant failli à leur devoir d'assurer à un particulier la protection judiciaire internationalement requise contre des préjudices subis en violation du seul droit interne. Le même principe n'aurait par contre trait qu'aux procédures de mise en œuvre de la responsabilité dans les autres cas. Ainsi s'expriment Eagleton[122], Eustathiades[123], Freeman[124], Fawcett[125], Verzijl[126]. Ces divergences d'opinion ou, souvent, d'accent et de présentation se reflètent naturellement dans les projets de codification en matière de responsabilité internationale des États dressés par des juristes ou par des organisations scientifiques[127]. Parler de courants doctrinaux

[101] *Annuaire de l'Institut de droit international, 1927*, Bruxelles, vol. 33, t. I, p. 455 et suiv., et t. III, p. 81 et suiv.; *Annuaire de l'Institut..., 1954*, Bâle, vol. 45, t. I, p. 5 et suiv.; *Annuaire de l'Institut..., 1956*, vol. 46, p. 1 et suiv., et 265 et suiv.

[102] E. M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, New York, Banks Law Publishing, 1928, p. 817 et suiv.; « Theoretical aspects of the international responsibility of States », *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Berlin, vol. I, 1re partie, 1929, p. 233 et suiv., 239 et suiv.; et « La responsabilité des États à la Conférence de codification de La Haye », *Revue de droit international et de législation comparée*, Bruxelles, 3e série, t. XII, 1931, p. 47 et suiv.

[103] L. Strisower, Rapport sur « La responsabilité internationale des États à raison des dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers », *Annuaire de l'Institut de droit international, 1927*, Bruxelles, vol. 33, t. I, p. 492 et 498.

[104] R. Ago, « La regola del previo esaurimento... » *(loc. cit.)*, p. 181 et suiv., et plus spécialement 239 et suiv.; « Le délit international » *(loc. cit.)*, p. 514 et suiv.; et « Observations au sujet de l'exposé préliminaire de J. H. W. Verzijl », *Annuaire de l'Institut de droit international, 1954*, Bâle, vol. 45, t. I, p. 34 et suiv.

[105] G. Pau, « Responsabilità internazionale dello Stato per atti di giurisdizione », Istituto di scienze giuridiche, economiche e politiche della Università di Cagliari, *Studi economico-giuridici*, vol. XXXIII (1949-1950), Rome, Pinnarò, 1950, p. 45 et suiv.

[106] F. Durante, *Ricorsi individuali a organi internazionali*, Milan, Giuffrè, 1958, p. 137.

[107] B. Donner, « K otázce nutnosti vyčerpání vnitrostátních právních postředků před diplomatickým zákrokem » [A propos de l'épuisement des voies de recours internes avant la démarche diplomatique], *Studie z mezinárodního práva*, Prague, 1958, vol. IV, p. 5 et suiv.

[108] J. L. Simpson et H. Fox, *International Arbitration Law and Practice*, New York, Praeger, 1959, p. 111 et 112.

[109] A. P. Sereni, *op. cit.*, p. 1534.

[110] G. Morelli, *op. cit.*, p. 350.

[111] M. Giuliano, *Diritto internazionale*, Milan, Giuffrè, 1974, vol. I, p. 593.

[112] G. Gaja, *op. cit.*, p. 5 et suiv.

[113] H. Thierry *et al.*, *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 1975, p. 660 et suiv

[114] Ch. de Visscher, « Note sur la responsabilité internationale des États et la protection diplomatique, d'après quelques documents récents », *Revue de droit international et de législation comparée*, Bruxelles, 3e série, t. VIII, 1927, p. 245 et suiv.; et « Le déni de justice en droit international », *Recueil des cours..., 1935-II*, Paris, Sirey, 1936, t. 52, p. 421 et suiv.

[115] C. P. Panayotakos, *La règle de l'épuisement des voies de recours internes, en théorie et en pratique*, Marseille, Moullot, impr., 1952, p. 29 et suiv., 113.

[116] H. Urbanek, « Das völkerrechtsverletzende nationale Urteil », *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, Vienne, vol. IX, fasc. 2, 1958-1959, p. 213 et suiv.

[117] C. H. P. Law, *The Local Remedies Rule in International Law*, Genève, Droz, 1961, p. 32 et suiv., p. 131 et suiv.

[118] C. F. Amerasinghe, « The formal character of the rule of local remedies », *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Stuttgart, vol. 25, fasc. 3, 1965, p. 445 et suiv.

[119] T. Haesler, *The Exhaustion of Local Remedies in the Case Law of International Courts and Tribunals*, Leyde, Sijthoff, 1968, p. 92 et suiv., p. 131 et suiv.

[120] J. Chappez, *La règle de l'épuisement des voies de recours internes*, Paris, Pédone, 1972, p. 9 et suiv.

[121] G. Strozzi, *Interessi statali e interessi privati nell'ordinamento internazionale; la funzione del previo esaurimento dei ricorsi interni*, Milan, Giuffrè, 1977, p. 104.

[122] C. Eagleton, *The Responsibility of States in International Law*, New York, New York University Press, 1928, p. 95 et suiv.; et « Une théorie au sujet du commencement de la responsabilité internationale », *Revue de droit international et de législation comparée*, Bruxelles, 3e série, t. XI, no 2, 1930, p. 643 et suiv.

[123] C. Th. Eustathiades, *La responsabilité internationale de l'État pour les actes des organes judiciaires et le problème du déni de justice en droit international*, Paris, Pédone, 1936, p. 243 et suiv., 331 et suiv.

[124] A. V. Freeman, *The International Responsibility of States for Denial of Justice*, Londres, Longmans, Green, 1938, p. 407 et 408.

[125] J. E. S. Fawcett, « The exhaustion of local remedies : substance or procedure? », *The British Year Book of International Law, 1954*, Londres, vol. 31, p. 452 et suiv.

[126] J. H. W. Verzijl, « La règle de l'épuisement des recours internes », *Annuaire de l'Institut de droit international, 1954*, Bâle, vol. 45, t. I, p. 23 et suiv., 30 et suiv.; et *International Law in Historical Perspective (op. cit.)*, p. 635.

[127] Le projet élaboré en 1929 par la Harvard Law School, sous l'influence de Borchard, présente très nettement, aux articles VI, VII et VIII, l'épuisement des recours internes comme une condition de la naissance de la responsabilité de l'État (*Annuaire... 1956*, vol. II, p. 229, doc. A/CN.4/96, annexe 9). On peut en dire de même à propos de l'article IX du projet rédigé par G. O. Murdock et approuvé en 1965 par le Comité juridique interaméricain comme reflétant les vues des États-Unis d'Amérique (*Annuaire... 1969*, vol. II, p. 161, doc. A/CN.4/217 et Add.1, annexe XV).

D'autres projets présentent, par contre, l'épuisement des recours internes sous l'angle de son incidence sur l'exercice de la protection diplomatique : projet de 1927 de l'Institut de droit international (règle XII) [*Annuaire... 1956*, vol. II, p. 229, doc. A/CN.4/96, annexe 8], projet de 1930 de la Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht (art. 13) [*Annuaire... 1969*, vol. II, p. 157, doc. A/CN.4/217 et Add.1, annexe VIII], projet de 1932 de A. Roth (art. 9) [*ibid.*, p. 158 et 159, annexe X], résolution de 1956 de l'Institut de droit international, consacrée spécifiquement à la règle de l'épuisement des recours internes (*ibid.*, p. 146, annexe IV), avant-projet rédigé en 1958 par F. V. García Amador

est d'ailleurs aussi impropre, car les arguments invoqués pour ou contre une thèse déterminée varient tellement d'auteur à auteur que ceux-ci parviennent parfois à des conclusions analogues par des voies pratiquement opposées. Les préoccupations particulières de certains auteurs les ont de surcroît souvent amenés à étendre le domaine de leur analyse bien au-delà des limites de ce qui forme actuellement l'objet de nos préoccupations. Point n'est donc besoin de souligner qu'il nous est impossible de soumettre ici à un examen critique toutes les argumentations développées dans les différents ouvrages à l'appui des thèses qu'ils soutiennent. Nous nous bornerons à tenir compte, le moment venu, des arguments qui peuvent affecter directement, dans un sens ou dans l'autre, les conceptions qui nous paraissent s'imposer en la matière.

55. En ce qui concerne les prises de position des États, il paraît opportun de prendre d'abord en considération les opinions générales qu'ils ont manifestées dans l'abstrait — sans rapport, donc, avec les différends concrets dans lesquels ces États étaient impliqués. La question de savoir si l'épuisement des recours internes est un *sine qua non* pour que, dans certaines conditions, la responsabilité internationale se produise, ou bien uniquement pour que l'on puisse faire valoir cette responsabilité sur le plan des procédures diplomatiques ou judiciaires, a été envisagée à la Conférence pour la codification du droit international (La Haye, 1930). Le point XII de la demande d'informations adressée aux gouvernements par le Comité préparatoire de la Conférence était libellé ainsi :

La mise en jeu de la responsabilité de l'État selon le droit international est-elle subordonnée à l'épuisement, par les intéressés, des recours que leur accorde le droit interne de l'État dont la responsabilité est en cause [128] ?

Les termes de cette demande n'étaient pas très clairs. Une certaine hésitation dans les idées et la préoccupation de ne pas préjuger de la question qui nous préoccupe semblaient avoir présidé à leur choix. On ne saurait donc être surpris que les réponses des gouvernements n'aient pas toujours été formulées de façon à permettre de se faire une idée précise de l'opinion de chacun sur la question elle-même. Il ressort cependant que l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, la Bulgarie [129], la Pologne et la Tchécoslovaquie [130] étaient d'avis que la responsabilité internationale ne naissait qu'après l'épuisement infructueux des recours internes. L'idée d'après laquelle, par contre, seule la possibilité de faire valoir une responsabilité déjà établie serait subordonnée à l'épuisement des recours internes semble avoir été exprimée par la Grande-Bretagne [131].

Au vu des réponses, le Comité préparatoire dressa la base de discussion suivante :

Lorsque l'étranger dispose d'une voie de droit devant les juridictions de l'État (y compris les juridictions administratives), cet État pourra demander que la question de la responsabilité internationale soit laissée en suspens jusqu'à ce que ses tribunaux aient prononcé définitivement. [...] [132].

Ce texte semblait à son tour être conçu pour provoquer des discussions, et en effet celles-ci ne manquèrent pas. Lors du débat à la Conférence [133], une partie des délégués exprimèrent l'avis que l'épuisement des recours internes était une condition de la naissance de la responsabilité : il s'agit de ceux de l'Égypte [134], de l'Espagne [135], du Mexique [136], de la Colombie [137], de la Roumanie. Il est particulièrement intéressant de voir comment s'est exprimé à ce sujet le délégué de ce dernier pays, dont la prise de position se distinguait par la clarté et la précision des notions exprimées et des termes employés :

La responsabilité de l'État naît d'un manquement à une obligation internationale *. Elle est donc conditionnée par ou subordonnée à l'inexécution de cette violation.

Or, *tant qu'un organe de l'État est en mesure ou a la possibilité d'exécuter cette obligation, l'inexécution n'est pas avérée* *. Par conséquent, *la condition de la naissance de cette responsabilité* *, qui est la preuve nécessaire de l'inexécution, *n'existe pas* *.

Par conséquent, il est très exact de dire que *la responsabilité elle-même ne naît que lorsqu'il a été avéré que l'exécution n'a pas été faite* *, c'est-à-dire que satisfaction n'a pas été donnée à l'exigence ou à l'obligation internationale.

. . .

[...] Or, *tant qu'il y a une possibilité d'exécution par les moyens de recours internes, on ne peut pas dire que l'obligation internationale n'ait pas été exécutée* * [138].

D'autres délégués, moins nombreux pourtant, comme ceux de l'Italie [139] et de l'Allemagne [140], exprimèrent

à l'intention de la CDI (art. 15) [*Annuaire... 1958*, vol. II, p. 75, doc. A/CN.4/111, annexe] et avant-projet révisé de 1961 (art. 18) [*Annuaire... 1961*, vol. II, p. 50, doc. A/CN.4/134 et Add.1, additif], projet préparé en 1961 par Sohn et Baxter pour la Harvard Law School (art. 1er) [*Annuaire... 1969*, vol. II, p. 147, doc. A/CN.4/217 et Add.1, annexe VII], *Restatement* de 1965 de l'American Law Institute (par. 206) [*Annuaire... 1971*, vol. II (1re partie), p. 208, doc. A/CN.4/217/Add.2]. En réalité, dans ce dernier projet, la nature attribuée au principe ne ressort pas très clairement du texte du paragraphe 206, mais elle est précisée dans le commentaire (v. American Law Institute, *Restatement of the Law, Second, Foreign Relations Law of the United States*, Saint Paul (Minn.), American Law Institute Publishers, 1965, p. 612).

[128] SDN, *Bases de discussion... (op. cit.)*, p. 136.

[129] *Ibid.*

[130] *Ibid.*, p. 139.

[131] *Ibid.*, p. 137. La Norvège (*ibid.*, p. 138) distinguait deux hypothèses : celle d'un préjudice causé à un étranger par un acte commis en violation de la loi interne, et celle d'un préjudice dû à un acte contraire à un traité ou à une autre obligation incontestable du droit international. Dans la première hypothèse, indiquait le Gouvernement norvégien, il n'y a pas de responsabilité internationale avant que les recours internes n'aient été épuisés, tandis que dans la deuxième le principe requérant l'épuisement ne s'applique pas.

[132] Base n° 27 (*ibid.*, p. 139).

[133] Pour le débat sur cette base de discussion, voir SDN, *Actes de la Conférence pour la codification du droit international, volume IV, Procès-verbaux de la Troisième Commission* [C.351(*c*) M.145(*c*).1930.V], p. 63 et suiv., 162 et suiv.

[134] *Ibid.*, p. 64. Le Gouvernement égyptien proposa même un amendement du texte dans le sens prôné par lui (*ibid.*, p. 217).

[135] *Ibid.*, p. 65.

[136] *Ibid.*, p. 72. Le Gouvernement mexicain fit lui aussi une proposition d'amendement (*ibid.*, p. 228).

[137] *Ibid.*, p. 78.

[138] *Ibid.*, p. 77.

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

[140] *Ibid.*, p. 79. Il est à noter que, dans sa réponse à la demande d'informations, l'Allemagne s'était prononcée en faveur de la thèse que la responsabilité ne naît qu'après épuisement des recours internes.

un avis contraire, sans toutefois prendre des positions aussi nettes et étayées. Un troisième groupe fut de l'avis que l'épuisement serait une condition tantôt de la responsabilité et tantôt de la possibilité de la faire valoir (par exemple les délégués des États-Unis d'Amérique [141] et de la Norvège [142]).

56. A l'issue du débat, les délégations tombèrent d'accord sur l'adoption d'une formule qui ne prenait pas position sur la question de savoir si la responsabilité internationale naissait avant ou après l'épuisement des recours internes [143]. Le texte proposé par la sous-commission chargée de la question [144] et adopté en première lecture par la Commission fut consigné dans le paragraphe 1 de l'article 4, rédigé ainsi :

> La responsabilité internationale de l'État ne peut être mise en jeu, pour ce qui est de la réparation du dommage *subi par* l'étranger, qu'après l'épuisement des voies de recours ouvertes par le droit interne à l'individu lésé [145].

Nul doute que la formule ainsi adoptée finissait par être volontairement équivoque, et en effet les tenants de chacune des thèses confrontées lors du débat l'invoquèrent ensuite à l'appui de leur point de vue [146]. Les travaux de codification de 1930 ne nous permettent donc pas de tirer des conclusions claires et définitives quant au point qui nous intéresse. Cela ne nous empêche toutefois pas de constater que la majorité des représentants gouvernementaux qui eurent l'occasion de s'exprimer à son sujet furent d'avis qu'épuiser les voies de recours internes, dans les cas où cet épuisement est prévu, revient à réaliser une condition pour que la violation d'une obligation internationale se produise (et donc pour que la responsabilité internationale puisse naître), et non pas seulement à donner le « feu vert » à la faculté de recourir aux procédures de mise en œuvre d'une responsabilité déjà existante.

57. Une réflexion supplémentaire s'impose, du reste, au sujet de l'opinion avancée par des gouvernements comme ceux des États-Unis d'Amérique et de la Norvège, d'après lesquels le principe de l'épuisement des recours internes n'exprimerait une condition de l'existence de la responsabilité internationale que dans l'hypothèse où les recours judiciaires seraient saisis à la suite d'une simple violation de la loi interne [147]. Faisons abstraction de la curieuse idée d'un principe qui changerait de nature selon les cas auxquels il s'applique. Ce qui est encore plus intéressant, c'est que, même dans l'hypothèse envisagée, l'application du principe de l'épuisement des recours internes s'étend aussi et inévitablement à un cas de saisie desdits recours en vue de la réformation d'un acte ayant mis en cause une obligation internationale. Admettons, pour nous en rendre compte, que le particulier qui à l'origine se plaignait de la violation à son égard d'une loi interne introduise un recours auprès d'un tribunal de première instance et qu'il soit débouté dans des conditions contraires aux exigences du droit international en matière d'administration de la justice à l'égard des étrangers. D'après l'opinion à laquelle nous nous sommes référés au début de ce paragraphe, un tel fait ne provoque certes pas encore la naissance d'une responsabilité internationale : le fait internationalement illicite se résumant par le terme « déni de justice » n'est considéré comme consommé que lorsque les instances judiciaires des degrés supérieurs se sont successivement prononcées et ont confirmé le comportement du tribunal de première instance. Cela signifie reconnaître que même après que, dans le cas d'espèce, un comportement a été adopté en contradiction avec ce qui était requis par une obligation internationale, une violation parfaite de cette obligation ne se réalisera, et une responsabilité ne naîtra, qu'après l'utilisation et l'épuisement par le particulier intéressé des recours internes disponibles contre ce comportement. Il faut voir dans ce dernier, répétons-le, l'ébauche d'une violation d'une obligation internationale mais non pas cette violation accomplie qui seule engendre une responsabilité internationale de l'État.

