PROTECTION DIPLOMATIQUE

[Point 3 de l'ordre du jour]

DOCUMENT A/CN.4/514*

Deuxième rapport sur la protection diplomatique, par M. John Dugard, rapporteur spécial

[Original: anglais]
[28 février 2001]

TABLE DES MATIÈRES

			Pages
Ouvrages cités dans le présent rapport			95
		Paragraphes	
A.	Épuisement des recours internes	1-4	97
B.	Le principe général selon lequel les recours internes doivent avoir été épuisés		98
	Article 10		98
C.	L'épuisement des recours internes est une règle coutumière	5	98
D.	Personnes tenues d'épuiser les recours internes	6	98
E.	Règles primaires et secondaires	7-10	98
F.	Recours devant être épuisés	11-17	99
G.	Les recours internes doivent être épuisés lorsque la réclamation repose principalement sur un préjudice causé à un national	18-34	101
	Article 11	18-31	101
	Articles 12 et 13	32-34	104
H.	Codification	35-43	105
I.	Décisions judiciaires	44-50	106
J.	Pratique des États	51-52	108
K.	La doctrine	53-62	109
L.	Conclusion	63-66	112
M.	Travaux futurs	67	112

Ouvrages cités dans le présent rapport

ADEDE, A. O.

"A fresh look at the meaning of the doctrine of denial of justice under international law", *Annuaire canadien de droit international*, Vancouver, vol. XIV, 1976, p. 73 à 95.

"A survey of treaty provisions on the rule of exhaustion of local remedies", *Harvard International Law Journal*, vol. 18, n° 1, hiver 1977, p. 1 à 17.

ADLER, Matthew H.

"The exhaustion of the local remedies rule after the International Court of Justice's decision in *ELSI*", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 39, juillet 1990, p. 641 à 653.

AMERASINGHE, C. F.

"The formal character of the rule of local remedies", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 25, n° 3, octobre 1965, p. 445 à 477.

State Responsibility for Injuries to Aliens, Oxford, Clarendon Press, 1967.

"The local remedies rule in an appropriate perspective", *Heidelberg Journal of International Law*, vol. 36, 1976, p. 727 à 759.

Local Remedies in International Law, Cambridge, Grotius, 1990.

"Whither the local remedies rule?", *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal*, vol. 5, n° 2, automne 1990, p. 292 à 310.

ARONOVITZ, Alberto M.

"Notes on the current status of the rule of exhaustion of local remedies in the European Convention of Human Rights", *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 25, 1995, p. 73 à 101.

BAGGE, Algot

"Intervention on the ground of damage caused to nationals, with particular reference to exhaustion of local remedies and the rights of shareholders", *British Year Book of International Law, 1958*, Londres, vol. 34, p. 162 à 175.

* Incorporant le document A/CN.4/514/Corr.1.

BORCHARD, Edwin M.

The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims, New York, Banks Law Publishing, 1915.

"Theoretical aspects of the international responsibility of States", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Heidelberg, vol. 1, 1929, p. 223 à 250.

BRIGGS, Herbert W.

"The local remedies rule: a drafting suggestion", *American Journal of International Law*, Washington, vol. 50, n° 4, octobre 1956, p. 921 à 927.

BRIERLY, J. L.

The Law of Nations, 6e éd., Oxford, Clarendon Press, 1963.

BROWNLIE, Ian

Principles of Public International Law, 5e éd., Oxford, Oxford University Press, 1998.

CANÇADO TRINDADE, A.

"The birth of State responsibility and the nature of the local remedies rule", *International Law Review*, vol. 56, n° 3, juillet-septembre 1978, p. 157 à 188.

"Denial of justice and its relationship to exhaustion of local remedies in international law", *Philippine Law Journal*, vol. 53, décembre 1978, p. 404 à 421.

The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law: its Rationale in the International Protection of Individual Rights, Cambridge, Cambridge University Press, 1983.

COMBACAU, J. et D. ALLAND

"'Primary' and 'secondary' rules in the law of State responsibility: categorizing international obligations", *Netherlands Yearbook of International Law*, La Haye, vol. XVI, 1985.

COMBACAU, Jean et Serge SUR

Droit international public, 4e éd., Paris, Montchrestien, 1999. 801 pages.

DAILLIER, Patrick et Alain PELLET (NGUYEN QUOC Dinh)

Droit international public, 6e éd. rév., Paris, LGDJ, 1999.

DE VISSCHER, Charles

«Notes sur la responsabilité internationale des États et la protection diplomatique d'après quelques documents récents», *Revue de droit international et de législation comparée*, 3e série, tome VIII, 1927, p. 245 à 272.

«Le déni de justice en droit international», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1935–II*, Paris, Sirey, 1935, vol. 52.

DOEHRING, Karl

"Local remedies, exhaustion of", *in* Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 3, Amsterdam, Elsevier, 1997, p. 238 à 241.

DUNN, Frederick Sherwood

The Protection of Nationals: A Study in the Application of International Law, Baltimore, Johns Hopkins Press, 1932.

EAGLETON, Clyde

"Denial of justice in international law", *American Journal of International Law*, Washington, vol. 22, 1928, p. 538 à 559.

The Responsibility of States in International Law, New York, New York University Press, 1928.

FACHIRI, Alexander P.

"The local remedies rule in the light of the Finnish Ships Arbitration", *British Year Book of International Law, 1936*, Londres, vol. 17, p. 19 à 36.

FAWCETT, J. E. S.

"The exhaustion of local remedies: substance or procedure?", *British Year Book of International Law, 1954*, Londres, vol. 31, p. 452 à 458.

The Application of the European Convention on Human Rights, Oxford, Clarendon Press, 1969.

FITZMAURICE, sir Gerald

"Hersch Lauterpacht—the scholar as judge: part I", *British Year Book of International Law, 1961*, Londres, vol. 37.

FREEMAN, Alwyn V.

The International Responsibility of States for Denial of Justice, Londres, Longmans, Green and Co., 1938.

GARCÍA AMADOR, F. V.

"State responsibility: some new problems", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1958–II*, Leyde, Sijthoff, 1959, vol. 94, p. 365 à 491.

The Changing Law of International Claims, vol. II, New York, Oceana, 1984.

GAJA, Giorgio

L'esaurimento dei ricorsi interni nel diritto internazionale, Milan, Giuffrè, 1967.

GECK, Wilhelm Karl

"Diplomatic protection", *Encyclopedia of Public International Law*, *in* Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 1, Amsterdam, Elsevier, 1992, p. 1045 à 1066.

GOLDIE, L. F. E.

"State responsibility and the expropriation of property", *International Lawyer*, vol. 12, n° 1, hiver 1978, p. 63 à 82.

HAESLER, Thomas

The Exhaustion of Local Remedies in the Case Law of International Courts and Tribunals, Leyde, Sijthoff, 1968.

HART, H. L. A.

The Concept of Law, 2e éd., Oxford, Clarendon Press, 1994.

HEAD, Ivan L.

"A fresh look at the local remedies rule", *Annuaire canadien de droit international*, Vancouver, vol. V, 1967, p. 142 à 158.

HERDEGEN, Matthias

"Diplomatischer Schutz und die Erschöpfung von Rechtsbehelfen", *in* Georg Ress et Torsten Stein (dir.), *Der diplomatische Schutz im Völker- und Europarecht: Aktuelle Probleme und Entwicklungstendenzen*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1996, p. 63 à 82.

HYDE, Charles Cheney

International Law Chiefly as Interpreted and Applied by the United States, Boston, Little, Brown, and Company, 1922, vol. 1.

JENNINGS, sir Robert et sir Arthur Watts (dir.)

Oppenheim's International Law, vol. I, Peace, introduction et première partie, 9e éd., Harlow, Longman, 1992.