58. Il y aurait lieu de passer maintenant à une analyse de certaines positions les plus significatives prises lors d'autres occasions par des organes étatiques ou des juges internationaux, notamment en ce qui concerne des différends portant sur des cas concrets. Nous estimons cependant que quelques réflexions préliminaires s'imposent d'abord, afin d'éviter des interprétations erronées, susceptibles de nous amener à des conclusions arbitraires.

59. On trouve parfois, dans la pratique diplomatique et judiciaire internationale, des affirmations disant en toutes lettres que l'épuisement des voies de recours internes est une condition de la naissance de la responsabilité internationale de l'État. Nous en verrons des exemples significatifs. Or, il est évident que la valeur probante de ces prises de position varie beaucoup selon qu'elles sont consignées dans les décisions d'un juge ou qu'elles sont avancées par le représentant d'un État partie à un différend et que, dans ce deuxième cas, elles rencontrent ou non l'opposition de la partie adverse. Mais il est en tout cas hors de doute que le fait qu'une affirmation de ce contenu soit formulée

---

[141] *Ibid.*, p. 73 et 74.

[142] *Ibid.*, p. 76.

[143] Plusieurs délégations se résignèrent à cette solution en croyant que le problème discuté n'avait pas de conséquences pratiques importantes. Voir à ce sujet les interventions des délégués de la Grèce (*ibid.*, p. 66), de la Belgique (p. 69), de la Grande-Bretagne (p. 70), des États-Unis d'Amérique (p. 73), du Mexique (p. 72 et 73), de la Colombie (p. 78), de l'Allemagne (p. 80). Les participants à la Conférence n'avaient évidemment pas mesuré toutes les conséquences que l'adoption d'un point de vue plutôt que d'un autre pouvait avoir sur des questions telles que la détermination du moment de la perpétration d'un fait internationalement illicite et de la durée de cette perpétration. Les conséquences pratiques de la réponse donnée à ces questions peuvent être décisives en ce qui concerne des points aussi essentiels que celui de savoir si le différend engendré par un fait donné fait partie ou non de ceux pour lesquels un tribunal international est compétent, ou celui de savoir à partir de quel moment l'on doit prendre en considération le préjudice causé aux fins de sa réparation.

[144] *Ibid.*, p. 162.

[145] *Ibid.*, p. 237.

[146] Voir p. ex. Borchard, « La responsabilité des États... » *(loc. cit.)*, p. 49, et Chappez, *op. cit.*, p. 23.

[147] Cette opinion reflétait manifestement celle des auteurs du troisième courant d'opinion mentionné ci-dessus (par. 54).

est en lui-même une preuve positive à l'appui de la thèse que, dans les cas que nous envisageons dans la présente section, la responsabilité internationale de l'État ne se produit pas avant que la condition de l'épuisement des recours internes de la part des particuliers intéressés ne soit remplie. En d'autres termes, toute affirmation de ce genre apporte de l'eau au moulin de l'opinion qui voit dans cette initiative des particuliers un élément indispensable pour que la violation d'une obligation internationale puisse se parfaire et produire ses conséquences.

60. Seule une affirmation qui nierait carrément que le principe de l'épuisement des recours internes puisse avoir d'incidence sur la formation de la responsabilité internationale apporterait une preuve à l'appui de l'opinion contraire. Par contre, rien n'autorise à considérer comme un témoignage du bien-fondé de cette autre opinion le fait que, dans divers cas, les tribunaux internationaux dans leurs décisions et les gouvernements dans leurs prises de position se soient référés à l'épuisement des recours internes pour en faire valoir l'effet de condition de l'exercice de la protection diplomatique de certaines personnes ou de la faculté de présenter des réclamations à leur sujet auprès d'une instance internationale [148]. Il serait abusif d'interpréter ce fait comme la manifestation concrète d'une conviction implicite, à savoir que le principe posant la condition de l'épuisement des recours internes n'affecterait en rien la naissance de la responsabilité et n'aurait qu'une nature purement pratique et de procédure. Il faut avoir présent à l'esprit que le but poursuivi par l'État qui invoque le défaut d'utilisation des recours internes à l'encontre d'une réclamation introduite contre lui devant une instance internationale est avant tout de bloquer l'examen quant au fond de cette réclamation, en lui opposant une exception d'irrecevabilité. Et, de son côté, l'intention de l'État auteur de la réclamation, lorsqu'il conteste l'existence de ce défaut ou son incidence dans le cas d'espèce, est justement d'éliminer l'obstacle préliminaire dressée ainsi sur la voie de l'examen quant au fond de sa requête. Les deux États sont donc amenés à prendre en considération le principe de l'épuisement des recours internes non pas du point de vue de son incidence sur la formation de la responsabilité, mais de celui de son impact sur la recevabilité de la requête. La distinction désormais généralisée de la procédure relative aux exceptions préliminaires par rapport à la procédure sur le fond fait également que le tribunal international appelé à se prononcer sur la question dans le cadre de la première procédure ne peut l'examiner que sous la même optique. Ajoutons que le débat à ce sujet tourne normalement autour de l'interprétation du texte d'un accord établissant la juridiction de l'instance internationale saisie et ses limites; donc, si cet accord mentionne le principe de l'épuisement des recours internes à l'occasion de la définition des conditions auxquelles une requête pourra être tenue pour recevable par ladite instance, celle-ci sera nécessairement amenée à résoudre la question de savoir si les recours internes ont été épuisés ou non du point de vue de l'existence d'une condition de la recevabilité de la requête plutôt que de celui de l'existence d'une condition de la responsabilité internationale de l'État défendeur. Toutefois, il est évident que toute affirmation de la répercussion d'un défaut éventuel d'utilisation des moyens de recours internes sur la recevabilité d'une réclamation internationale n'implique nullement l'intention de nier l'incidence de ce même défaut sur la question de fond de la naissance d'une responsabilité internationale [149]. Bien au contraire, la reconnaissance de l'effet dirimant dudit défaut sur la question formelle de la recevabilité est, comme nous l'avons souligné *supra* [150], l'application d'un simple corollaire de la proposition principale énoncée par le principe de l'épuisement des recours internes, corollaire qui, loin de la nier, confirme l'incidence de cette proposition principale sur la réalisation de la violation d'une obligation internationale et, donc, sur la naissance de la responsabilité.

61. C'est d'ailleurs un fait que, dans bien des cas, la condition de l'épuisement préalable des recours internes est conjointement invoquée à deux effets : directement, comme condition pour que la responsabilité internationale se détermine, et indirectement seulement comme condition pour qu'une réclamation internationale puisse être légitimement avancée. Il en va notamment de la sorte chaque fois que le fait internationalement illicite dénoncé par la réclamation est un déni de justice commis

[148] Voir p. ex. l'assertion du mémorandum du Gouvernement britannique du 28 août 1931 soumis au Conseil de la Société des Nations à propos de l'Affaire des navires finlandais (SDN, *Journal officiel*, 12e année, n° 11 [novembre 1931], p. 2217) « qu'un État n'a pas le droit de présenter, au nom de ses nationaux, une réclamation diplomatique contre un autre État pour des affaires dans lesquelles, si la réclamation est valable, la loi nationale permet de former un recours, à moins que les recours nationaux n'aient été épuisés », ou celle que contenait la note du 25 avril 1942 du Secrétaire d'État américain Hull au Sénateur Ellender, (reproduite dans M. Whiteman, *Digest of International Law*, Washington [D.C.], U.S. Government Printing Office, 1967, vol. VIII, p. 772 [tr. de l'original anglais]), qu'« un principe du droit international requiert, comme condition préalable de l'établissement d'une réclamation internationale valable, l'épuisement des recours de droit disponibles devant les cours du pays contre lequel la réclamation est avancée ». Voir aussi les passages de l'arrêt de la CIJ dans l'Affaire de l'Interhandel (*C.I.J. Recueil 1959*, p. 27) où on lit que « Avant de recourir à la juridiction internationale, il a été considéré [...] nécessaire que l'État où la lésion a été commise puisse y remédier par ses propres moyens, dans le cadre de son ordre juridique interne » et que « les recours internes doivent être épuisés avant qu'une procédure internationale puisse être engagée », ou la remarque du message du Conseil fédéral suisse du 15 décembre 1967 (*Annuaire suisse de droit international, 1968*, Zurich, 1970, vol. XXV, p. 271) qu'« une réclamation ne peut être portée devant une autorité internationale qu'après épuisement des moyens de recours internes ».

[149] Il en va de même dans les cas où l'État défendeur ou le juge international soutiennent que l'État demandeur n'était pas autorisé à présenter une réclamation parce que en l'occurrence aucune obligation internationale n'avait été violée. En formulant une telle affirmation, ils n'entendent certes pas soutenir que l'existence d'une violation d'une obligation internationale ne serait que la condition de la recevabilité d'une réclamation internationale et non pas, avant tout, la condition de l'existence d'une responsabilité internationale. Ils veulent simplement mettre en évidence les répercussions sur l'utilisation des procédures de réclamation d'un fait qui touche avant tout à la naissance de la responsabilité.

[150] Voir ci-dessus par. 51.

à l'égard d'un particulier n'ayant préalablement subi qu'un préjudice en violation de la loi interne[151]. Il n'y a alors violation par l'État d'une obligation internationale qu'à l'occasion d'un recours intenté par le particulier devant les autorités judiciaires du pays contre l'inobservance à son dam du droit interne. L'utilisation des recours internes est donc présentée à la fois comme la condition de l'existence d'un déni de justice, fait internationalement illicite caractérisé, et comme la condition de la présentation d'une réclamation faisant valoir la responsabilité internationale engendrée par ce fait illicite. Il est évident que le deuxième aspect présuppose le premier, dont il découle logiquement. En conclusion, le fait que les arbitres et les juges internationaux, tout comme les organes des États, aient souvent invoqué l'épuisement des recours internes à titre de condition de la mise en œuvre plutôt que de la naissance de la responsabilité ne saurait pas être allégué en tant que tel comme preuve d'une prétendue conviction que la responsabilité internationale naîtrait en tout cas avant que l'on n'ait abordé et parcouru les voies de recours internes et indépendamment de leur épuisement. Rien dans ce fait n'autorise à conclure que, d'après ces juges et ces organes, seule dépendrait de l'épuisement des recours internes la possibilité de faire valoir sur le plan diplomatique ou judiciaire une responsabilité née avant que cet épuisement n'ait eu lieu.

62. On ne saurait donc faire entrer en ligne de compte, à l'appui de la thèse qui ne voudrait voir dans l'épuisement des recours internes qu'une condition de l'exercice de la protection diplomatique et judiciaire, que des prises de position allant nettement dans ce sens. Une valeur probante ne pourrait être attribuée qu'à des manifestations non équivoques d'un rejet de l'idée que, avant d'être une condition de forme de la possibilité de faire valoir la responsabilité internationale par l'introduction d'une réclamation internationale, l'épuisement des recours internes soit une condition de fond de la naissance de cette responsabilité. Or, il faut dire que de telles prises de position sont finalement très rares et, vu les circonstances dans lesquelles on les rencontre, moins concluantes que celles qui soutiennent la thèse opposée.

63. Examinons, pour nous en convaincre, les affirmations des gouvernements ou des juges internationaux dans les rares occasions où la question de l'incidence éventuelle de l'épuisement des recours internes sur la naissance de la responsabilité internationale de l'État s'est concrètement posée à eux. Dans la décision n° 21 rendue en février 1930 par la Commission des réclamations Grande-Bretagne/Mexique, instituée par la Convention du 19 novembre 1926, en l'*Affaire de la Mexican Union Railway*, on relève la déclaration :

> [...] *la responsabilité de l'État en droit international ne peut commencer* * que lorsque les intéressés ont utilisé tous les recours qui leur étaient offerts par les lois nationales de l'État en question[152].

Il est incontestable que l'on affirmait là en toutes lettres que l'épuisement des recours internes était une condition de la naissance de la responsabilité internationale.

64. A l'occasion du procès porté par l'Allemagne devant la CPII à propos de l'*Affaire relative à l'administration du prince von Pless*, le Gouvernement polonais souleva une exception préliminaire aux termes de laquelle, après avoir fait opposition à l'action du Gouvernement allemand, qui revenait à porter une prétention « devant une juridiction internationale lorsque le particulier dont il s'agit possède une voie de recours aux instances nationales dans laquelle il peut trouver satisfaction », il poursuivait en disant que

> [...] tant que les moyens de droit que la législation interne met à la disposition des particuliers pour défendre leurs intérêts n'ont pas été épuisés, *il ne peut être question de la responsabilité* * internationale de l'État[153].

Le Gouvernement polonais prenait donc clairement position dans le sens que le principe énonçant la condition de l'équipement des recours internes concerne directement l'existence de la responsabilité internationale, même si ce gouvernement faisait valoir en même temps le corollaire qui découle de ce principe et qui a trait à la possibilité formelle d'introduire une instance devant une juridiction internationale. Il est aussi à remarquer que le Gouvernement allemand fit valoir l'inapplicabilité du principe de l'épuisement des recours internes dans le cas d'espèce à cause d'une dérogation conventionnelle dudit principe, mais ne contesta nullement la définition du principe donnée par le Gouvernement polonais.

65. L'interprétation de la décision arbitrale relative à l'*Affaire des navires finlandais* est moins aisée. Nous avons rappelé *supra*[154] que le Gouvernement britannique dans son mémorandum au Conseil de la SDN, avait invoqué le principe de l'épuisement des recours internes avec l'intention de faire obstacle à la présentation par le Gouvernement finlandais de la réclamation diplomatique que ce dernier lui adressait. Nous avons alors mis en évidence qu'invoquer le principe à cette fin ne revenait point à exclure la possibilité de l'invoquer également à une fin différente, avant tout à celle de contester l'existence, dans un cas déterminé, d'une violation parachevée d'une obligation internationale et, partant, d'une responsabilité internationale déjà établie

[151] Il est assez fréquent, par exemple, de relever des affirmations comme : « [...] les réclamations auxquelles donnent naissance des relations contractuelles entre un ressortissant des États-Unis et un gouvernement étranger ne constituent généralement pas un motif approprié d'intervention diplomatique de la part du Gouvernement américain s'il n'est pas clairement établi que le ressortissant américain a épuisé les recours internes qui lui sont ouverts et a subi un déni de justice au sens où l'entend le droit international » (note de Matre, « Attorney Adviser » des États-Unis, à Herschel Davis, 14 mai 1956 [Whiteman, *op. cit.*, p. 907]), ou : « [...] Le Gouvernement des États-Unis ne serait juridiquement fondé à introduire une réclamation internationale contre le Gouvernement cubain ou à faire des représentations au Gouvernement cubain que si un ressortissant américain s'efforçait de recouvrer une créance en épuisant les recours internes prévus par la loi cubaine et qu'il ait subi un déni de justice [...] » (mémorandums du Département d'État américain du 1er mars 1961 concernant des crédits de citoyens américains à Cuba [*ibid.*]).

[152] Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V (publication des Nations Unies, numéro de vente : 1952.V.3), p. 122 [tr. de l'original anglais].

[153] *C.P.J.I.*, série C, n° 70, p. 134 et 135.

[154] Note 148.

à la charge de l'État défendeur. De son côté, le Gouvernement finlandais avait mis en doute l'existence même du principe que la Grande-Bretagne considérait comme incontesté. La discussion devant le Conseil amena les parties à soumettre à l'arbitrage la question concrète suivante : « les armateurs finlandais ont-ils ou non épuisé les voies de recours mises à leur disposition par le droit britannique ? [155] ».

C'est sur cette question que devait donc se prononcer l'arbitre A. Bagge, lequel releva d'abord que le Gouvernement finlandais ne prétendait pas que la violation du droit international alléguée par lui avait été représentée, en l'espèce, par le rejet de la part des tribunaux britanniques du recours des armateurs finlandais, mais par l'« initial breach of international law [156] » constitué, à son avis, par la saisie et l'utilisation sans paiement des navires de leur propriété. Cela dit, l'attention de l'arbitre se concentra sur le point de savoir quels éléments de droit et de fait devaient être soumis par les plaignants aux tribunaux internes dans un cas de ce genre. Il remarqua que, lorsqu'on faisait valoir un « initial breach » du droit international, la *raison d'être* du principe de l'épuisement des recours internes était uniquement de mettre les tribunaux de l'État, jusqu'à la dernière instance compétente, à même d'enquêter et de juger sur toutes les questions de droit et de fait que l'État demandeur alléguerait dans une procédure internationale pour prouver que la violation avait eu lieu. En effet, le but poursuivi était de donner à l'État défendeur la possibilité de faire justice suivant sa propre voie ordinaire (« in their own, ordinary way »). Sans entrer ici dans le fond de la question, qui est en dehors de notre sujet, nous relevons d'abord que, par le fait même de prendre en considération la possibilité que le principe requérant l'épuisement des recours internes s'applique à des cas où le demandeur allègue un « initial breach » du droit international, l'arbitre paraissait pencher vers l'idée que le principe en question n'énonce pas une condition de la naissance de la responsabilité [157], mais uniquement une condition du recours à une procédure de réclamation. Toutefois, immédiatement après, l'arbitre déclarait qu'il n'était pas sans savoir que dans des ouvrages scientifiques, aux sessions de l'Institut de droit international, et spécialement à la Conférence de codification de 1930, on avait soutenu la thèse selon laquelle

> la responsabilité de l'État ne peut prendre naissance tant que les tribunaux nationaux n'ont pas rejeté le recours du particulier, que le motif invoqué pour introduire la réclamation internationale soit que les tribunaux nationaux n'ont pas respecté les exigences du droit international ou qu'il y a eu une violation initiale du droit international,

et il concluait finalement que

> Si cette proposition signifie que la responsabilité de l'État ne prend pas naissance tant que les motifs sur lesquels l'État demandeur dans la procédure internationale fonde son allégation de violation initiale du droit international n'ont pas été rejetés par les tribunaux nationaux, elle n'apporte guère d'autres indications quant à la question de savoir quels sont les éléments de fait ou de droit à prendre en considération au sens de la règle de l'épuisement des recours internes [158].