JESSUP, Philip C.

A Modern Law of Nations: an Introduction, New York, Macmillan, 1956.

JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo

"International responsibility", in Max Sørensen (dir.), *Manual of Public International Law*, Londres et Basingstoke, Macmillan, 1968, p. 531 à 590.

"International law in the past third of a century", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1978–I*, Alphen aan den Rijn, Sijthoff & Noordhoff, 1979, vol. 159, p. 1 à 344.

KOKOTT, Juliane

"The exhaustion of local remedies", rapport intérimaire, soixante-neuvième conférence de l'Association de droit international, Londres, 2000.

LAW, Castor H. P.

The Local Remedies Rule in International Law, Genève, Droz, 1961. (Thèse, Université de Genève.)

LILLICH, R. B.

"Duties of States regarding the civil rights of aliens", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye 1978–III*, Alphen an den Rijn, Sijthoff & Noordhoff, 1980, vol. 161, p. 329 à 442.

MERON, Theodor

"The incidence of the rule of exhaustion of local remedies", *British Year Book of International Law, 1959*, Londres, vol. 35, p. 83 à 101.

O'CONNELL, D. P.

International Law, 2e éd., Londres, Stevens, 1970, vol. 2.

ROSS, Alf

On Law and Justice, Londres, Stevens, 1958.

SCHWARZE, Jürgen

"Rechtsschutz Privater bei völkerrechtswidrigem Handeln fremder Staaten", *Archiv des Völkerrechts*, vol. 24, Tübingen, Mohr, 1986, p. 408 à 433.

SCHWARZENBERGER, Georg

International Law, 3e éd., Londres, Stevens, 1957, vol. 1.

SEPÚLVEDA AMOR, Bernardo

"International law and national sovereignty: the NAFTA and the claims of Mexican jurisdiction", *Houston Journal of International Law*, vol. 19, n° 3, printemps 1997.

SHAW, Malcolm N.

International Law, 4e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 1997.

SOHN, Louis B. et Richard R. BAXTER

"Responsibility of States for injuries to the economic interests of aliens", *American Journal of International Law*, Washington, vol. 55, 1961, p. 545 à 584.

STARKE, Joseph Gabriel

"Imputability in international delinquencies", *British Year Book of International Law, 1938*, Londres, vol. 19, p. 104 à 117.

THIRLWAY, Hugh

"The law and procedure of the International Court of Justice 1960–1989", *British Year Book of International Law, 1995*, Oxford, vol. 66, p. 1 à 96.

VERDROSS, Alfred et Bruno SIMMA

Universelles Völkerrecht: Theorie und Praxis, 3e éd., Berlin, Duncker & Humblot, 1984.

VERZIJL, J. H. W.

«La règle de l'épuisement des recours internes», *Annuaire de l'Institut de droit international*, Bâle, avril 1956, vol. 46 (session de Grenade), p. 265 à 316.

International Law in Historical Perspective, partie VI, *Juridical Facts as Sources of International Rights and Obligations*, Leyde, Sijthoff, 1973.

WARBRICK, Colin

"Protection of nationals abroad", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 37, partie 4, octobre 1988, p. 1002 à 1012.

WELLENS, K. C.

"Diversity in secondary rules and the unity of international law: some reflections on current trends", *Netherlands Yearbook of International Law*, La Haye, vol. XXV, 1994, p. 3 à 38.

WHITEMAN, Marjorie M.

Digest of International Law, vol. 8, Washington, U.S. Government Printing Office, 1967.

A. – Épuisement des recours internes[1]

1. L'épuisement des recours internes est une règle du droit international coutumier. Dans l'affaire *Interhandel*, la CIJ a déclaré ce qui suit:

> La règle selon laquelle les recours internes doivent être épuisés avant qu'une procédure internationale puisse être engagée est une règle bien établie du droit international coutumier; elle a été 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. 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.[2]

Dans l'affaire *ELSI*, la CIJ a déclaré qu'il ne s'agissait pas simplement d'une règle, mais d'un «principe important du droit international coutumier»[3].