L'arbitre Bagge gardait donc une sorte de neutralité [159] entre les deux façons de concevoir l'exigence de l'épuisement des recours internes, puisque l'une et l'autre l'amenaient à la même conclusion sur le point dont il avait à décider. Il serait par conséquent tout à fait arbitraire de voir dans ses considérations une prise de position nette et motivée pour le rejet de la thèse qui, dans les cas où le principe de l'épuisement des recours internes entre en jeu, voit dans cet épuisement une condition de la naissance de la responsabilité internationale.

66. Les deux thèses relatives à la fonction attribuée à l'épuisement des recours internes par le principe qui énonce cette condition se sont affrontées au cours du procès entre l'Italie et la France dans l'*Affaire des phosphates du Maroc*. Dans sa requête introductive d'instance du 30 mars 1932 auprès de la CPJI, le Gouvernement italien demandait à la Cour de dire et juger que la décision du Service des mines en date du 8 janvier 1925 [160] et le déni de justice qui l'avait suivie étaient incompatibles avec l'obligation internationale de la France de respecter les droits acquis par la société italienne Miniere e Fosfati [161]. Le Gouvernement français avait accepté la juridiction obligatoire de la Cour, par une déclaration en date du 25 avril 1931, pour « tous les différends qui s'élèveraient après la ratification [...] au sujet des *situations ou des faits postérieurs*

---

[155] G. F. de Martens, éd., *Nouveau Recueil général de traités*, Leipzig, Buske, 1933, 3e série, t. XXVIII, p. 118.

[156] Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (publication des Nations Unies, numéro de vente : 1949.V.2), p. 1502.

[157] L'expression « initial breach of international law », dans le langage employé par l'arbitre Bagge, signifiait vraisemblablement « violation initiale du droit international », dans le sens de violation de ce droit commise au début de l'affaire. Mais l'expression est équivoque, car elle peut très bien se traduire par « commencement, ébauche, première étape, d'une violation du droit international »; elle exprimerait alors une idée différente, à savoir celle précisément qui nous semble appropriée pour décrire une situation concrète comme celle à laquelle l'arbitre se référait.

[158] Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III *(op. cit.)*, p. 1502 [tr. du Secrétariat].

[159] L'arbitre Bagge se bornait à dire qu'il ne comprenait pas comment on pouvait concilier la thèse en question avec le fait que, dans certaines décisions de la Commission de conciliation États-Unis d'Amérique/Grande-Bretagne créée en 1871, on avait excusé les particuliers intéressés de ne pas avoir interjeté appel contre des décisions de première instance parce qu'ils n'avaient pas pu communiquer avec leurs avocats ou parce que les délais fixés étaient trop courts. Si la violation de l'obligation internationale ne se réalise réellement qu'après le rejet de la réclamation des particuliers par la plus haute instance judiciaire interne, disait-il, le recours aux tribunaux internes est « matière de substance et non pas de procédure ». Il est cependant difficile de suivre le raisonnement de l'arbitre sur ce point. D'après l'opinion à laquelle il se référait, le principe requérant l'utilisation et l'épuisement des voies de recours interne représente en effet une condition de fond de la naissance de la responsabilité internationale — mais cela n'implique certes pas que des obstacles de procédure indûment opposés à l'utilisation normale des recours internes ne puissent pas libérer les particuliers de leurs devoirs et que la condition requise ainsi puisse être tenue pour remplie.

[160] Cette décision avait rejeté la demande d'un ressortissant italien, M. Tassara, d'être reconnu comme celui qui avait découvert les gisements de phosphates au Maroc.

[161] *C.P.J.I.*, série A/B, n° 74, p. 15.

à cette ratification * » [162]. La question se posait donc de savoir si le fait internationalement illicite dont le Gouvernement italien se plaignait pouvait ou non être considéré comme un « fait postérieur » à la date critique. Le Gouvernement italien soutenait que la violation de l'obligation internationale amorcée par la décision de 1925 n'était devenue une violation parfaite qu'à la suite de certains actes postérieurs à 1931, notamment à la suite d'une note du 28 janvier 1933 du Ministère des affaires étrangères de France à l'Ambassade d'Italie et d'une lettre du même jour adressée par ce ministère au particulier italien intéressé. Dans cette note et dans cette lettre, le Gouvernement italien voyait une interprétation officielle des droits acquis par des ressortissants italiens, interprétation contraire aux obligations internationales de la France. Il y voyait une confirmation du déni de justice déjà opposé aux intéressés par le refus du Résident général de France de permettre auxdits intéressés de lui présenter un recours gracieux d'après les termes de l'article 8 du dahir du 12 août 1913. Le nouveau déni de justice consistait à présent dans le refus définitif du Gouvernement français de mettre à la disposition des plaignants un moyen extraordinaire de recours, administratif ou autre, vu la carence des moyens ordinaires [163]. Se basant sur ces faits, le Gouvernement italien optait clairement pour la thèse qu'un fait internationalement illicite, tout en étant amorcé par le premier comportement étatique allant à l'encontre du résultat requis par une obligation internationale, ne se parfait que lorsque les particuliers lésés ont intenté sans succès tous les recours utiles et efficaces existants. C'était donc de ce moment que datait, d'après lui, la naissance de la responsabilité [164].

67. Le Gouvernement français opposa au Gouvernement italien que si, comme ce dernier l'affirmait, la décision de 1925 du Service des mines tombait vraiment sous les critiques formulées — violation de traités, violation du droit international en général —, c'était à cette date que le manquement par la France à ses obligations internationales avait été commis et parfait — c'était à cette date que le fait internationalement illicite allégué avait pris naissance. Le représentant français affirmait :

> Ici, la règle de l'épuisement des recours internes n'est plus qu'une règle de procédure. La responsabilité internationale est déjà née; mais elle ne pourra être mise en jeu par la voie diplomatique ou par la voie du recours au juge international et par la voie de requête à la Cour permanente de justice internationale que si, préalablement, les recours internes ont été épuisés [165].

68. La Cour, dans son arrêt du 14 juin 1938, indiqua qu'elle ne voyait dans les agissements du Gouvernement français postérieurs à la décision de 1925 aucun fait nouveau qui aurait donné naissance au différend en cours, et que le refus du Gouvernement français d'accéder à la demande de soumettre le litige à des juges extraordinaires ne constituait pas un fait illicite international générateur d'un différend nouveau. Après quoi, elle ajoutait :

> Dans le prétendu déni de justice allégué par le Gouvernement italien, la Cour ne peut pas voir un élément générateur du différend actuel. Dans sa requête, le Gouvernement italien a présenté la décision du Service des mines comme un fait illicite international parce que cette décision aurait été inspirée par la volonté d'écarter la mainmise étrangère, et qu'elle constituerait de ce chef une violation des droits acquis placés sour la sauvegarde des conventions internationales. S'il en était ainsi, c'est dans cette décision qu'il faudrait voir la violation déjà parfaite du droit international, violation qui engagerait par elle-même et immédiatement la responsabilité internationale. [...] En pareil cas, le prétendu déni de justice constitué soit par une carence de l'organisation judiciaire soit par le refus de recours administratifs ou extraordinaires destinés à y suppléer ne peut que laisser subsister le fait illicite. Il n'exerce aucune influence ni sur sa consommation ni sur la responsabilité qui en dérive [166].

69. Malgré certaines apparences, la Cour, en rejetant ainsi la prétention italienne de voir dans le fait internationalement illicite invoqué par le Gouvernement italien un fait postérieur à la date critique et en refusant par conséquent de retenir sa juridiction dans le cas d'espèce, ne prenait en fait pas du tout position contre la thèse de principe que le Gouvernement italien avait soutenue. D'après elle, la décision prise en 1925 par le Service des mines, décision contre laquelle il n'y avait en réalité aucun remède sous forme de recours judiciaires ou autres [167], était *de ce fait* une violation déjà *parfaite et définitive* de l'obligation internationale d'assurer aux ressortissants italiens pleine égalité de traitement en matière de concessions minières. La Cour n'acceptait donc pas de voir l'aboutissement du fait internationalement illicite attribué par le Gouvernement italien à la France dans un prétendu « déni de justice » représenté par la note du Gouvernement français du 28 janvier 1933, qui ne faisait que confirmer sur le plan diplomatique l'inexistence de recours contre la décision de 1925. Elle n'acceptait pas non plus de voir un « recours interne », au sens prévu par le principe, dans la demande adressée par les particuliers au Gouvernement français de leur ouvrir une voie judiciaire extraordinaire non prévue par la loi. En conclusion, la Cour se refusait à admettre que le fait inter-

[162] *Ibid.*, p. 22.

[163] *Ibid.*, p. 27 et 28.

[164] La thèse italienne se trouvait surtout développée dans l'exposé oral du 12 mai 1938 (*C.P.J.I.*, série C, n° 85, p. 1231 et 1232). Elle fut reprise dans l'exposé du 16 mai (*ibid.*, p. 1332 et 1333).

[165] La thèse française était exposée dans la plaidoirie orale du 5 mai 1938 (*ibid.*, série C, n° 85, p. 1048). En admettant que le Gouvernement français ait été dans le vrai en disant, dans sa note du 28 janvier 1933, que la décision du Service des mines n'était pas susceptible de recours, la position française était vraisemblablement fondée pour autant qu'elle soutenait que le fait internationalement illicite dont il s'agissait ne pouvait qu'avoir été parachevé en 1925 et que, par conséquent, la CPJI n'avait pas juridiction à son égard. Là où, par contre, il semble que la thèse française devenait contradictoire, c'est quand elle soutenait que le principe demandant l'épuisement des recours internes pouvait continuer de s'appliquer en l'espèce, à titre de règle de pure procédure. S'il n'y a pas de recours pouvant être intenté, le principe de l'épuisement des recours internes n'est manifestement pas susceptible d'une application pratique quelconque.

[166] *Ibid.*, série A/B, n° 74, p. 28.

[167] La Cour n'estimait manifestement pas que l'on pouvait voir un réel remède dans le « recours gracieux » au Résident général de France au Maroc.

nationalement illicite allégué par le Gouvernement italien — qui avait débuté, d'après ce même gouvernement, en 1925 — ait eu besoin de la note de 1933 pour se parfaire. Nul doute que cette façon de voir se défend, mais, si elle aboutit nécessairement au rejet de la requête italienne, elle ne constitue pas un rejet de l'avis que le Gouvernement italien a fait valoir, en tant que principe général, à propos de l'incidence des recours internes — là où ils existent — sur l'établissement du caractère parfait et définitif d'une violation d'un engagement international et, par conséquent, sur la naissance de la responsabilité internationale.

70. Après l'*Affaire des phosphates du Maroc*, ni la CPJI ni, ensuite, la CIJ n'eurent plus l'occasion de se prononcer sur la question qui nous préoccupe. On ne saurait voir une prise de position à ce sujet dans le passage de l'arrêt du 21 mars 1959 relatif à l'*Affaire de l'Interhandel* où, après avoir affirmé que l'épuisement des recours internes était prévu par « une règle bien établie du droit international coutumier [...] généralement observée dans les cas où un État prend fait et cause pour son ressortissant dont les droits auraient été lésés dans un autre État en violation du droit international », la Cour continue en disant que

> Avant de recourir à la juridiction internationale, il a été considéré en pareil cas nécessaire que l'État où la lésion a été commise puisse y remédier par ses propres moyens, dans le cadre de son ordre juridique interne [168].

Il est bien évident qu'en parlant de « lésion » la Cour entendait se référer, comme dans le membre de phrase précédent, à celle qu'a subie le particulier dans ses droits sur le plan interne, et non pas à celle qu'aurait éventuellement subie l'État dans le droit qui lui revient sur le plan international. Le principe énoncé (très sommairement, d'ailleurs) par la Cour est donc parfaitement conciliable avec l'idée que la violation par l'État de l'obligation internationale, justifiant un recours contre lui à la juridiction internationale, ne se parfait qu'avec le refus de remédier dans le cadre de son ordre juridique interne à la lésion causée par son comportement initial au droit d'un particulier.

71. Par contre, à la Commission européenne des droits de l'homme, quelques occasions se sont présentées de se prononcer au sujet du principe exigeant l'épuisement des recours internes. Dans la jurisprudence de cette commission, on rencontre parfois des affirmations de la nécessité de laisser à l'État la faculté de redresser « le grief allégué par ses propres moyens dans le cadre de son ordre juridique interne [169] ». La Commission se réfère là, évidemment, au grief du particulier, et ne prétend nullement que ce grief représente déjà, à lui seul, une violation parfaite d'une obligation internationale. De telles affirmations font donc partie de la série de celles que nous avons déjà prises en considération [170] et qui, en mettant en évidence la répercussion d'un défaut éventuel d'utilisation des moyens de recours internes sur la recevabilité d'une réclamation internationale, n'entendent certes pas nier par là l'incidence que ce même défaut a en premier lieu sur la formation de la responsabilité internationale. Si, d'ailleurs, il y avait besoin d'une preuve de plus du bien-fondé de cette remarque, elle nous serait fournie par la Commission elle-même. C'est en effet à elle que nous sommes redevables de la confirmation la plus récente, et en même temps très claire et directe, du principe soutenu dans la présente section. Dans sa décision de 1958 sur la requête n° 235/56, elle a en effet affirmé que

> *la responsabilité d'un État* * sur la base de la Convention des droits de l'homme *ne prend naissance* *, aux termes de l'article 26, *qu'à compter du moment où ont été épuisées toutes les voies de recours internes* * [171].

Bien que faite à l'occasion d'un cas d'application du principe en question particulièrement évident [172], l'affirmation de la Commission est rédigée en des termes se référant manifestement à toute hypothèse d'application de l'article 26 de la Convention, lequel à son tour énonce l'exigence de l'épuisement des recours internes dans les termes les plus généraux. Nul doute, donc, que la décision rapportée ici prend la valeur d'une interprétation générale du principe de l'épuisement des recours internes comme un principe énonçant avant tout une condition de la naissance de la responsabilité internationale de l'État.

72. Avant d'apporter une conclusion à l'analyse des prises de position des représentants officiels des États ainsi que des tribunaux et autres instances internationales sur le point qui nous retient, il peut encore être utile de relever les points de vue manifestés par certains juges de la CIJ ou de la Cour qui l'a précédée, dans des opinions individuelles ou dissidentes. Ces opinions paraissent d'autant plus intéressantes que, dans les cas qui les ont occasionnées, la Cour elle-même n'a pas pris directement et clairement position au sujet de notre question.

73. Quelques-unes de ces opinions ne brillent à leur tour pas par une très grande clarté. L'opinion dissidente du juge Armand-Ugon dans l'*Affaire de l'Interhandel*, par exemple, est susceptible de diverses interprétations. Il y est dit que

> Le but de la règle de l'épuisement des recours internes n'est autre que de permettre aux tribunaux internes d'examiner, dans un premier stade judiciaire, la responsabilité internationale de l'État défendeur, telle qu'elle est présentée dans la requête; naturellement, cet examen devrait se faire par un tribunal national [173].

Or, une telle affirmation peut être entendue dans le sens que le tribunal interne devrait « examiner » une responsabilité internationale déjà formée, ce qui serait à vrai dire quelque peu surprenant, car on ne voit pas

[168] *C.I.J. Recueil 1959*, p. 27.

[169] Requête n° 343/57. *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme, 1958-1959*, La Haye, vol. 2, 1960, p. 439. Des affirmations presque identiques figurent dans des décisions rendues dans les années suivantes.

[170] Voir ci-dessus par. 60.

[171] *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme (op. cit.)*, p. 305.

[172] Il s'agissait d'une affaire où il était question de mauvaise administration de la justice, cas à propos duquel presque tous sont d'accord pour prêter à l'exigence de l'épuisement des recours internes la valeur d'un principe de fond.

[173] *C.I.J. Recueil 1959*, p. 88 et 89.

comment un tribunal interne pourrait déterminer les conséquences d'une responsabilité née sur le plan des rapports interétatiques. Mais elle peut aussi être interprétée — et il est plus vraisemblables que tel soit son véritable sens — comme voulant dire que le but du principe exigeant l'épuisement des recours internes est de permettre aux tribunaux de l'État d'examiner la situation créée par un comportement étatique qui aurait amorcé le processus complexe de violation d'une obligation internationale et, partant, de création d'une responsabilité internationale — cela dans le but d'intervenir avec un remède efficace avant précisément qu'une responsabilité internationale ne s'établisse.

74. L'opinion individuelle du juge Tanaka dans l'*Affaire de la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (deuxième phase)* fait clairement valoir l'idée que la règle de l'épuisement des recours internes prend le caractère d'une règle de procédure en tant qu'elle énonce une condition pour que l'État puisse endosser devant un tribunal international la réclamation de la personne qu'il entend protéger. Mais le fait que le juge Tanaka ait aussi mentionné l'aspect de règle de procédure que le principe énoncé prend par rapport à l'exercice de la protection diplomatique et judiciaire ne semble pas indiquer qu'il ait entendu exclure l'existence de l'aspect de règle de fond que le principe prend par rapport à la question de la naissance de la responsabilité internationale [174].

75. Des avis absolument clairs et allant tous dans le sens des idées soutenues ici ont été exprimés par trois autres juges. Dans son opinion dissidente dans l'*Affaire du chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, le juge Hudson écrivait :

> C'est une règle très importante du droit international que celle qui exige que les recours internes aient été épuisés sans obtenir remède avant qu'un État puisse avec succès prendre fait et cause pour son ressortissant contre un autre État. *Cette règle n'est pas une règle de procédure, ni simplement un précepte de conduite, mais bien une partie du droit positif en matière de responsabilité internationale, c'est-à-dire de responsabilité d'État envers État* *. Si le particulier qui a subi le préjudice trouve à sa disposition un recours approprié, si ce particulier n'a qu'à entamer une démarche pour user de ce recours, *il n'y a point de fondement à une demande* * que puisse prendre en main l'État dont ce particulier est le ressortissant. *Tant que les recours internes disponibles n'ont pas été épuisés, aucune responsabilité internationale ne peut surgir* * [175].