2. De nombreuses raisons ont été avancées pour justifier cette règle. Borchard donne les suivantes:

> [P]remièrement, le citoyen qui se rend à l'étranger est censé tenir compte des moyens offerts par la législation locale pour réparer les dommages; deuxièmement, le droit de souveraineté et d'indépendance justifie l'État du for à exiger que ses tribunaux soient à l'abri de toute ingérence, en partant du principe qu'ils sont capables de rendre la justice; troisièmement, le gouvernement du citoyen plaignant doit donner au gouvernement à l'origine du dommage la possibilité de faire justice à la partie lésée selon sa manière ordinaire et éviter ainsi, si possible, toute possibilité de discussions internationales; quatrièmement, si le dommage est causé par un individu ou un agent subalterne de l'État, l'épuisement des recours internes est nécessaire pour établir que le fait illicite ou le déni de justice est le fait délibéré de l'État; et cinquièmement, si c'est un fait délibéré de l'État, que l'État veut laisser le dommage sans réparation. C'est un principe logique que lorsqu'il y a un recours judiciaire, ce recours doit être exercé. Ce n'est que s'il est exercé en vain et qu'un déni de justice est établi qu'une intervention diplomatique devient légitime.[4]

Selon Jiménez de Aréchaga, le fondement de cette règle est «le respect de la souveraineté et de la juridiction de l'État compétent pour s'occuper de la question par le biais de ses organes judiciaires»[5].

3. L'article 22 du projet d'articles sur la responsabilité des États adopté par la Commission en première lecture énonçait la règle de l'épuisement des recours internes[6]. Dans le commentaire de cet article[7], la règle est décrite comme «un principe du droit international général». Le projet d'articles sur la responsabilité des États adopté provisoirement par le Comité de rédaction en deuxième lecture en 2000[8] dispose que «la responsabilité d'un État ne peut pas être invoquée si […] la demande est soumise à la règle de l'épuisement des voies de recours internes et si toutes les voies de recours internes disponibles et efficaces n'ont pas été épuisées»[9], mais laisse à l'auteur de la

[1] Le Rapporteur spécial tient à rendre hommage à Mme Zsuzsanna Deen-Racsmany, de l'Université de Leyde, pour sa précieuse contribution à l'élaboration de ce rapport.

[2] *Interhandel, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1959*, p. 27.

[3] *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI), arrêt, C.I.J. Recueil 1989*, par. 50, p. 42.

[4] *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, p. 817 et 818. D'autres raisons sont avancées dans Doehring, "Local remedies, exhaustion of", p. 238; Sepúlveda Amor, "International law and national sovereignty: the NAFTA and the claims of Mexican jurisdiction", p. 586.

[5] "International responsibility", p. 584.

[6] *Annuaire… 1996*, vol. II (2e partie), p. 65.

[7] *Annuaire… 1977*, vol. II (2e partie), p. 31 à 52.

[8] *Annuaire… 2000*, vol. II (2e partie), p. 68.

[9] Ibid., art. 45, p. 73.

présente étude le soin d'élaborer une règle générale sur la question.

4. Roberto Ago, le Rapporteur spécial à l'origine de l'article 22, a réussi à énoncer nombre des principes qui constituent la règle de l'épuisement des recours internes dans un seul article comprenant une seule phrase, comme suit:

> Lorsqu'un comportement d'un État a créé une situation non conforme au résultat requis de lui par une obligation internationale concernant le traitement à réserver à des particuliers étrangers, personnes physiques ou morales, mais qu'il ressort de l'obligation que ce résultat ou un résultat équivalent peut néanmoins être acquis par un comportement ultérieur de l'État, il n'y a violation de l'obligation que si les particuliers intéressés ont épuisé les recours internes efficaces leur étant disponibles sans obtenir le traitement prévu par l'obligation ou, au cas où cela n'était pas possible, un traitement équivalent.[10]

On n'a pas tenté de réaliser un exploit similaire dans le présent rapport, premièrement parce que les éléments de la règle de l'épuisement des recours internes qui y sont envisagés sont plus larges que ceux qu'avait envisagés Roberto Ago[11] et, deuxièmement, parce que la clarté est mieux servie par plusieurs projets d'article. C'est pourquoi l'article unique de Roberto Ago est remplacé par plusieurs articles dans le présent rapport.

B. – Le principe général selon lequel les recours internes doivent avoir été épuisés

Article 10

1. Un État ne peut formuler une réclamation internationale découlant d'un préjudice causé à un de ses nationaux, personne physique ou morale, avant que le national lésé ait, sous réserve de l'article 14, épuisé tous les recours juridiques internes disponibles dans l'État dont il est allégué qu'il est responsable du préjudice.

2. Par «recours juridiques internes» on entend les recours ouverts de droit aux personnes physiques ou morales devant les tribunaux ou autorités judiciaires ou administratifs ordinaires ou spéciaux.

C. – L'épuisement des recours internes est une règle coutumière

5. Il n'est pas contesté que l'épuisement des recours internes est une règle bien établie du droit international coutumier. Elle a été confirmée par des décisions de tribunaux internationaux[12] et nationaux, des traités bilatéraux et multilatéraux, la pratique des États, les tentatives de codification menées par des organismes gouvernementaux et non gouvernementaux, et par la doctrine. Le fait que des traités, en particulier des traités relatifs aux investissements, puissent à l'occasion écarter cette règle n'ôte rien à sa généralité ni à l'universalité de son acceptation[13]. Le commentaire de l'article 22 du projet d'articles sur la responsabilité des États adopté par la Commission en première lecture[14] cite une pléthore de sources proclamant sa validité. Il n'y a aucune raison de les citer de nouveau.

D. – Personnes tenues d'épuiser les recours internes

6. Les personnes physiques comme les personnes morales sont tenues d'épuiser les recours internes. Une société étrangère financée partiellement ou principalement par des capitaux publics est également tenue d'épuiser les recours internes quand elle accomplit des actes de gestion (*acta jure gestionis*)[15]. Les diplomates ou les entreprises publiques qui accomplissent des actes de souveraineté (*acta jure imperii*) ne sont, par contre, pas tenus d'épuiser les recours internes, car leur causer un préjudice revient à causer directement un préjudice à l'État, auquel la règle de l'épuisement interne n'est pas applicable[16].

E. – Règles primaires et secondaires

7. On n'a pas tenté de définir ni de décrire les très nombreux faits internationalement illicites qui engagent la responsabilité de l'État lorsqu'un étranger est lésé auquel la règle de l'exclusion des recours internes s'applique. Le faire serait empiéter sur les «règles primaires» du droit international que la Commission s'est diligemment efforcée d'éviter dans le projet d'articles sur la responsabilité des États, et dont elle a dit qu'il fallait aussi les éviter dans l'étude de la protection diplomatique[17]. Cette position a été bénéfique à la Commission dans l'étude de la responsabilité des États. Il faut toutefois souligner, premièrement qu'il n'y a pas de distinction claire entre règles primaires et règles secondaires, deuxièmement que la distinction repose sur des motifs doctrinaux qui ne sont pas clairs et troisièmement que l'intérêt de cette distinction est douteux dans une étude sur l'épuisement des recours internes.

8. Le fait qu'il n'est pas possible de distinguer clairement entre règles primaires et règles secondaires est attesté par les nombreuses occasions où les membres de la Commission n'ont pu se mettre d'accord sur le point de savoir si une règle devait être rangée dans la catégorie des règles primaires ou dans celle des règles secondaires[18].

---

[10] *Annuaire… 1977* (voir *supra* la note 7), p. 12 et 13.