D'autre part, le juge Cordóva, dans son opinion individuelle dans l'*Affaire de l'Interhandel*, s'exprimait de la façon suivante :

> Le droit de l'État [...] à assurer la protection de son ressortissant [...] contre un prétendu acte dommageable d'un gouvernement étranger [...] ne se pose pas, juridiquement, pendant que les juridictions de ce dernier État tranchent définitivement la question de cet acte dommageable par une décision de leurs juridictions. *Jusqu'à ce que les tribunaux de l'État défendeur aient rendu leur décision définitive, l'État ne peut être tenu pour internationalement responsable, pour la bonne raison que le dommage n'est pas encore réalisé* *. Ce principe est à la base de tous les systèmes juridiques, droit civil et droit pénal, droit interne et droit international [176].

Enfin, le juge Morelli, dans son opinion dissidente dans l'*Affaire de la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (exceptions préliminaires)*, a donné la définition du principe de l'épuisement des recours internes, qui nous paraît la plus approfondie et la plus précise sous la plume d'un juge international :

> La règle de l'épuisement des recours internes, en tant que règle du droit international général, est, à mon avis, *une règle substantielle et non pas procédurale* *. Il s'agit précisément d'une *règle complémentaire* * d'autres règles ayant, elles aussi, le caractère de règles substantielles : c'est-à-dire *des règles concernant le traitement des étrangers* *.
>
> Lesdites règles prescrivent aux États, auxquels elles s'adressent, un *résultat final déterminé* * quant au traitement des ressortissants étrangers, tout en laissant l'État obligé *libre* * pour ce qui concerne les *moyens à employer* *. Par conséquent, si un organe de l'État obligé accomplit un acte contraire au résultat voulu, *l'existence d'un fait illicite international et de la responsabilité internationale de l'État ne peut être affirmée tant qu'il existe, pour le ressortissant étranger, la possibilité d'obtenir, par les voies de l'ordre interne, la réalisation du résultat visé par la règle internationale* * [177].

76. Nous sommes heureux d'avoir pu conclure notre analyse des prises de position des représentants des gouvernements et des juges internationaux par la citation d'une opinion aussi claire, aussi explicite, aussi pénétrée du véritable esprit dont s'inspire le principe que nous étudions. Nous nous étions réservé [178] de procéder à une analyse attentive et approfondie de la jurisprudence internationale et de la pratique des États — cela, avions-nous dit, afin de contrôler si par hasard elles n'apportaient pas un net démenti aux conclusions que nous avions d'abord tirées par voie de déduction du mode d'être, du but et des bénéficiaires d'une catégorie déterminée d'obligations internationales et, partant, des conditions dans lesquelles la violation peut se réaliser. A présent, cette réserve n'a plus de raison d'être, car le moins que l'on puisse dire, c'est que notre analyse n'a apporté aucun démenti aux idées prônées par nous. Au contraire, en les voyant dans leur ensemble après avoir recherché la signification exacte des assertions qui, à première vue, avaient pu induire en erreur certains observateurs, cette pratique et cette jurisprudence nous semblent apporter, en dépit de quelques incertitudes, un solide appui aux vues que la logique des principes nous avait déjà dictées.

77. Quelques considérations supplémentaires permettront d'écarter certaines objections (qu'on a cru pouvoir déduire de telle ou telle autre prémisse) à l'encontre des conclusions établies. On a invoqué par

[174] *C.I.J. Recueil 1970*, p. 143. Quelques autres passages de son « opinion » pourraient de prime abord donner à penser que telle a été son intention, mais en réalité le doute subsiste entièrement, d'autant plus que la question de la valeur du principe de l'épuisement des recours internes était sans incidence aucune sur le point traité par M. Tanaka dans son opinion.

[175] *C.P.J.I.*, série A/B, n° 76, p. 47.

[176] *C.I.J. Recueil 1959*, p. 45 et 46. Cette opinion paraît particulièrement intéressante, car elle exprime assez clairement l'idée que l'incidence du principe exigeant l'épuisement des recours internes sur l'exercice de la protection diplomatique n'est qu'un corollaire de l'incidence que le même principe a sur la naissance de la responsabilité internationale.

[177] *C.I.J. Recueil 1964*, p. 114.

[178] Voir ci-dessus par. 54.

exemple le fait que lorsqu'un État se plaint de la violation par un autre État d'une obligation internationale concernant le traitement à réserver à des particuliers, le dommage dont il demande la réparation est celui causé par le comportement étatique adopté à l'origine et non pas celui qui est causé par le rejet des recours internes intentés par les particuliers lésés. On voudrait en déduire la preuve du fait que la responsabilité internationale naîtrait définitivement du premier comportement étatique, et donc avant l'épuisement des recours internes par les particuliers intéressés. En réalité, ce raisonnement ne tient pas. Rappelons tout d'abord qu'à plus d'une reprise a été mis en évidence, dans les précédents rapports du Rapporteur spécial et dans ceux de la Commission, le danger qu'il y a à vouloir tirer de l'élément du « dommage » et des critères applicables pour déterminer son existence et son montant des conséquences quant à la détermination d'un fait internationalement illicite, de ses données constitutives et de ses effets [179]. L'obligation de réparer qui s'établit à la charge d'un État à la suite d'un fait internationalement illicite concerne — soulignons-le encore — la réparation du manquement de l'État à ses propres obligations envers un autre État. La réparation qui peut être demandée et obtenue par l'État lésé dans son droit de voir respectées les obligations internationales concernant le traitement à réserver à des particuliers est une chose. La réparation que l'un de ces particuliers, lésé dans ses droits par le comportemcnt d'organes d'un État ayant agi à l'encontre du résultat visé par une obligation internationale, peut demander et obtenir d'un organe de recours interne du même État en est une autre. Ces réparations ont des bases différentes et sont sur des plans différents. Même si le montant de la réparation demandée par l'État sur le plan international coïncidait matériellement avec celui de la réparation demandée par le particulier sur le plan interne — même si le premier était en fait évalué d'après le second —, la différence de nature entre les deux réparations persisterait toujours.

Ces considérations de principe mises à part, l'objection examinée ici ne tient évidemment pas compte de la nature de fait étatique « complexe » que revêt la violation d'une obligation internationale dans les cas où l'exigence de l'épuisement des recours internes entre en jeu. Lorsque le particulier lésé par un comportement étatique incompatible avec le résultat requis par une obligation internationale réagit en utilisant et en épuisant sans succès les moyens de recours prévus par le droit interne, la violation de l'obligation internationale n'est pas représentée par la seule dernière étape du processus de sa perpétration, tout comme elle n'est pas représentée par la seule première étape. Elle résulte de l'ensemble des comportements étatiques successivement adoptés, du premier, qui l'amorce, au dernier, qui la complète et la rend définitive. De sorte que le préjudice subi par le particulier — et pouvant éventuellement servir de critère d'évaluation pour la détermination du montant de la réparation que l'État, agissant au titre de la protection diplomatique ou judiciaire, peut exiger — est celui que lui a causé l'ensemble des agissements étatiques qui ont été adoptés, en l'espèce, en contradiction avec le résultat internationalement requis. Même au cas où en fait on ne se baserait que sur le préjudice causé par le comportement adopté à l'origine, cela serait parce que les comportements suivants n'auraient rien ajouté à ce préjudice, et non pas parce que le processus de réalisation du fait internationalement illicite se serait conclu avec la première étape [180].

78. D'autres objections nous paraissent encore moins solidement établies. Par exemple celle d'une prétendue coïncidence nécessaire entre le moment où la violation d'une obligation internationale se parfait et où, par conséquent, la responsabilité internationale s'établit et le moment où naît le différend entre les États en cause [181]. Quelle que soit la notion de « différend international » que l'on veuille adopter, il ressort clairement de la pratique internationale que les différends — et nous ne parlons que des différends juridiques — peuvent très bien naître avant la perpétration définitive d'un fait internationalement illicite, et même sans qu'un tel fait ne se soit produit. Lier la question de la naissance du différend à celle de l'existence d'une responsabilité internationale déjà parfaitement établie, et donc tirer du fait que des différends naissent avant tout épuisement des recours internes la conclusion que cet épuisement n'aurait rien à faire avec la naissance de la responsabilité, est, à notre avis, un procédé purement arbitraire.

79. De même, nous ne pouvons accorder de valeur à l'observation selon laquelle la thèse qui voit dans

[179] A propos des conditions de l'existence d'un fait internationalement illicite, voir le troisième rapport du Rapporteur spécial (*Annuaire... 1971*, vol. II [1re partie], p. 234 et 235, doc. A/CN.4/246 et Add.1 à 3, par. 73 à 75) et le rapport de la CDI sur sa vingt-cinquième session (*Annuaire... 1973*, vol. II, p. 185 et 186, doc. A/9010/Rev.1, chap. II, sect. B, art. 3, par. 12 du commentaire). A propos de l'erreur qu'il y a à se référer aux critères concrètement utilisés pour déterminer dans les différents cas le montant de la réparation due, pour en tirer des conséquences au sujet de la détermination du fait devant être attribué à l'État comme source de responsabilité, voir le quatrième rapport du Rapporteur spécial (*Annuaire... 1972*, vol. II, p. 107 et 108, doc. A/CN.4/264 et Add.1, par. 68 à 70) et le rapport de la CDI sur sa vingt-septième session (*Annuaire... 1975*, vol. II, p. 78 et 79, doc. A/10010/Rev.1, chap. II, sect. B, sous-sect. 2, art. 11, par. 9 et 10 du commentaire).

[180] A l'inverse, même si, tout aussi à tort d'après nous, on ne retenait que le dernier acte comme constituant la violation de l'obligation internationale et, donc, comme étant la source de la responsabilité internationale, rien ne dit que la réparation que l'État pourrait demander pour cette violation devrait être établie sur la base du préjudice causé au particulier par ce dernier acte. Les critères de justice et d'équité qui président normalement à la détermination du montant de la réparation des actes illicites internationaux peuvent très bien faire en sorte que l'on se base à cette fin sur le préjudice causé par le premier acte — cela sans exclure les cas où il y a seulement des actes ultérieurs en contradiction avec les exigences d'une obligation internationale, comme il en va lorsque le fait internationalement illicite attribué à l'État est exclusivement un déni de justice. C'est là qu'on mesure combien la détermination de la réparation due pour la violation d'une obligation internationale est indépendante de la détermination du « dommage », et surtout du dommage économique directement causé par la violation elle-même.

[181] Voir Amerasinghe, *loc. cit.*, p. 448 et 449, 463; et *contra* Gaja, *op. cit.*, p. 22 et p. 23.

l'épuisement des recours internes une condition de fond ayant trait à la naissance de la responsabilité internationale serait infirmée par le fait que les tribunaux internationaux traitent normalement ce point dans la phase du procès concernant les exceptions préliminaires [182]. Le Rapporteur spécial est parfaitement convaincu de la possibilité de poser aussi en tant qu'exceptions préliminaires des questions de fond — et c'est sans doute l'opinion dominante au sein de la CIJ elle-même. Cependant, même pour ceux qui, comme les juges Hudson et Morelli, ont manifesté un avis différent [183], la conséquence qui s'impose est l'impossibilité pour les parties d'invoquer, et pour la Cour de prendre en considération, le défaut d'épuisement des recours internes en tant qu'exception préliminaire. Il faut, à leur avis, que le défaut en question soit traité comme une objection quant au fond, lors de l'examen du fond de l'affaire. Les deux juges en question se rangent en effet parmi les défenseurs les plus convaincus de l'idée que l'épuisement des recours internes constitue une condition de fond de la responsabilité, et non pas une condition de pure procédure.

80. Enfin, nous n'estimons pas devoir prendre en considération la prétendue objection basée sur la possibilité que soit prononcé un jugement purement déclaratoire avant même que les recours internes n'aient été épuisés. Notons tout d'abord que l'hypothèse est plus théorique que pratique, car elle ne s'est jamais réalisée concrètement [184]. Cela mis à part, nous n'ignorons pas l'existence de l'opinion, à vrai dire très controversée, d'après laquelle l'exigence de l'épuisement des recours internes subsisterait exclusivement en cas de réclamation avancée en vue d'une restitution ou d'un dédommagement, et ne jouerait donc pas au cas où un jugement purement déclaratoire serait demandé [185]. Mais nous ne voyons pas bien sur quelle base certains auteurs ont pu affirmer que, pour les tenants d'une telle opinion, il serait exclu *a priori* que l'épuisement des recours internes soit, comme nous le pensons, une condition pour que la violation d'une obligation internationale puisse se parfaire et devenir ainsi une source de responsabilité [186]. Il est tout à fait possible d'envisager un jugement purement déclaratoire visant à établir, avant un quelconque examen de l'existence d'une infraction et de la responsabilité qui en découle, l'existence à la charge de l'État d'une obligation internationale, le contenu, et la portée de cette obligation. On peut aussi envisager un jugement de cette nature prononcé dans le but de reconnaître qu'un comportement initial, adopté par cet État à l'égard d'un particulier, est en contradiction avec le résultat requis par l'obligation en question.

81. L'examen, bref mais suffisant, des assertions relatives à une prétendue incompatibilité de nos thèses avec les non moins prétendues conséquences que d'aucuns voudraient tirer de certaines prémisses ne nous a pas incités le moins du monde à modifier notre point de vue, pas davantage du reste que l'analyse détaillée des prises de position des gouvernements et des juges internationaux. Nous pouvons donc confirmer les déductions faites au départ à titre de conclusion sur le point examiné jusqu'ici. Dans le vaste cadre des obligations internationales qui requièrent de l'État, non pas l'adoption d'un comportement spécifiquement déterminé, mais la réalisation d'un certain résultat, il faut distinguer une catégorie spéciale d'obligations : celles qui visent spécifiquement à obtenir que, dans le cadre intérieur de l'État, un traitement déterminé soit réservé à des personnes physiques ou morales et à leurs biens. Par le fait même de cette caractérisation, il faut admettre en toute logique, comme nous l'avons indiqué [187], qu'une condition supplémentaire doit s'ajouter aux autres normalement requises pour pouvoir

---

[182] Voir encore Amerasinghe, *loc. cit.*, p. 449 et 450, 462 et 463; Chappez, *op. cit.*, p. 25.

[183] Voir leurs opinions dissidentes jointes, respectivement, à l'arrêt dans l'Affaire du chemin de fer Panevezys-Saldutiskis (*C.P.J.I.*, série A/B, n° 76, p. 47) et à celui dans l'Affaire de la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (exceptions préliminaires), [*C.I.J. Recueil 1964*, p. 114 et 115], où ils critiquent la décision de la majorité de traiter de l'épuisement des recours internes en tant qu'exception préliminaire.

[184] Dans l'Affaire de l'Interhandel, la Cour ne se prononça pas sur la demande subsidiaire du Gouvernement suisse qui requérait que la Cour se limite à déclarer qu'il y avait eu violation d'une obligation internationale, au cas où elle ne reconnaîtrait pas qu'en l'espèce les recours internes avaient été épuisés (*C.I.J. Mémoires, Interhandel*, p. 405). Les États-Unis étaient revenus, dans la procédure orale (*ibid.*, p. 501 et 502), sur ce qu'ils avaient admis à ce sujet dans la procédure écrite (*ibid.*, p. 317). Dans la décision du Tribunal d'arbitrage [de la Commission mixte] sur les dettes extérieures allemandes, rendue le 3 juillet 1958 entre la Suisse et la République fédérale d'Allemagne, le Tribunal observa, mais uniquement à titre de principe, que « l'appel au principe de l'épuisement des recours internes en tant que règle reconnue du droit international général est admis en droit seulement lorsqu'on a soulevé à l'encontre d'un État une réclamation, notamment une réclamation en vue d'une restitution ou d'un dédommagement » (*Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Stuttgart, vol. 19, 1958, p. 770 [tr. du Rapporteur spécial]).

[185] Les opinions des auteurs sont partagées à propos de la possibilité d'un jugement déclaratoire avant l'épuisement des recours internes. A l'Institut de droit international, P. Guggenheim (*Annuaire de l'Institut de droit international, 1956*, Bâle, t. 46, p. 299 et 300) et J. H. W. Verzijl (*ibid.*, p. 301) se sont prononcés en faveur d'une telle possibilité, E. Giraud et Ch. de Visscher contre (*ibid.*, p. 300 et 301). La majorité des membres a partagé la façon de voir défendue dans le texte (*ibid.*, p. 302). En faveur, on peut encore citer Fawcett (*op. cit.*, p. 457); contre, C. H. P. Law (*op. cit.*, p. 110); et, avec des hésitations, Amerasinghe (*loc. cit.*, p. 450 et 451). Tous ces auteurs, toutefois, se prononcent pour ou contre plutôt sur la base de la désirabilité ou de la non-désirabilité des conséquences d'un tel jugement que sur la base de la pratique internationale. A ce sujet, Chappez croit pouvoir affirmer que la pratique des États reconnaît la possibilité d'un tel jugement (*op. cit.*, p. 94 et suiv.). Haesler, par contre, affirme qu'il n'y a pas de précédents significatifs (*op. cit.*, p. 125). Pour Gaja, si l'on admet en général la possibilité d'un jugement déclaratoire, on doit aussi admettre la possibilité d'un jugement qui porte sur certaines des conditions du fait illicite ou de la responsabilité ou de la protection diplomatique (*op. cit.*, p. 25, note 15).

[186] D'après Amerasinghe, « ce n'est que lorsque la règle de l'épuisement des recours internes est considérée comme une règle de procédure qu'un tel jugement interviendra avant que les recours internes aient été épuisés » (*loc. cit.*, p. 451). De même, pour Chappez, « La possibilité, très largement admise dans la pratique, qu'un tribunal puisse rendre un jugement déclaratoire sans que les recours internes soient au préalable épuisés infirme la thèse qui fait de cet épuisement une règle de fond » (*op. cit.*, p. 17).

[187] Voir ci-dessus par. 48.

constater la violation d'une obligation exigeant de l'État qu'il assure concrètement un résultat donné. Ce qui entre ici en ligne de compte est précisément le fait que les obligations internationales de cette catégorie spécifique ont pour but et objet de faire en sorte que l'État assure dans son ordre interne une situation déterminée à des particuliers, à savoir à des sujets de droit interne. Il ne saurait donc y avoir de violation parfaite et définitive d'une obligation internationale de cette catégorie tant que les personnes qui sont censées être les bénéficiaires du résultat visé n'ont pas fait tout ce qui est en leur pouvoir pour que cette réalisation ait lieu. Il ne saurait notamment y avoir de violation de l'obligation tant que ces personnes n'ont pas utilisé à cette fin les moyens que l'ordre juridique interne leur offre pour réagir contre une situation incompatible avec le résultat désiré et pour la faire redresser, tant qu'ils ne sont pas allés jusqu'à épuisement de ces moyens sans pour autant parvenir au but recherché. C'est seulement à ce moment-là que l'on pourra conclure que l'État a définitivement manqué à la réalisation du résultat internationalement requis, qu'il a commis une violation parfaite de son obligation internationale et qu'il encourt donc une responsabilité internationale.