[11] Roberto Ago a reconnu que l'article 22 ne prétendait pas couvrir tous les aspects de la règle de l'épuisement des recours internes, notamment ceux qui vont plus loin que l'objet du projet d'articles, à savoir la codification des règles générales régissant la responsabilité des États (ibid., commentaire de l'article 22, par. 52 et 61, p. 49 et 52.

[12] Voir *supra* le paragraphe 1.

[13] *Annuaire… 1977* (voir *supra* la note 7), par. 55, p. 50. Voir également Amerasinghe, "Whither the local remedies rule?".

[14] *Annuaire… 1977* (voir *supra* la note 7), p. 31 à 52.

[15] Ibid., par. 45, p. 46; Roberto Ago, sixième rapport sur la responsabilité des États, *Annuaire… 1977*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/302 et Add.1 à 3, par. 103, p. 40; voir également le rapport du Comité de la protection diplomatique des personnes et des biens à la Conférence de l'Association de droit international tenue à Londres (2000), p. 12 et 13; Herdegen, "Diplomatischer Schutz und die Erschöpfung von Rechtsbehelfen", p. 65; et Law, *The Local Remedies Rule in International Law*, p. 116 à 121.

[16] Voir *infra* le paragraphe 27.

[17] À sa quarante-neuvième session, un groupe de travail de la Commission a fait une recommandation aux termes de laquelle l'étude de la protection diplomatique «se limitera à la codification de règles secondaires sur le sujet: elle posera certes comme condition préalable l'existence d'un fait internationalement illicite de l'État, mais ne portera pas sur le contenu précis des obligations internationales qui auront été violées, qu'elles découlent du droit coutumier ou du droit conventionnel» [*Annuaire… 1997*, vol. II (2e partie), par. 181, p. 62].

[18] L'article 19, une disposition controversée du projet d'articles sur la responsabilité des États adopté par la Commission en première lecture (voir *supra* la note 6) qui traite des crimes internationaux de l'État, a fréquemment été considéré comme une règle primaire dans un code de règles secondaires. Voir *Annuaire… 1998*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/490 et Add.1 à 7, par. 18, p. 7.

Les publicistes ont également du mal à établir une distinction claire[19].

9. La distinction entre règles primaires et règles secondaires a été invoquée par le Rapporteur spécial Roberto Ago pour sortir la Commission des difficultés créées par les propositions du Rapporteur spécial García Amador, qui avait voulu codifier la norme internationale minimale dans ses projets d'article sur la responsabilité des États[20]. La première fois qu'il a présenté cette distinction dans son deuxième rapport sur la responsabilité des États, Roberto Ago n'a guère accordé d'attention au fondement doctrinal de la distinction:

> La responsabilité est très différente, dans ses aspects, des autres sujets qui ont fait jusqu'ici l'objet de l'œuvre de codification de la Commission. Celle-ci s'est normalement consacrée, dans ses projets précédents, à la définition des règles du droit international qui, dans un secteur ou dans un autre des relations interétatiques, imposent aux États des obligations déterminées et qui, en un certain sens, peuvent se définir comme «primaires» – cela par opposition aux autres règles, qui couvrent précisément le domaine de la responsabilité et qui peuvent se définir comme «secondaires», en tant qu'elles s'attachent à déterminer les conséquences d'un manquement aux obligations établies par les premières.[21]

Les juristes de *common law* familiers avec la distinction entre règles primaires et règles secondaires exposées par Hart en 1961 dans *The Concept of Law*, qui considère les règles secondaires comme étant dans l'ensemble des règles de reconnaissance visant à identifier les règles primaires d'obligation[22], comprendront immédiatement que Roberto Ago avait probablement une autre explication doctrinale à l'esprit. Il est en effet plus vraisemblable qu'il ait été influencé par les écrits de juristes comme Ross[23], qui considère qu'une règle juridique est parfaite uniquement lorsque les «normes secondaires» d'efficacité (ou sanctions) sont ajoutées aux «normes primaires» d'obligation[24]. Quelle que soit l'origine de la distinction entre règles primaires et règles secondaires retenue par la Commission, elle ne repose pas sur des fondements théoriques solides.