82. Au vu de ces conclusions, il semble presque superflu de se demander si le principe posant la condition de l'épuisement des recours internes est oui ou non et avant tout un principe de caractère général et de droit non écrit, bien qu'expressément prévu dans d'innombrables conventions. Comme nous l'avons déjà souligné, ce principe fait en réalité partie de ceux qui s'imposent comme la conséquence logique du mode d'être de ces obligations et de leur but et objet spécifique. Certes, de nombreuses conventions l'énoncent, le rappellent, le confirment, le précisent dans son étendue et dans ses effets, étendent ou restreignent ses limites, excluent parfois *in toto* son application aux obligations qu'elles prévoient. Mais elles font tout cela en partant précisément du principe que l'exigence de l'épuisement des recours internes leur préexiste en tant que principe d'application générale, bien que susceptible de dérogation en tant que principe qui, répétons-le, trouve ses racines dans la coutume ou, mieux encore, dans la logique même du mode d'exécution d'un certain type d'obligations internationales, et qui n'est donc certainement pas d'origine purement conventionnelle.

83. Certains auteurs récents ont d'ailleurs fait la démonstration du bien-fondé de cette assertion très consciencieusement et très exhaustivement [188]. Il nous suffira de rappeler sommairement les données essentielles d'une telle démonstration.

84. Il ne semble pas faire de doute que, dans le droit international général, le principe posant la condition de l'épuisement des recours internes s'est établi en relation étroite avec le développement des obligations internationales relatives au traitement réservé par un État aux personnes physiques ou morales étrangères et à la prévention des préjudice causés à ces personnes et à leurs biens. Si l'on parcourt la jurisprudence de la CPJI, on relève que, dans son arrêt sur l'*Affaire des concessions Mavrommatis en Palestine* (1924), la Cour définit l'exigence que les étrangers lésés par des actes étatiques contraires au droit international cherchent à « obtenir satisfaction par les voies ordinaires » comme « un principe élémentaire du droit international » [189], et l'on relève que, dans son arrêt sur l'*Affaire du chemin de fer Panevezys-Saldutiskis* (1939), elle constate que les deux parties reconnaissent l'existence « de *la règle du droit des gens exigeant l'épuisement du recours interne* * [190] ». La CIJ, dans son arrêt sur l'*Affaire de l'Interhandel* (1959), prend une position très explicite en affirmant que

> La règle selon laquelle les recours internes doivent être épuisés [...] est une *règle bien établie du droit international coutumier* * [191].

La jurisprudence arbitrale internationale suit clairement cette ligne. Dans sa décision relative à l'*Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol*, rendue en 1925, l'arbitre Max Huber présente l'exigence de l'épuisement des recours internes comme « un principe reconnu du droit international [192] ». Dans sa décision de 1930 sur l'*Affaire de la Mexican Union Railway* — déjà citée [193] pour sa définition du principe comme indiquant que « *la responsabilité de l'État en droit international ne peut commencer** » qu'après l'utilisation des recours internes —, la Commission des réclamations Grande-Bretagne/Mexique dit que le principe en question est « *l'une des règles reconnues du droit international général** » [194]. Dans sa décision de 1956 sur l'*Affaire Ambatielos*, la Commission d'arbitrage Grèce/Royaume-Uni parle de l'exigence de la pleine utilisation des recours internes comme d'une « *règle bien établie** [195] ». Dans sa décision de 1958, le tribunal institué par la Suisse et la République fédérale d'Allemagne pour l'*Accord sur les dettes extérieures allemandes* affirme que

> Il ne peut y avoir de doute que la règle de l'épuisement des recours internes [...] est [...] *une règle de droit international généralement acceptée* * [196].

La jurisprudence internationale est donc bien unanime à reconnaître l'existence du principe de l'épuisement des recours internes dans le droit international général, indépendamment des prévisions spéciales d'instruments conventionnels. En même temps, il est un fait que tous les cas concrets examinés par des tribunaux internationaux et ayant donné lieu à ces manifestations de reconnaissance du principe sont des cas de violation ou de prétendue violation d'obligations internationales

[188] Voir notamment Gaja, *op. cit.*, p. 37 et suiv.

[189] *C.P.J.I.*, série A, n° 2, p. 12.

[190] *Ibid.*, série A/B, n° 76, p. 18.

[191] *C.I.J. Recueil 1959*, p. 27.

[192] Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (publication des Nations Unies, numéro de vente : 1949.V.1), p. 731.

[193] Voir ci-dessus par. 63.

[194] *Ibid.*, vol. V *(op. cit.)*, p. 122 [tr. de l'original anglais].

[195] *Ibid.*, vol. XII (publication des Nations Unies, numéro de vente : 63.V.3), p. 118 et 119 [tr. de l'original anglais].

[196] *International Law Reports, 1958-I*, Londres, vol. 25, 1963, p. 42 [tr. de l'anglais].

concernant le traitement réservé par un État, sur son territoire, à des personnes étrangères ou à leurs biens.

85. Dans la pratique des États, les prises de position sont tout aussi nombreuses, et pratiquement unanimes à admettre le caractère général du principe relatif à l'épuisement des recours internes. On s'en rend compte en examinant les opinions exprimées par des représentants des gouvernements à l'occasion des travaux de codification en matière de responsabilité des États pour dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers. On le constate également en se référant aux convictions manifestées par des gouvernements lors de différends dans lesquels il était question de la violation d'une obligation internationale relative au traitement des ressortissants d'un autre État.

86. Pendant la tentative de codification de 1930, aucun gouvernement n'avança le moindre doute quant au fait que la règle qu'il s'agissait de codifier était une règle trouvant avant tout sa place dans le droit international général. Le domaine d'application de la règle en question était d'autre part fixé au préalable par les limites mêmes de l'objet de la conférence de codification. Réponses des gouvernements à la demande d'informations du Comité préparatoire [197], interventions des délégations à la Troisième Commission de la Conférence et propositions faites pendant le déroulement des travaux [198], texte de l'article 4 adopté en première lecture à l'issue des débats [199] — tout était fondé sur la conviction de base de l'existence du principe de l'épuisement des recours internes en tant que règle du droit international général. Les limitations du principe prévues par le texte adopté [200] ainsi que celles qu'ont proposées certains représentants partaient de cette même conviction.

87. En ce qui concerne les prises de position des gouvernements dans les nombreux cas où, dans un différend déterminé, le problème du non-épuisement des recours internes s'est posé, leur aspect le plus intéressant est la convergence de vues non seulement des gouvernements défendeurs mais aussi des gouvernements demandeurs sur la reconnaissance du principe en question en tant que règle générale du droit international. Les divergences inévitables ne concernaient que le problème de l'applicabilité du principe dans les circonstances particulières du cas d'espèce. Jamais, en tout cas, on ne prétendit que la condition de l'épuisement préalable des voies internes de recours devait être prévue par une clause spécifique d'une convention pour pouvoir être exigée. Pour ne citer que les affirmations les plus explicites faites devant la CPJI ou la CIJ, rappelons que, dans l'*Affaire relative à l'administration du prince von Pless*, le Gouvernement polonais déclara voir dans l'exigence de l'épuisement des recours internes « *un principe généralement admis dans les rapports internationaux** », et cela sans contestation aucune de la part du Gouvernement allemand [201]; que, dans l'*Affaire Losinger*, le Gouvernement yougoslave parla aussi de « *règle universellement admise** » et le Gouvernement suisse déclara ne point méconnaître cette « *règle du droit international** » [202]; que, dans l'*Affaire des phosphates du Maroc*, le Gouvernement français affirma qu'il y avait là « *une règle bien établie du droit international** » et le Gouvernement italien déclara qu'il n'avait « *pas l'intention de contester l'existence de cette règle** » [203]; que, dans l'*Affaire du chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, le Gouvernement lituanien soutint, sans rencontrer d'opposition de la part du Gouvernement estonien, que « la règle de l'épuisement des voies de recours internes est si solidement établie dans le droit international positif de notre temps [204] »; que, dans l'*Affaire de l'Anglo-Iranian Oil Co.*, le Gouvernement iranien parla de l'« épuisement préalable des instances internes » comme d'une condition à respecter « *conformément au droit international général** », et le Gouvernement britannique reconnut qu'il y avait là « *en général une condition** » [205]; que, dans l'*Affaire de l'Interhandel*, les États-Unis d'Amérique se réclamèrent du « *principe bien établi du droit international exigeant l'épuisement des recours internes** », et le Gouvernement suisse répondit qu'il ne contestait nullement cette assertion [206]; que, dans l'*Affaire de l'incident aérien du 27 juillet 1955*, le Gouvernement bulgare souligna, sans être contesté sur ce point par les Gouvernements des États-Unis d'Amérique et d'Israël, le caractère « incontestable » de la règle de l'épuisement préalable des recours internes [207]. Dans nombre d'autres cas, des prises de position analogues étaient implicites [208].

88. Les prises de position des gouvernements parties à des différends soumis à d'autres instances internationales se révèlent tout aussi concluantes. De la décision arbitrale en l'*Affaire des forêts du Rhodope central*, il ressort, par exemple, que le Gouvernement

[197] Nous avons vu *supra* (par. 55) le texte du point XII de cette demande d'informations. Pour les réponses des gouvernements, voir SDN, *Bases de discussion... (op. cit)*, p. 136 et suiv., et *Supplément au tome III* [C.75(*a*).M.69(*a*).1929.V], p. 4 et 23. La base de discussion n° 27, rédigée par le Comité sur la base de ces réponses, se trouve aussi reproduite *supra* (par. 55).

[198] Voir, pour les interventions au cours des débats, SDN, *Actes de la Conférence... (op. cit.)*, p. 63 et suiv., 162 et suiv.; pour les propositions et les amendements, *ibid.*, p. 209 et suiv., 217, 220, 227 et suiv., 251.

[199] Voir *supra* par. 56.

[200] Les limitations à l'application du principe prévues au paragraphe 2 de l'article 4 concernaient les hypothèses, évidentes en soi, où des autorités judiciaires auraient définitivement refusé d'administrer la justice ou auraient rendu des sentences définitives.

[201] *C.P.J.I.*, série C, n° 70, p. 134 et 182.

[202] *Ibid.*, n° 78, p. 156.

[203] *Ibid.*, n° 84, p. 209 et 440.

[204] *Ibid.*, n° 86, p. 143.

[205] *C.I.J. Mémoires, Anglo-Iranian Oil Co.*, p. 291.

[206] *Ibid.*, *Interhandel*, p. 315 et 402.

[207] *Ibid.*, *Incident aérien du 27 juillet 1955*, p. 276 et 277, 326, 454.

[208] Dans un seul cas, un gouvernement émit quelques doutes quant à l'existence du principe en tant que règle générale : la Belgique dans l'Affaire Borchgrave (*C.P.J.I.*, série C, n° 83, p. 65). Mais le Gouvernement belge adopta ultérieurement une attitude nettement positive dans l'Affaire relative à la Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie (*ibid.*, n° 88, p. 37) et dans l'Affaire de la Barcelona Traction (*C.I.J. Mémoires, Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* [*nouvelle requête : 1962*], vol. I, p. 215 et suiv.).

bulgare s'appuya « sur *le principe bien connu du droit international de l'épuisement des recours judiciaires internes** » et que le Gouvernement hellénique ne contesta que l'applicabilité de ce principe en l'espèce [209]; et la décision relative à l'*Affaire de l'Anglo-Iranian Oil Co.* entre l'Iran et la Grande-Bretagne indique que le Gouvernement britannique reconnut que l'exigence de l'épuisement des voies de recours internes, invoquée par le Gouvernement iranien, était « *un principe bien établi** » [210]. Il y eut un cas de contestation de l'existence de la règle en droit international général : celui de la contestation faite initialement par le gouvernement d'Helsinki dans l'*Affaire des navires finlandais*, cas soumis en 1931, comme nous l'avons rappelé *supra* [211], au Conseil de la SDN. Cependant, le Gouvernement britannique ayant réitéré que cette règle était un principe incontesté du droit international, le Gouvernement finlandais se rallia lui aussi à ce point de vue en acceptant de soumettre à l'arbitrage la question de savoir si les recours internes avaient été épuisés en l'espèce.

89. Rappelons aussi, *ad abundantiam*, que des positions significatives ont été prises par des gouvernements à d'autres occasions. Particulièrement intéressante est, par exemple, celle du Gouvernement suisse lors du débat de 1957 à l'Assemblée fédérale sur l'approbation de la Convention du 18 mars 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États. En commentant l'article 26 de cette Convention, le Conseil fédéral se référa à l'épuisement des moyens de recours internes comme à « *un principe général du droit international** [212] ». D'autre part, la pratique de certains gouvernements, ceux des États-Unis d'Amérique et du Canada notamment, de se considérer comme empêchés d'endosser des réclamations de leurs ressortissants avant épuisement par ces derniers des recours internes, prouve leur conviction de l'existence du principe en tant que principe d'application générale [213]. Rappelons, pour finir, le fait que même certaines conventions bilatérales ou multilatérales se réfèrent à l'épuisement des recours internes comme à un principe général du droit international. La Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (1950) [214], par exemple, se réfère (art. 26) à « l'épuisement des voies de recours internes, *tel qu'il est entendu** selon les principes de droit international généralement reconnus » [215].

90. L'unanimité de conviction révélée par la jurisprudence internationale et par la pratique des États, il paraît presque superflu d'ajouter que le caractère du principe dont nous nous occupons en tant que principe affirmé par le droit international général est aussi reconnu dans la quasi-totalité des ouvrages scientifiques qui ont examiné le problème. D'après nous, il n'y a pas lieu de procéder à d'autres citations des nombreux auteurs qui se sont penchés sur ce sujet, puisque, à de rares exceptions près, les internationalistes ne mettent pas en doute que l'épuisement des recours internes est prévu par le droit international général comme une condition, soit de la naissance de la responsabilité internationale, soit tout au moins de sa mise en œuvre [216].

91. C'est, enfin, en tant que principe applicable en vertu du droit international général que la condition dont nous traitons a été prise en considération dans la résolution de 1956 de l'Institut de droit international [217]. Et c'est en tant que tel que le principe énonçant cette condition a été inclus dans les projets de codification consacrés à la responsabilité internationale des États pour dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers, adoptés sous les

[209] Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III *(op. cit.)*, p. 1419.

[210] *Ibid.*, p. 122.

[211] Voir ci-dessus par. 65.

[212] Voir le message du Conseil fédéral du 15 décembre 1967 dans *Annuaire suisse de droit international, 1968*, Zurich, 1970, vol. 25, p. 271. L'existence pour la Suisse de la règle coutumière de l'épuisement des recours internes ressort aussi de ce qui a été affirmé par le Conseil fédéral en 1968 à propos de l'article 26 de la Convention européenne des droits de l'homme (*Annuaire suisse de droit international, 1969-1970*, Zurich, 1971, vol. 26, p. 172) et en 1970 à propos du Traité de conciliation, de règlement judiciaire et d'arbitrage conclu entre la Suisse et le Chili le 14 janvier 1970 (*Annuaire suisse de droit international, 1971*, Zurich, 1972, vol. 27, p. 198).

[213] Voir, pour une illustration de la pratique des États-Unis, M. Whiteman, *op. cit.*, p. 769 et suiv., et 906 et suiv.; et, pour une illustration de celle du Canada, *Annuaire canadien de droit international, 1968*, Vancouver, t. VI, p. 262 et suiv.

[214] Pour référence, voir ci-dessus note 36.

[215] L'article V de la Convention États-Unis d'Amérique/Mexique pour le règlement des réclamations réciproques, du 8 septembre 1923 (G. F. de Martens, éd., *Nouveau Recueil général de traités*, Leipzig, Weicher, 1927, 3e série, t. XVII, p. 292), parle du « principe général du droit international que les recours juridiques doivent être épuisés ».

[216] C. G. Ténékidès, qui, dans une étude publiée en 1933 (« L'épuisement des voies de recours internes comme condition préalable de l'instance internationale », *Revue de droit international et de législation comparée*, Bruxelles, 3e série, t. XIV, nº 3, 1933, p. 514 et suiv.), avait manifesté de tels doutes, changea d'avis par la suite (« les jugements nationaux « manifestement injustes » envisagés comme source de la responsabilité internationale des États », *Revue générale de droit international public*, Paris, 3e série, t. XIII, nº 4 [juil.-août 1939], p. 376). Une négation de l'existence du principe de l'épuisement des recours internes dans le droit international général apparaissait dans l'article de W. Friedmann : « Épuisement des voies de recours internes » (*Revue de droit international* [*op. cit*]. p. 318 et suiv.), mais cette étude paraît aujourd'hui dépassée. J. H. W. Verzijl, dans son rapport à l'Institut de droit international (« La règle de l'épuisement des recours internes... » [*loc. cit.*], p. 5 et suiv., et notamment 22 et 23), tout en admettant que la règle était un principe de droit international général, en a beaucoup limité la portée. A son avis, elle ne se justifierait qu'en cas de déni de justice au sens propre. Dans les autres hypothèses, la possibilité offerte à l'État d'éviter la responsabilité internationale en renvoyant l'étranger lésé devant ses tribunaux internes ne s'expliquerait que « pour des motifs d'opportunité ». Tout récemment, une vaste étude, déjà citée *supra* (note 121), de la question qui nous retient a été publiée par un jeune internationaliste italien, G. Strozzi, qui, sauf pour des hypothèses limitées, ne prête au principe requérant l'épuisement des recours internes qu'une origine conventionnelle. Cohérent avec lui-même, il ne voit dans ce principe, à l'encontre duquel il exprime en général des idées fort restrictives que, la valeur d'une condition de l'introduction d'une instance auprès d'une juridiction internationale. La position de cet auteur dans la littérature juridique italienne — qui est parmi celles qui ont consacré le plus d'attention à notre question — est toutefois isolée.

[217] Voir *Annuaire de l'Institut de droit international, 1956*, Bâle, t. 46, p. 358; et *Annuaire... 1969*, vol. II, p. 146, doc. A/CN.4/217 et Add.1, annexe IV.

auspices d'organisations internationales [218] ou par des associations scientifiques privées [219]. Le même principe fait également partie de projets concernant la responsabilité internationale des États pour faits illicites en général [220].

92. Il nous semble donc clairement établi que le droit international général a traditionnellement affirmé le principe dit de l'épuisement des recours internes en rapport avec le respect des obligations internationales qui imposent à l'État d'assurer qu'un certain traitement soit réservé aux personnes physiques et morales étrangères. Dans la première partie de cette section, nous avons souligné qu'à notre avis le principe comporte à la fois une proposition principale et un corollaire. D'après la proposition, la violation d'une obligation internationale et la responsabilité internationale découlant de cette violation ne peuvent être établies tant que les particuliers qui se plaignent d'une situation due à l'action ou à l'omission d'un organe étatique et allant à l'encontre du résultat requis par une obligation internationale n'ont pas essayé de faire redresser cette situation en recourant aux autres moyens de droit internes capables d'assurer encore le résultat internationalement exigé. D'après le corollaire, l'État d'appartenance desdits particuliers n'est pas autorisé, tant que la condition indiquée n'est pas remplie, à prendre fait et cause pour ces personnes, c'est-à-dire à prendre à leur sujet des initiatives de protection diplomatique ou judiciaire; il n'est pas autorisé, notamment, à introduire une instance auprès d'une juridiction internationale.

93. On peut cependant se demander si la constatation que l'exigence de l'épuisement des recours internes s'est affirmée dans le droit international coutumier parallèlement avec la formation des règles relatives à la condition des étrangers ne risquait pas, surtout si on l'appliquait telle quelle au droit international actuel, de nous amener à des conclusions péchant et par excès et par défaut. On peut en effet se demander si le droit international général lui-même ne prévoit pas, aujourd'hui du moins, des exceptions à l'applicabilité du principe à la détermination de la violation d'obligations internationales concernant le traitement de personnes physiques ou morales étrangères. D'autre part, on peut également se demander si la condition de l'épuisement des voies de recours internes par les particuliers intéressés ne doit pas valoir aussi pour la détermination de la violation d'obligations internationales concernant des personnes autres que celles pour lesquelles le principe qui nous retient s'est traditionnellement affirmé, et notamment des personnes physiques ou morales nationales. Naturellement, nous ne posons de telles questions que par rapport au droit international général, car nous sommes parfaitement conscients du fait que les États se prévalent parfois de la possibilité de restreindre ou d'étendre la portée du principe par voie de conventions bilatérales ou même multilatérales.

94. Considérons d'abord le premier aspect. Deux différentes hypothèses font habituellement se demander si l'épuisement des recours internes par les particuliers intéressés joue ou ne joue pas comme condition préalable pour qu'un État puisse conclure à la violation parfaite par un autre d'une obligation internationale concernant le traitement à réserver à ses ressortissants, et pour que ce même État puisse en conséquence faire valoir la responsabilité internationale ainsi encourue par l'autre. La première hypothèse concerne les cas où un premier comportement d'organes de l'État sur le territoire duquel l'acte a eu lieu (que nous appellerons ici « État territorial ») aurait créé une situation qui serait incompatible avec le résultat visé par une obligation internationale et qui léserait certaines personnes en tant que ressortissants d'un pays étranger déterminé. La deuxième concerne les cas où la lésion causée aux droits de particuliers étrangers se serait produite en dehors du territoire de l'État ou au préjudice de personnes n'ayant pas leur résidence dans l'État territorial ou n'étant pas liées à ce dernier par un quelconque lien volontaire.

95. C'est un fait que, dans le cas d'une situation engendrée par le comportement d'un organe étatique qui lèse une personne en fonction de son appartenance à un État objet d'une intention discriminatoire particulière, l'État d'appartenance de la personne en question réagit parfois en affirmant la responsabilité de l'État territorial sans attendre que la victime ait eu

---

[218] En plus des articles 4 et 9 adoptés en première lecture en 1930 par la Troisième Commission de la Conférence de codification de La Haye (*Annuaire... 1956*, vol. II, p. 226, doc. A/CN.4/96, annexe 3), voir l'article 15 de l'avant-projet de 1958 de F. V. García Amador (*Annuaire... 1958*, vol. II, p. 75, doc. A/CN.4/111, annexe) et l'article 18 de l'avant-projet révisé de 1961 (*Annuaire... 1961*, vol. II, p. 50, doc. A/CN.4/134 et Add.1, additif), le point 3 de la résolution adoptée en 1933 à la septième Conférence internationale américaine (*Annuaire... 1956*, vol. II, p. 227, doc. A/CN.4/96, annexe 6), le point VIII des principes adoptés en 1962 par le Comité juridique interaméricain se référant à l'opinion des pays latino-américains (*Annuaire... 1969*, vol. II, p. 159, doc. A/CN.4/217 et Add.1, annexe XIV), et le point IX des principes adoptés en 1965 par le même comité et se référant à l'opinion des États-Unis d'Amérique (*ibid.*, p. 161, annexe XV).

[219] Voir règle XII du projet de 1927 de l'Institut de droit international (*Annuaire... 1956*, vol. II, p. 229, doc. A/CN.4/96, annexe 8), articles VI et VII du projet de convention de 1929 de la Harvard Law School (*ibid.*, annexe 9), article 13 du projet de convention de 1930 de la Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht (*Annuaire... 1969*, vol. II, p. 157, doc. A/CN.4/217 et Add.1, annexe VIII), article 1er, par. 2, et art. 19 du projet de convention de 1961 de la Harvard Law School (*ibid.*, p. 147 et 151, doc. A/CN.4/217 et Add.1, annexe VII), et paragraphes 206 à 210 de la *Restatement* de 1965 de l'American Law Institute (*Annuaire... 1971*, vol. II [1re partie], p. 208, doc. A/CN.4/217/Add.2). Voir aussi articles III et IV du projet relatif à la protection diplomatique préparé en 1925 par l'Institut américain de droit international (*Annuaire... 1956*, vol. II, p. 227, doc. A/CN.4/96, annexe 7).

[220] C'est le cas pour les bases de discussion sur la responsabilité internationale des États établies en 1956 par F. V. García Amador (v. base nº V, par. 2) [*Annuaire... 1956*, vol. II, p. 220, doc. A/CN.4/96, par. 241] et le projet de convention sur la responsabilité des États pour faits illicites internationaux établi en 1932 par A. Roth (v. art. 9) [*Annuaire... 1969*, vol. II, p. 158 et 159, doc. A/CN.4/217 et Add.1, annexe X]. Le projet de K. Strupp (*ibid.*, p. 157, annexe IX) et celui de B. Gräfrath et P. A. Steiniger (« Kodifikation der völkerrrechtlichen Verantwortlichkeit », *Neue Justiz*, Berlin, 1973, nº 8, p. 227), consacrés eux aussi à la responsabilité des États en général, ne font pas mention de la règle, mais cela ne signifie nullement que leurs auteurs excluent l'existence de la règle de droit international général.

recours à des instances internes [221]. On relève aussi à ce sujet une phrase de la réponse du Danemark à la demande d'informations du Comité préparatoire de la Conférence de codification de 1930. En acceptant la proposition que la mise en jeu de la responsabilité de l'État selon le droit international soit « subordonnée » à l'épuisement, par les intéressés, des recours que leur accorde le droit interne de l'État dont la responsabilité est en cause, le Gouvernement danois ajoutait :

> Toutefois, il faut supposer que l'autorité nationale ne retarde pas l'affaire outre mesure ou qu'il n'y ait pas une claire négligence du droit de l'étranger parce qu'il est étranger ou ressortissant d'un certain État étranger [222].

Mais ce serait solliciter le texte de cette remarque que de lui prêter l'intention d'affirmer nettement l'existence en droit international général d'une exception à la condition générale de l'épuisement des recours internes. Cette phrase, comme l'attitude de certains États dans des cas donnés, s'insère tout bonnement dans le cadre d'une application normale et raisonnable du principe. Autrement dit, il se peut que, dans quelques cas concrets où la lésion due à l'action ou à l'omission d'un organe étatique se produisit dans le contexte d'une animosité généralisée contre les ressortissants de tel ou tel autre pays étranger, l'État d'appartenance des personnes lésées n'ait pas attendu, pour intervenir, que ces personnes aient utilisé les recours internes. Mais la raison en est beaucoup plus simple qu'une quelconque intention de se placer sur le terrain d'une prétendue exception au principe. La raison en est que dans les cas concrets en question l'État national des particuliers lésés était conscient de ce que la situation faite à ses nationaux avait d'irrémédiable sur le plan du droit interne. Il était convaincu de l'impossibilité, dans les circonstances données, de faire corriger par des voies de recours internes efficaces la situation créée par l'attitude initiale de l'État territorial [223]. Au vu de ces considérations, le Rapporteur spécial croit fermement qu'il n'y a aucune raison de prévoir expressément, pour cette hypothèse particulière, une exception à l'application normale du principe de l'épuisement des recours internes, ce principe ne se référant, comme on aura encore l'occasion de la souligner, qu'à des recours « effectifs » et « efficaces ».

96. En ce qui concerne la seconde des deux hypothèses mentionnées au paragraphe 94, il faut noter au préalable que personne ne pense contester que, en définissant le principe de l'épuisement des recours internes, on s'est souvent référé aux situations préjudiciables s'étant produites sur le territoire de l'État à l'encontre d'étrangers. Mais faut-il en déduire que le principe requérant cet épuisement ne vaudrait pas pour le cas de préjudices causés par un État à des particuliers étrangers se trouvant hors de son territoire ? Non! Le cas de préjudices causés par un État à des étrangers sur son propre territoire est certes de très loin le plus fréquent — et c'est ce qui explique la formulation des définitions en question —, mais rien ne dit qu'il faudrait voir dans ces définitions l'intention d'exclure d'autres cas d'applicabilité du principe. En fait, ni dans la pratique des États ni dans la jurisprudence internationale on ne relève la moindre prise de position explicite dans ce sens. Quant aux prétendues affirmations implicites de l'inapplicabilité de la condition de l'épuisement des recours internes à des hypothèses telles que celle de préjudices causés aux biens de particuliers étrangers en haute mer, leur examen se révèle fort peu concluant [224]. Dans la littérature juridique, quelques auteurs se sont exprimés contre l'applicabilité du principe de l'épuisement des recours internes en cas de lésions causées par les organes d'un État à des étrangers ou à leurs biens en dehors du territoire de cet État. Mais l'on ne peut pas dire qu'ils aient donné une justification convaincante de leur position [225]. Ajoutons

[221] Gaja (*op. cit.*, p. 79) rappelle, à titre d'exemples récents, le communiqué du 31 juillet 1964 du Ministère des affaires étrangères français à l'occasion de manifestations à Saïgon contre des particuliers français (pour texte, v. Ch. Rousseau, « Chronique des faits internationaux », *Revue générale de droit international public*, Paris, 3e série, t. XXXV, nº 4 [oct.-déc. 1964], p. 943) et la note du Gouvernement néerlandais du 18 décembre 1959 concernant des mesures discriminatoires de nationalisation adoptées par l'Indonésie (*American Journal of International Law*, Washington [D.C.], vol. 54, nº 2 [avril 1960], p. 487 et suiv.).

[222] SDN, *Bases de discussion... (op. cit.)*, p. 136. Le Rapporteur de la sous-commission, Ch. de Visscher, indiqua que l'affirmation du principe ne préjugeait pas de la possibilité pour l'État de prétendre, avant l'épuisement des recours internes, à la réparation du préjudice distinct subi par l'État à la suite de dommages causés à des personnes en raison de leur appartenance à une nationalité déterminée.

[223] Il était difficile, dans ces cas, à l'État défendeur lui-même de contester sérieurement le défaut d'efficacité des recours utilisables. Voir encore Gaja *(op. cit.)* sur la possibilité d'expliquer les rares manifestations de la pratique autrement que par la reconnaissance de la prétendue exception.

[224] Dans les cas de saisie en haute mer de navires, et en particulier de bateaux de pêche privés, l'État du pavillon a parfois exigé sans délai la remise du bateau ou le dédommagement. C'est ce qui s'est passé dans l'Affaire du S.S. *I'm Alone* entre le Canada et les États-Unis d'Amérique, décidée en 1933 par un tribunal arbitral (Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III [*op. cit.*], p. 1609 et suiv.). Toutefois, dans d'autres cas, l'État du pavillon n'a pas voulu intervenir immédiatement (v. cas cités par Law, *op. cit.*, p. 103 et suiv., et par Gaja, *op. cit.*, p. 90 et suiv.). En matière de prises, la pratique semble étayer l'idée de l'applicabilité du principe exigeant l'épuisement des recours internes (v. Reuter, *loc. cit.*, p. 161 et suiv., et Gaja, *op. cit.*, p. 91, note 17). Dans les cas d'avions abattus en haute mer, on a souvent requis et souvent obtenu une réparation sans qu'il y ait eu épuisement préalable des recours internes, mais c'était dans le cadre de solutions amiables. De plus, le caractère privé des avions abattus était souvent sujet à caution. En matière de dommages causés à des particuliers étrangers sur le territoire d'autrui, on cite parfois l'Affaire de la Consolidated Mining and Smelting Company at Trail, British Columbia (« Trail Smelter Case ») [États-Unis d'Amérique *c.* Canada : sentence du tribunal arbitral dans Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III *(op. cit)*, p. 1907 et suiv.], dans laquelle la fumée d'une fonderie située au Canada avait causé des dommages en territoire américain. L'obligation internationale dont on faisait valoir la violation était toutefois celle du respect du territoire d'un autre État plutôt que celle qui avait trait au traitement réservé à des particuliers étrangers. Il faut enfin rappeler que, dans bien des cas, la non-application du principe de l'épuisement des recours internes n'était due qu'à l'inexistence, en l'espèce, de recours efficaces.

[225] Voir p. ex. C. Parry, « Some considerations upon the protection of individuals in international law », *Recueil des cours..., 1956-II*, Leyde, Sijthoff, 1957, t. 90, p. 688; T. Meron, « The incidence of the rule of exhaustion of local remedies »,

que ceux d'entre les projets de codification dont la portée n'était pas limitée préalablement à la responsabilité internationale pour dommages causés par l'État sur son territoire à des particuliers étrangers ou à leurs biens n'ont pas prévu d'exclure de l'applicabilité du principe qui nous retient les cas de dommages infligés à ces particuliers en dehors des limites de son territoire.

97. Il faut dire en général que, d'après nous, il n'existe aucune justification plausible de la limitation en question. Les auteurs qui l'ont soutenue n'ont manifestement pas eu présentes à l'esprit la raison d'être et la signification véritable du principe posant la condition de l'épuisement des recours internes là où l'exigence de cette condition se justifie. Pourquoi, en effet, l'action d'un organe étatique constituerait-elle une violation accomplie d'une obligation internationale relative au traitement de particuliers étrangers lorsqu'elle affecte des biens se trouvant en dehors du territoire de l'État et, par contre, ne la constituerait pas lorsqu'elle concerne des biens se trouvant à l'intérieur de ce territoire ? Pourquoi, dans le premier cas, la responsabilité internationale et la faculté de la mettre en œuvre naîtraient-elles immédiatement de l'action indiquée, tandis que dans le second elles ne naîtraient qu'à la suite d'un agissement ultérieur ? En fait, le seul critère valable, en cas de préjudice causé par un État à la personne ou aux biens de particuliers étrangers, pour décider si le principe de l'épuisement des recours internes doit ou ne doit pas trouver application est celui de l'existence ou de la non-existence de moyens de recours appropriés et efficaces à la disposition de ces particuliers. Nous ne nions pas qu'il est parfois plus difficile que les étrangers lésés disposent de tels moyens en cas de préjudice causé à leurs biens en dehors du territoire de l'État auteur des mesures préjudiciables [226]. Cependant, là où des moyens de recours appropriés et efficaces existent et où leur utilisation est à la disposition des intéressés, nous ne voyons vraiment aucune raison de priver l'État de la possibilité de s'acquitter de son obligation en adoptant, sur recours des intéressés en question, les mesures nécessaires pour corriger la situation engendrée par un premier comportement de ses organes. Il nous semble inconcevable qu'il soit privé de cette possibilité pour la seule raison que la situation à corriger s'est créée à l'extérieur plutôt qu'à l'intérieur des frontières étatiques. D'ailleurs, même en ne prêtant au principe de l'épuisement des recours internes que la valeur d'une règle purement « technique » — ce que nous contestons —, nous ne voyons pas pourquoi le lieu où se trouvaient les biens du particulier lors du préjudice subi devrait avoir une importance décisive pour déterminer si l'État d'appartenance de ce particulier est ou non tenu d'attendre que ce dernier ait utilisé les moyens de recours internes avant de pouvoir intervenir lui-même au titre de la protection diplomatique [227],

98. Les conséquences ci-dessus valent aussi sans changement en ce qui concerne la prétendue exception que le principe de l'épuisement des recours internes aurait à comporter en cas de préjudices causés à des étrangers non résidant sur le territoire de l'État autour de ces préjudices. Là aussi, on cherche à introduire un élément territorial n'ayant rien à faire avec la *ratio* du principe exigeant l'épuisement des recours internes. La thèse selon laquelle le principe en question serait inapplicable au cas de préjudices causés à des étrangers non résidents a été soutenue dans la pratique par le Gouvernement français dans l'*Affaire relative à certains emprunts norvégiens*, afin de libérer les ressortissants français porteurs de titres norvégiens mais résidant en France de l'utilisation des recours prévus par l'ordre juridique norvégien. On lit dans la réplique du Gouvernement français du 20 février 1957 que

> Si la règle actuellement examinée est quelquefois formulée par les termes « épuisement préalable des recours internes », elle l'est également et peut-être plus souvent par les termes « épuisement des recours locaux », « local redress », etc. [...], qui indiquent une nuance qui touche au fond même de cette règle à sa justification.
>
> [...] la seule explication de la règle réside dans l'exigence qu'un étranger qui se trouve en litige avec *l'État sous la souveraineté duquel il a voulu vivre* * ne puisse provoquer le transfert de son affaire sur le plan international sans avoir épuisé au préalable tous les moyens de la régler par les voies locales [228].