10. Si la distinction entre règles primaires et règles secondaires a joué son rôle dans le domaine de la responsabilité des États, elle ne peut être maintenue trop strictement dans une étude sur l'épuisement des recours internes dans le contexte de la protection diplomatique, car la notion de déni de justice est intimement liée à la règle de l'épuisement des recours internes. Les auteurs traitant de la règle de l'épuisement des recours internes définissent souvent la notion de déni de justice comme en faisant partie intégrante ou, à tout le moins, estiment nécessaire d'examiner le lien entre le déni de justice et l'épuisement de recours internes[25]. En outre, les codifications de la règle de l'épuisement des recours internes tentent souvent de donner une définition du déni de justice[26]. Les circonstances de ce type et le fait que le déni de justice peut être considéré à la fois comme une règle secondaire excusant l'emploi d'autres recours (associé à la «règle de la futilité» examinée à l'article 15) ou comme une règle primaire faisant naître la responsabilité internationale donnent à penser qu'il ne faut pas, aux fins de la présente étude, maintenir entre règles primaires et règles secondaires une distinction aussi rigide que celle retenue dans l'étude de la responsabilité des États. Le commentaire de l'article 22 du projet d'articles sur la responsabilité des États, adopté par la Commission en première lecture, indique qu'«il faut éviter à tout prix […] que la considération […] de l'épuisement des recours internes […] ne débouche sur l'examen du contenu des règles "primaires" du droit international…»[27]. Cette mise en garde a toutefois été faite dans le cadre de la codification de la responsabilité des États et n'empêche pas la Commission d'adopter une approche différente dans l'étude de la protection diplomatique.

F. – Recours devant être épuisés

11. Les recours ouverts à un étranger qui doivent être épuisés avant qu'une réclamation internationale puisse être formulée varieront inévitablement d'un État à l'autre. Il n'est donc pas possible de codifier une règle absolue régissant toutes les situations. Les mots «tous» «disponibles» et la limitation des recours internes aux recours devant «les tribunaux ou autorités judiciaires ou administratifs ordinaires ou spéciaux» donnent des indications

[19] Voir Lillich, "Duties of States regarding the civil rights of aliens", p. 373. Voir également Combacau et Alland, "'Primary' and 'secondary' rules in the law of State responsibility: categorizing international obligations". Cet article, extrêmement sophistiqué, n'éclaircit guère la distinction entre règles primaires et règles secondaires mais tendrait plutôt à prouver les difficultés qui sont inhérentes à une telle distinction.

[20] Voir le premier rapport de Roberto Ago sur la responsabilité des États, *Annuaire… 1969*, vol. II, doc. A/CN.4/217 et Add.1, p. 130 à 160, et le deuxième rapport sur la responsabilité des États, *Annuaire… 1970*, vol. II, doc. A/CN.4/233, p. 189 à 212.

[21] *Annuaire… 1970* (voir *supra* la note 20), par. 11, p. 191.

[22] Wellens ("Diversity in secondary rules and the unity of international law: some reflections on current trends") envisage la question du droit international du point de vue de la distinction faite par Hart entre règles primaires et règles secondaires. Il ne suggère pas, toutefois, que c'est cette distinction qui a inspiré la position de Roberto Ago en ce qui concerne la responsabilité des États.

[23] *On Law and Justice*, p. 209 et 210.

[24] Pour un examen de cette question, voir Goldie, "State responsibility and the expropriation of property".