Le Gouvernement norvégien contesta vivement une telle façon de voir, et affirma que la limitation prêtée à la règle par le Gouvernement français ne trouvait aucun précédent dans la pratique[229]. La Cour n'eut pas l'occasion de se prononcer, mais le juge Read critiqua fortement la position française dans son opinion dissidente en observant :

> La France n'a pas invoqué de précédent persuasif sur cette limitation du champ d'application de la règle : l'ensemble des précédents est en réalité dans l'autre sens [230].

Il est inexact, en effet, du moins à notre époque, que l'exigence de l'épuisement des recours internes n'ait été appliquée qu'à des cas de préjudices causés à des étrangers résidant dans le territoire de l'État auteur du préjudice. Pour ne citer que deux cas restés fameux, rappelons que dans l'*Affaire des navires finlandais* et dans l'*Affaire Ambatielos*, les particuliers lésés ne

---

The British Year Book of International Law, 1959, Londres, vol. 35, p. 98; Law, *op. cit.*, p. 104; I. L. Head, « A fresh look at the local remedies rule », *Annuaire canadien de droit international, 1967*, Vancouver, t. V, p. 153; C. F. Amerasinghe, *State Responsibility for Injuries to Aliens*, Oxford, Clarendon Press, 1967, p. 185 et suiv.

[226] Dans certaines des décisions prises dans des situations concrètes, et qui ont paru basées sur l'idée de la non-applicabilité du principe de l'épuisement des recours internes en cas de préjudice causé en dehors du territoire de l'État, l'aspect décisif semble avoir été, en réalité, celui du caractère plus ou moins efficace qu'avaient en l'espèce les recours internes disponibles.

[227] Trouverait-on une justification quelconque, par exemple, à ce que l'armateur d'un navire privé ayant subi un préjudice du fait d'organes d'un État donné soit tenu d'épuiser les recours internes de cet État au cas où l'action commise au dam de son navire aurait eu lieu dans les eaux territoriales et ne le soit pas au cas où la même action se serait déroulée dans les eaux internationales ?

[228] *C.I.J. Mémoires, Certains emprunts norvégiens*, vol. I, p. 408.

[229] *Ibid.*, p. 452 et suiv.

[230] *C.I.J. Recueil 1957*, p. 97.

résidaient pas dans le territoire de l'État auteur du préjudice allégué. Pourtant, les gouvernements demandeurs — la Finlande dans le premier cas et la Grèce dans le second — n'invoquèrent ni l'un ni l'autre cette circonstance pour faire valoir sur cette base l'inapplicabilité du principe.

99. Nous pouvons ajouter que l'article 4 du projet adopté en première lecture par la Troisième Commission de la Conférence de La Haye de 1930 [231] ne fait aucune distinction entre étrangers résidents et étrangers non résidents. Il en va de même pour tous les autres projets de codification adoptés sous les auspices d'organisations internationales et pour les projets d'origine privée. Enfin, la plupart des auteurs rejettent l'idée d'une distinction sur la base indiquée [232]. Nous croyons donc inutile de nous étendre davantage sur l'idée de cette limitation, qui, à notre avis, ne se justifie pas dans la logique du principe et qui, en pratique, aurait des effets inadmissibles. Elle laisserait en effet en dehors du domaine d'application du principe bon nombre d'hypothèses de nationalisation de biens d'étrangers ou de préjudices causés à des investissements d'étrangers pour la seule raison que ces étrangers ne résideraient pas dans le pays. La préoccupation d'éviter au particulier s'estimant lésé une charge par trop onéreuse en lui demandant d'épuiser les recours internes dans un pays autre que celui où il réside ne peut pas justifier ce genre de conclusions.

100. L'idée d'une exception qui n'exempterait de l'application de la condition de l'épuisement des recours internes que les étrangers n'étant pas liés à l'État dont les recours devraient être utilisés par un quelconque lien volontaire est très proche, par son esprit, de l'idée d'une exception concernant le cas d'étrangers non résidents, mais elle est plus restrictive dans ses prévisions. Cette idée fut développée dant la CIJ par le Gouvernement israélien à propos des préjudices causés à des ressortissants israéliens par la D.C.A. bulgare, qui abattit un avion civil israélien qui avait pénétré par erreur dans l'espace aérien bulgare [233]. Le Gouvernement bulgare contesta l'existence de cette limitation [234]; les États-Unis d'Amérique, dont les ressortissants avaient également été lésés par l'action des autorités bulgares, firent valoir la non-applicabilité du principe en l'espère, sans toutefois invoquer l'exception avancée par le Gouvernement israélien [235]. La Cour n'eut pas l'occasion de se prononcer sur cette question, mais l'idée de l'introduction de cette exception a ensuite trouvé quelques partisans dans la littérature juridique [236]. Au stade actuel, cependant, il ne semble pas qu'une exception ainsi conçue, même très limitée, ait déjà trouvé un soutien dans la pratique internationale, et nous hésiterions à en proposer l'adoption, même du point de vue du développement progressif du droit international. Si l'on devait entrer dans ces vues, il nous semblerait plus conciliable avec la raison d'être et la logique du principe de l'épuisement des recours internes de prévoir, sous une forme à étudier, que la collaboration des particuliers ne soit pas toujours exigée pour la mise en mouvement des rouages qui permettent à l'État de remédier par un nouveau comportement à la situation contraire au résultat internationalement requis de lui créée par son premier comportement. Cela serait par exemple à prévoir dans les cas de préjudices causés à un étranger amené contre sa volonté sur le territoire d'un État ou en transit aérien ou terrestre. En effet, on pourrait trouver que les charges qui incomberaient autrement à ce particulier seraient trop lourdes pour trouver leur justification. Toutefois, sans même prévoir expressément une exception qui risquerait de compromettre la solidité du principe, ne pourrait-on pas considérer ces quelques cas extrêmes comme couverts par l'exigence générale qui veut que les recours internes soient *efficaces*, en comprenant dans cette exigence aussi celle que ces recours soient encore effectivement utilisables, dans les cas soumis, par les particuliers intéressés ? Et ne serait-il pas possible d'envisager que pour de tels cas l'État puisse prévoir des formes d'utilisation d'office des voies de recours internes, afin d'éviter d'être placé, pour des raisons qui ne lui sont pas imputables, dans une situation entraînant pour lui une responsabilité internationale ?

101. Après l'examen du premier des deux aspects mentionnés *supra* [237], passons maintenant à l'examen du second. Il faut se demander si une extension du domaine traditionnel dans lequel le principe dont nous

[231] SDN, *Actes de la Conférence... (op. cit.)*, p. 237. Texte reproduit dans *Annuaire... 1956*, vol. II, p. 226, doc. A/CN.4/96, annexe 3.

[232] Fait exception D. R. Mummery (« The content of the duty to exhaust local judicial remedies », *American Journal of International Law*, Washington [D. C.], vol. 58, nº 2 [avril 1964], p. 390 et suiv.), qui considère le principe applicable au cas d'étrangers résidents ou à celui d'étrangers non résidents mais ayant leurs biens sur le territoire de l'État mis en cause. Pour D. P. O'Connell (*International Law*, 2e éd., Londres, Stevens, 1970, vol. II, p. 950 et suiv.), le principe ne s'appliquerait pas si l'étranger se trouvait en dehors de la juridiction de l'État. Sont très nettement contre toute idée de limitations de ce genre A. D. McNair (*International Law Opinions*, Cambridge, University Press, 1956, vol. II, p. 219) et Gaja (*op. cit.*, p. 87 et suiv.).

[233] Dans son exposé oral, l'agent du Gouvernement israélien s'exprime ainsi :

« Il existe un certain nombre de restrictions importantes à l'application de cette règle. A mon avis, [...] il est essentiel, pour que la règle soit applicable, *qu'un lien existe** entre le particulier lésé et l'État dont les actes sont en cause. Je pense que tous les précédents montrent que la règle ne s'applique que lorsque l'étranger [...] a créé *un rapport volontaire, conscient et délibéré** entre lui-même et l'État étranger dont les actes sont en cause. Tous les précédents se rapportent à des cas où un lien de cette nature a été établi, par exemple du fait de la résidence dans cet État, d'activités commerciales que l'intéressé y exerce ou de biens qu'il y possède [...] ou parce qu'il a un lien contractuel avec le gouvernement de cet État, comme dans les cas où il s'agit de porteurs de bons étrangers; et l'on pourrait certainement citer d'autres cas encore. » (*C.I.J. Mémoires, Incident aérien du 27 juillet 1955*, p. 531 et suiv.) [Tr. du Secrétariat.].

[234] *Ibid.*, p. 565.

[235] *Ibid.*, p. 301, 326 et suiv.

[236] Meron (*loc. cit.*, p. 94 et suiv.), Head (*loc. cit.*, p. 153), Jiménez de Aréchaga (*loc. cit.*, p. 583), Chappez (*op. cit.*, p. 48 et suiv.) se sont prononcés dans ce sens. Law (*op. cit.*, p. 104) lie l'exception prônée au cas d'absence de soumission volontaire de l'étranger à la loi et à la juridiction locales. *Contra*, Gaja, *op. cit.*, p. 89.

[237] Voir ci-dessus par. 93.

traitons s'est formé ne s'est pas produite dans le droit international actuel. Ne croit-on pas aujourd'hui pouvoir appliquer à d'autres secteurs aussi la condition requérant que les personnes intéressées à l'exécution par l'État d'obligation internationales les concernant utilisent et épuisent les moyens disponibles de recours interne avant que l'on puisse mettre à la charge de l'État la violation accomplie de l'une de ces obligations et conclure ainsi à l'existence d'une responsabilité internationale de cet État et à la possibilité de la faire valoir ?

102. Disons tout de suite qu'il ne saurait être question d'une extension de l'applicabilité du principe à des cas de préjudices subis par des personnes agissant dans le pays en qualité d'organes de leur État d'appartenance. On a parlé d'une prétendue exclusion de l'applicabilité de la règle de l'épuisement des recours internes à des personnes étrangères qui jouissent dans le pays d'une protection internationale spéciale. La résolution de 1956 de l'Institut de droit international s'exprimait en ces termes [238]. L'expression peut cependant induire en erreur. Elle pourrait donner l'idée d'une sorte d'exception faite à une application autrement normale du principe et due au fait que certains étrangers — dont les agents diplomatiques, les agents consulaires, les chefs d'État — bénéficient sur le territoire du pays d'une protection plus grande que celle des personnes étrangères en général. Or, en réalité, il ne s'agit ici d'aucune exception. Comme nous l'avons mis en évidence dès le début de cette section, le principe dit de l'épuisement des recours internes s'est affirmé en droit international général parallèlement à la formation d'obligations internationales prévoyant le traitement à réserver par l'État à des personnes physiques ou morales étrangères. C'est eu égard à l'objet spécifique de ces obligations, au fait que des personnes privées sont prévues comme les bénéficiaires de leur exécution, qu'il a paru normal que ces mêmes personnes aient à mettre en mouvement les rouages qui permettront à l'État de remédier, le cas échéant, aux éventuelles conséquences négatives du comportement initial de ses organes et d'assurer encore ainsi le résultat dont ce comportement initial risquait de compromettre la réalisation. En d'autres termes, tout cela a un sens précisément parce qu'il s'agit de l'exécution ou de la violation d'obligations concernant le traitement à réserver à des particuliers. Les chefs d'État étrangers, les agents diplomatiques, les agents consulaires, les membres de missions spéciales d'un État étranger, ne sont pas des particuliers étrangers : ils sont des organes étatiques, ils sont l'État étranger lui-même. Leur cas reste donc en dehors des hypothèses d'application possible du principe qui nous retient [239]. C'est cette raison et non pas la protection spécialement prévue pour eux qui fait que, s'ils sont victimes d'un préjudice qui les atteint dans leur sphère officielle, il n'est pas question de leur demander d'utiliser des voies de recours internes. Cette utilisation pourra leur être demandée dans le cas particulier où ils se plaindraient d'une action étatique contraire à une obligation internationale qui les aurait atteints dans leur sphère privée, dans un cas donc où eux-mêmes n'apparaissent plus qu'en tant que simples particuliers [240]. Mais il va sans dire qu'alors nous avons affaire à l'hypothèse normale d'application du principe et non pas à une extension exceptionnelle de ce dernier à d'autres domaines.

103. Une extension du domaine traditionnel d'application du principe requérant l'épuisement des recours internes peut automatiquement résulter du fait de la participation croissante prise par le capital public dans des sociétés privées. Il est utile d'avoir cette évolution présente à l'esprit quand on définit le cadre des situations concrètes dans lesquelles l'utilisation des recours internes doit entrer en ligne de compte. Le fait que l'exigence de cette utilisation se soit affirmée en relation avec les obligations internationales ayant pour objet le traitement à réserver par l'État à des particuliers étrangers ne doit pas nous amener, dans ce contexte, à donner aujourd'hui au terme « particulier » la même acception qu'il y a un siècle. Une société étrangère à participation partielle, ou même prépondérante, de capital public est tenue, si les conditions en sont réunies, d'utiliser les recours internes tout comme une société à participation actionnaire purement privée. La présence d'une participation de capital public n'a d'ailleurs jamais été invoquée pour exclure l'applicabilité du principe de l'épuisement des recours internes à une personne morale donnée. Le Gouvernement britannique, par exemple, ne le fit pas dans l'*Affaire de l'Anglo-Iranian Oil Co.* Et dans le différend relatif à l'*Incident aérien du 27 juillet 1955*, le conseil du Gouvernement bulgare observa, à l'appui de l'applicabilité du principe dans le cas d'espèce :

> Et quand bien même on ferait la preuve que la compagnie El Al est une compagnie [...] dont l'État d'Israël posséderait

[238] La résolution prévoyait que la règle de l'épuisement des recours internes ne s'appliquerait pas « au cas où l'acte dommageable a atteint une personne jouissant d'une protection internationale spéciale » (*Annuaire de l'Institut de droit international, 1956*, Bâle, vol. 46, p. 358).

[239] Il en va de même pour d'autres organes d'un État appelés à remplir des fonctions sur le territoire d'un autre État, ou pour des organes de sujets de droit international autres que les États, tels le Saint-Siège ou des organisations internationales. A ce propos, il est intéressant de noter l'opinion individuelle donnée par le juge Azevedo en relation avec l'avis consultatif sur l'affaire de la Réparation des dommages subis au service des Nations Unies :

> « S'il s'agit de fonctionnaires ou d'experts nommés directement par l'Organisation des Nations Unies, [...] l'Organisation [...] pourra présenter la réclamation sans avoir besoin d'invoquer un déni de justice ni même d'établir l'épuisement préalable des voies de recours internes. » (*C.I.J. Recueil 1949*, p. 195.)

[240] Imaginons qu'un diplomate étranger possède dans le pays accréditaire une propriété privée, une maison de campagne, par exemple, qu'il aurait achetée pour s'y retirer un jour ou pour son profit personnel. Et supposons qu'il soit victime d'un acte de confiscation commis par une autorité du lieu contrairement aux prévisions d'un traité requérant le respect de la propriété immobilière des nationaux de son pays. Il lui faudra manifestement utiliser les voies de recours internes avant qu'on ne puisse conclure à l'existence d'une responsabilité internationale de l'État accréditaire et à la possibilité d'agir en conséquence. (Notons que l'on ne saurait invoquer contre cette conclusion le fait que l'agent diplomatique jouit d'une exemption totale de la juridiction locale. Cette exemption interdit que le diplomate ait à comparaître devant les tribunaux en tant que défendeur, mais ne l'empêche nullement d'avoir recours à eux en tant que demandeur.)

l'immense majorité des actions je dirais que cela ne change rien à l'affaire [241].

D'autre part, sans vouloir entrer dans une question dont les aspects principaux dépassent les limites de nos préoccupations actuelles, nous tenons simplement à observer que nous ne croyons pas que l'applicabilité du principe de l'épuisement des recours internes doive être exclue dans le cas de personnes morales étrangères dont le caractère public serait prédominant, sinon exclusif. L'aspect essentiel nous paraît devoir être, à ce sujet, non pas le caractère plus ou moins public que la personne morale se voit attribuer dans son ordre juridique d'appartenance, mais le fait que son activité sur le territoire de l'État étranger se déploie dans les mêmes domaines que ceux dans lesquels se déroulent habituellement les activités des personnes morales privées [242].

104. Nous pensons toutefois qu'on ne peut parler d'une véritable extension du domaine d'application du principe de l'épuisement des recours internes qu'en ce qui concerne l'applicabilité de l'exigence posée par ce principe aux bénéficiaires des obligations que les États rencontrent actuellement à propos du traitement à réserver, non plus seulement à des particuliers « étrangers », mais aussi à des particuliers « nationaux ». Le problème est relativement récent, car il y a peu de temps que les États ont admis que le droit international leur impose des devoirs à ce sujet — et ils ne l'ont fait jusqu'ici que dans des proportions limitées. Il faut aussi remarquer que les obligations internationales de l'État relatives au traitement de ses propres citoyens sont presque exclusivement de nature conventionnelle et que, dans les instruments qui les prévoient, on énonce presque toujours explicitement la condition de l'épuisement des recours internes par les personnes intéressées. Il est entendu, cependant, que l'existence actuelle de quelques règles coutumières en la matière ne peut pas être entièrement exclue et que de telles règles iront vraisemblablement en augmentant. Du reste, une définition de la question dans le présent projet peut aussi être utile pour l'interprétation des conventions où le problème de l'applicabilité du principe de l'épuisement des recours internes n'est pas explicitement résolu.

105. Cela dit, il nous semble hors de doute que le principe qui forme l'objet de la présente section doit s'appliquer aussi en matière d'obligations internationales de l'État concernant le traitement à réserver à ses propres sujets. Nous ne voyons absolument pas pourquoi l'État éviterait d'encourir une responsabilité internationale en remédiant, sur l'initiative indispensable des personnes intéressées, à des situations incompatibles avec le résultat requis par des obligations internationales dans les cas où ce résultat concernerait des étrangers et non dans ceux où il concernerait des nationaux. Observons, de surcroît, que les États, qui sont déjà peu enclins à admettre des interventions fréquentes de la part d'autres États quand ces interventions se font au titre de la protection de sujets de ceux-ci, ne peuvent que l'être moins encore quand ces interventions ont lieu au titre de la protection de leurs propres sujets. Il est donc impensable qu'ils acceptent de renoncer, juste en ce qui concerne la violation éventuelle d'obligations relatives au traitement de leurs propres nationaux, au précieux « filtrage » représenté par l'exigence préalable des recours internes. Le fait même que les principales conventions internationales relatives à la protection des droits de l'homme prévoient expressément l'exigence de l'épuisement préalable des recours internes [243] exclue l'éventualité que les États renoncent à ce « garde-fou » pour des obligations de nature coutumière. Nous pensons donc qu'il faut tenir compte de ces considérations dans la définition du principe que nous nous proposons de donner, et notamment qu'il est opportun d'éviter de limiter aux seuls particuliers étrangers la mention, dans la formule à adopter, des personnes à la charge desquelles l'exigence de l'épuisement des recours internes se pose.

106. Il nous reste à préciser brièvement ce que veut dire au juste utiliser et épuiser les moyens de recours internes. Il va sans dire, et sous un autre angle nous l'avons déjà mis en évidence [244], que la condition posée par le principe dont nous traitons présuppose qu'il existe, dans l'ordre juridique interne de l'État concerné, des voies de recours ouvertes aux particuliers intéressés [245]. Si la mesure initialement prise par un organe étatique, qu'elle soit législative, exécutive, judiciaire ou autre, n'est susceptible d'aucun recours, la possibilité de remédier par d'autres moyens à la situation engendrée par la mesure en question est exclue. La violation par l'État de son obligation internationale est dès le

[241] *C.I.J. Mémoires, Incident aérien du 27 juillet 1955*, p. 569. Voir à ce sujet Gaja, *op. cit.*, p. 82, note 6.

[242] Divers auteurs inclinent à penser — avec quelques hésitations, il est vrai — que l'exigence de l'épuisement des recours internes s'étendrait progressivement aux hypothèses de l'épuisement des recours internes s'étendrait progressivement aux hypothèses de lésions causées à des entités publiques étrangères — États y compris — pour autant qu'elles aient agi en l'espère *jure negotii* ou *gestionis*. Pour des références, voir Gaja, *op. cit.*, p. 83, note 6. Pour les raisons déjà indiquées *supra* (note 240), nous pensons que l'exemption de la juridiction locale dont jouiraient ces entités n'a aucune incidence sur la solution de notre problème.

[243] Il en est ainsi dans la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales [pour référence, v. ci-dessus note 36] (art. 26), dans la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale [*idem*, note 8] (art. 11, par. 3, et art. 14, par. 7, al. *a*), dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques [résolution 2200 A (XXI) de l'Assemblée générale, annexe] (art. 41, par. 1, al. *c*) et dans le protocole facultatif s'y rapportant [*ibid.*] (art. 5, par. 2, al. *b*).

[244] Voir ce que nous avons dit au paragraphe 42 à propos des cas où l'État rencontre dans le système de son droit interne un obstacle insurmontable à l'utilisation de la possibilité de s'acquitter encore de son obligation en remédiant *ex post facto* et par un comportement nouveau à une situation incompatible avec le résultat internationalement exigé, créée par son comportement initial.

[245] Voir la constatation faite le 29 mai 1873 par M. Fish, secrétaire d'État américain, d'après laquelle « un demandeur dans un État étranger n'est pas obligé d'épuiser les recours en justice quand il n'y a pas de recours à épuiser » (J. B. Moore, *A Digest of International Law*, Washington [D.C.], U.S. Government Printing Office, 1906, vol. VI, p. 677) [tr. de l'original anglais]. Pour une analyse de la pratique des États, de la jurisprudence internationale et des opinions des auteurs sur ce point, voir Gaja, *op. cit.*, p. 123 et suiv., note 29, et p. 85, note 9.

début parfaite. La responsabilité internationale de l'État est donc déjà née et rien ne peut retarder la possibilité de sa mise en œuvre. La seule réserve à faire concerne le cas où l'inexistence de recours ouverts à l'action du particulier serait due à sa propre négligence — au fait, par exemple, qu'il ait laissé passer les délais pour introduire son recours [246].

107. Les véritables problèmes d'interprétation du principe se posent donc lorsque des voies de recours contre une mesure étatique déterminée existent en droit et qu'elles sont ouvertes aux particuliers qui se considèrent lésés par cette mesure. Tout le monde est d'accord pour reconnaître en principe qu'il ne suffit pas non plus qu'il y ait des voies de recours pour que la condition de leur utilisation par les particuliers intéressés s'impose de façon obligatoire. Cependant, l'accord est moins unanime quant à la détermination des cas dans lesquels il est admissible de ne pas remplir cette condition. Les formes de recours varient sensiblement d'un système juridique à l'autre : le droit international ne peut donc que donner une indication de principe, qui doit être adaptée à chaque cas d'espèce. Il faut en tout cas toujours avoir présente à l'esprit la véritable raison d'être du principe de l'épuisement des recours internes : permettre à l'État d'éviter la violation d'une obligation internationale, en remédiant, par un comportement ultérieur adopté à l'initiative des particuliers intéressés, aux conséquences d'un premier comportement contraire au résultat requis par l'obligation. Du point de vue de la personne à laquelle il revient de prendre l'initiative en question, il paraît évident que l'action à suivre concerne toutes les voies qui offrent une perspective réelle d'arriver encore au résultat originairement visé par l'obligation internationale, ou, le cas échéant, à un résultat équivalent. Mais il paraît tout aussi évident que seules les voies offrant cette possibilité doivent être utilisées. La conclusion générale requérant l'« efficacité » des recours utilisables en résume l'idée.

108. Une brève analyse de cette conclusion semble utile. Il en découle, du point de vue positif,

a) Que toutes les formes de recours disponibles et capables de remédier à la situation incriminée sont à utiliser, qu'il s'agisse de recours juridictionnels ou administratifs, ordinaires ou extraordinaires, de premier, de second ou de troisième degré [247];

b) Que tous les motifs de droit idoines en vue d'obtenir une décision favorable doivent être utilisés. Il en va de même, pour les moyens de procédure et autres remèdes formels [248]. En un mot, le requérant doit montrer qu'il veut gagner la partie, et non pas seulement introduire un recours pour satisfaire à la condition d'avoir épuisé du point de vue formel les recours internes Il doit prouver son intention réelle de créer les prémisses d'une action de l'État sur le plan international. Il est à souligner que si le particulier omet de faire valoir au cours du procès interne un argument susceptible de lui assurer le succès et que cette omission apparaît plus tard par l'utilisation de l'argument devant un juge international, ce dernier pourra juger que la condition de l'épuisement des recours internes n'a pas été dûment remplie.

109. Du point de vue négatif, il découle de la conclusion établie ci-dessus :

a) Qu'une voie de recours ne doit être utilisée que si elle offre des perspectives réelles de succès, même si elles sont incertaines. Autrement dit, on ne peut pas obliger le particulier à perdre son temps en attaquant devant une juridiction interne une mesure étatique qui est en fait définitive. Il ne peut pas être tenu à l'utilisation d'un recours qui ne serait qu'une pure formalité, comme par exemple quand il est évident au départ que le droit que le juge devra appliquer ne peut qu'amener le rejet du recours (hypothèses de recours contre une mesure conforme à une loi qui n'est pas susceptible d'invalidation, de juge obligatoirement lié par une sentence précédente qui rejeta un recours analogue ou par une jurisprudence défavorable bien établie, de partialité prouvée des juges, etc.) [249];

b) Qu'une voie de recours ne doit être utilisée que si le succès auquel elle peut amener n'est pas à son tour un succès purement formel, mais qu'il peut effectivement se traduire, soit par la réalisation du résultat originairement requis par l'obligation internationale, soit, si cela n'est plus possible, par la réalisation d'un résultat de rechange réellement équivalent [250].

110. L'utilisation jusqu'à épuisement des voies de recours internes disponibles peut se révéler fructueuse

---

[246] Cet aspect a été approfondi à l'occasion de l'Affaire des navires finlandais. La valeur de la réserve mentionnée dans le texte est cependant mise en doute dans le cas où les délais pour un recours seraient excessivement courts, ceci notamment si l'étranger lésé ne réside pas sur le territoire de l'État et se trouve ainsi dans l'impossibilité matérielle d'agir à temps. On tend alors à assimiler cette hypothèse à celle d'une véritable absence de recours.

[247] Les recours à la plus haute instance judiciaire (cour de cassation, tribunal suprême) sont évidemment inclus et, avec eux, les types spéciaux de recours, tels les recours en révision, les recours contre les juges, et le recours à une cour constitutionnelle là où celle-ci existe et est ouverte aux particuliers. Pour des détails sur la pratique des États à ce sujet, voir Gaja, *op. cit.*, p. 123 et suiv., Chappez, *op. cit.*, p. 181 et suiv., Haesler, *op. cit.*, p. 28 et suiv., 48 et suiv. Amerasinghe (*State Responsibility...* [*op. cit.*], p. 189 et suiv.) voudrait excepter les recours administratifs. Un point douteux reste : celui des recours dits « gracieux », non fondés sur une réclamation juridique précise. Il en fut question, comme on l'a vu, dans l'Affaire des phosphates du Maroc. Contre l'inclusion de ce type de recours parmi ceux qui sont à utiliser, voir Chappez, *op. cit.*, p. 180 et suiv., Haesler, *op. cit.* p. 29, Amerasinghe, *State Responsability... (op. cit.)*, p. 191, et suiv.

[248] La question de l'utilisation de tous les moyens de procédure a été surtout débattue dans l'Affaire Ambatielos (v. Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII [*op. cit.*], p. 119 et 120). Voir Gaja, *op. cit.*, p. 119 et suiv., Haesler, *op. cit.*, p. 28 et suiv., 48 et suiv., 81 et suiv., Chappez, *op. cit.*, p. 205 et suiv.

[249] Voir Amerasinghe, *State Responsibility... (op. cit.)*, p. 192 et suiv. 194 et suiv.; Gaja, *op. cit.*, p. 109 et suiv., notes 14 et 15.

[250] Si le résultat requis par l'obligation internationale est en fait encore réalisable, il ne semble pas que les particuliers intéressés puissent être forcés de se contenter d'un résultat équivalent, autrement dit d'une réparation à la place d'une restitution. Ce point a été discuté dans l'Affaire des phosphates du Maroc, sans que toutefois la Cour n'ait à se prononcer là-dessus. Au cas où le résultat internationalement requis serait devenu en fait irréalisable, il est évident que le particulier ne peut être tenu

là où elle se produit et amener donc à l'acceptation du recours présenté par le particulier. Elle peut par contre se révéler infructueuse et aboutir au rejet du recours. Si le recours est accepté, l'effet d'une telle acceptation se traduit par la réalisation du résultat requis par l'obligation internationale ou, le cas échéant, par la réalisation d'un autre résultat, équivalent au premier sur le plan économique. Si le recours est rejeté, la violation de l'obligation amorcée par le comportement étatique contre lequel le recours était interjeté est en conséquence parachevée par le rejet intervenu, et une responsabilité internationale naît donc à la charge de l'État. Une acceptation purement apparente du recours — qui par exemple n'aboutirait pas à la réalisation du résultat internationalement requis dans un cas où celui-ci est encore réalisable, ou qui amènerait la réalisation d'un résultat de rechange non équivalent — équivaudrait manifestement à un rejet.

111. Faisons, pour clore, quelques brèves considérations *de jure condendo*. Nous savons parfaitement qu'il n'y a pas que des avantages dans le fait que le droit international général exige des particuliers lésés par l'action ou l'omission d'un organe étatique qu'ils cherchent à faire redresser la situation dommageable pour eux en provoquant, par un recours à des instances internes, un nouveau comportement de l'État, correctif du premier. Pour être clair, il n'y a pas que des avantages dans le fait qu'une très grande partie des obligations internationales concernant le traitement à réserver à des particuliers permettent en définitive à l'État de réaliser par étapes le résultat requis de lui. Il n'y a pas que des avantages dans le fait que ces obligations admettent donc qu'on ne prenne pas en considération, aux fins de l'établissement d'une responsabilité internationale, des comportements allant à l'encontre du résultat internationalement requis pourvu que ce dernier soit finalement assuré par des comportements ultérieurs. C'est précisément en raison de tous les désavantages pratiques que cela entraîne inévitablement que différentes conventions écartent expressément l'application à certains domaines du principe de l'épuisement des recours internes. Et c'est également pour éviter les atermoiements et les retards que le principe peut causer tant dans le redressement de situations incompatibles avec le résultat visé par une obligation internationale que dans la constatation d'une violation définitivement accomplie de cette obligation que l'on a envisagé et mis en fonction des systèmes de remplacement. On peut considérer comme tels les accords de compensation globale à propos des différends touchant à certaines nationalisations de biens étrangers, ou encore l'insertion dans les contrats entre États et compagnies privées étrangères de clauses arbitrales devant remplacer les recours à des tribunaux internes. Toutefois, il n'y a pas là, à notre avis, de quoi prouver que les États seraient disposés aujourd'hui, eu égard au développement progressif du droit international, à renoncer au principe de l'épuisement des recours internes ou à en réduire fortement la portée. Les pays investisseurs, bien sûr, font preuve d'une conscience croissante des répercussions sur les intérêts de la communauté nationale tout entière des atteintes portées aux intérêts de leurs ressortissants opérant sur terre étrangère. Ils voudraient par conséquent être libres d'introduire à leur gré des réclamations internationales, indépendamment du fait que les particuliers directement lésés aient épuisé les recours internes disponibles ou aient fait preuve de négligence à ce sujet. Les tenants de l'idée d'une protection plus directe, plus rapide et plus efficace des droits de l'homme voient à leur tour dans le principe de l'épuisement des recours internes une entrave à l'évolution qu'ils souhaitent. En même temps, l'exigence de l'épuisement des recours internes par les particuliers directement affectés par des mesures d'un organe de l'État dans lequel ils résident et où ils exercent leur activité constitue depuis toujours une sauvegarde invoquée par les pays d'investissement contre une tendance à élargir outre mesure les obligations relatives au traitement des personnes physiques et morales étrangères. Dans cette exigence, lesdits pays voient une protection contre la facilité excessive avec laquelle on a traditionnellement essayé de porter sur le plan des relations internationales des différends qui souvent n'avaient leur place que sur le plan interne. Les tendances des pays en développement iraient donc vers un renforcement, dans le cadre du droit international général, du principe de l'épuisement des recours internes plutôt que vers son affaiblissement. Ajoutons que les esprits les plus attentifs aux problèmes de notre époque et aux difficultés de leur solution se rendent compte que le respect de cette condition essentielle pourra vraisemblablement être la meilleure garantie de la réalisation de substantiels progrès ultérieurs dans l'acceptation de nouvelles obligations en matière de droits de l'homme. Dans ces conditions, le Rapporteur spécial croit qu'il serait peu avisé de toucher à l'actuelle portée générale du principe, au nom d'un prétendu développement progressif qui pourrait apparaître à d'autres comme une régression dans les garanties de l'égale souveraineté de tous les États.

112. La définition du principe au sein de la règle que nous allons maintenant formuler doit être, à notre avis, suffisamment souple pour pouvoir s'adapter aux diverses situations concrètes. Une rédaction de synthèse nous paraît en outre préférable à une rédaction qui prendrait en considération de façon détaillée une série d'aspects différents lesquels, vu le caractère multi-

---

d'utiliser un recours que si ce dernier offre des perspectives de lui assurer tout au moins une réparation adéquate. Rentrent dans ce domaine les hypothèses de justice excessivement lente ou excessivement coûteuse par rapport aux perspectives du dédommagement à obtenir. Sur ces aspects, qui ont été traités dans l'Affaire des navires finlandais et dans l'Affaire Ambatielos, voir Amerasinghe, *State Responsibility... (op. cit.)*, p. 196 et suiv., Gaja, *op. cit.*, p. 106 et suiv., notes 10 et 12. Nous avons déjà fait allusion au cas particulier où, pour des raisons telles que la résidence éloignée du particulier lésé du territoire de l'État auteur des mesures préjudiciables, ou l'absence de lien volontaire avec cet État, ou d'autres raisons analogues, l'empêchement à l'utilisation des recours internes ne proviendrait pas nécessairement d'un défaut en soi du système de recours disponible, mais d'une situation objective rendant en fait impossible au particulier intéressé de s'en servir. Comme nous l'avons indiqué *supra* (par. 100), on peut se demander à ce sujet si l'exigence générale que les recours disponibles soient *efficaces* ne devrait pas être entendue comme comprenant aussi le fait qu'ils soient *effectivement utilisables*.

forme de la vie internationale, ne sauraient jamais être exhaustifs.

113. Au vu de ces considérations et compte tenu de l'argumentation développée et de la documentation réunie dans les paragraphes qui précèdent, le Rapporteur spécial propose à la Commission d'adopter le texte suivant :

Article 22. — Épuisement des recours internes

Il y a violation d'une obligation internationale requérant de l'État d'assurer un résultat consistant à réserver un traitement donné à des particuliers, personnes physiques ou morales, si, l'État ayant abouti par une première action ou omission à une situation incompatible avec le résultat requis, lesdits particuliers ont ensuite utilisé et épuisé sans succès les recours internes qui leur étaient ouverts et qui avaient l'efficacité nécessaire pour assurer que le traitement prévu pour ces particuliers leur soit encore réservé ou, au cas où cela se révélerait impossible, qu'un dédommagement correspondant leur soit attribué. Par conséquent, la responsabilité internationale à la charge de l'État auteur de la première action ou omission et la possibilité de la faire valoir à son encontre ne s'établissent qu'à la suite d'un tel épuisement infructueux.