[25] Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, chap. III, p. 31; Borchard, *op. cit.*, partie I, chap. VIII, p. 330; Cançado Trindade, "Denial of justice and its relationship to exhaustion of local remedies in international law"; Eagleton, *The Responsibility of States in International Law*, p. 113, et "Denial of justice in international law", p. 542; O'Connell, *International Law*, p. 945 à 950; Jennings et Watts (dir.), *Oppenheim's International Law*, p. 525 et 544; Head, "A fresh look at the local remedies rule", p. 142 à 149; Adede, "A survey of treaty provisions on the rule of exhaustion of local remedies", et "A fresh look at the meaning of the doctrine of the denial of justice under international law", p. 76 («la doctrine du déni de justice et la règle de l'épuisement des recours internes sont les deux faces d'une même médaille»); Dunn, *The Protection of Nationals: A Study in the Application of International Law*, p. 146 à 159.

[26] Articles 4 et 9 de l'ensemble d'articles adoptés en première lecture par la troisième Commission de la Conférence pour la codification du droit international, La Haye, 1930 (publication de la Société des Nations, *V. Questions juridiques*, 1930.V.17, doc. C.351(c) M.145(c).1930.V) [texte figurant dans l'*Annuaire…1956*, vol II, doc. A/CN.4/96, p. 226]; Institut américain de droit international, 1925, projet n° 16, art. IV (texte dans *Annuaire… 1956*, vol. II, p. 226); projet de convention sur la responsabilité internationale des États pour les dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens d'étrangers, Institut de droit international, 1927, art. V et VI (ibid., p. 228); projet de convention relatif à la responsabilité internationale des États à raison des dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers (voir en particulier l'article 9), Faculté de droit de Harvard, 1929 (ibid., p. 229); Principes du droit international régissant, selon la conception des pays latino-américains, la responsabilité de l'État: opinion préparée par le Comité juridique interaméricain en 1962 (art. VIII) (texte dans *Annuaire… 1969*, vol. II, doc. A/CN.4/217 et Add.1, p. 159); F. V. García Amador, troisième rapport à la Commission du droit international, *Annuaire… 1958*, vol. II, doc. A/CN.4/111, p. 55 à 60.

[27] *Annuaire… 1977* (voir *supra* la note 7), par. 52, p. 50.

mais ne peuvent prétendre à l'exhaustivité. Cet article doit en outre être lu en même temps que l'article 15, qui prévoit des exceptions à la règle selon laquelle tous les recours internes disponibles doivent avoir été épuisés.

12. L'idée selon laquelle tous les recours *juridiques* qui ouvrent à l'individu lésé une possibilité de succès doivent être épuisés est largement partagée. Dans l'affaire *Nielsen c. Danemark*[28], la Commission européenne des droits de l'homme a déclaré que la règle de l'épuisement des recours internes exige «que soient exercés *tous** les recours offerts par la législation nationale»; dans l'affaire *Ambatielos*[29], le tribunal arbitral a déclaré que c'était l'ensemble du système de protection *juridique* prévu par le droit interne qui devait avoir été mis à l'épreuve. Les auteurs formulent également la règle comme exigeant l'épuisement des recours *juridiques*[30]. Il y a néanmoins une incertitude quant à la signification du mot «juridiques» qualifiant les recours internes.

13. Les recours «juridiques» comprennent à l'évidence les recours judiciaires. L'étranger doit épuiser tous les recours judiciaires disponibles prévus par le droit interne de l'État défendeur. Si ce droit interne autorise en l'espèce un recours devant la plus haute juridiction, l'intéressé doit former ce recours pour obtenir une décision définitive. À cet égard, les tribunaux comprennent les tribunaux ordinaires et extraordinaires car «la question essentielle n'est pas le caractère ordinaire ou extraordinaire du recours, mais de savoir si le recours offre un remède efficace et suffisant»[31].

14. Les recours juridiques comprennent aussi des recours devant des instances administratives – à condition que l'étranger ait le droit d'obtenir du tribunal une réparation. Certains auteurs ont défini le recours devant les autorités administratives de manière trop large. Le projet de convention sur la responsabilité internationale des États à raison des dommages causés aux étrangers établi par la Faculté de droit de Harvard en 1961[32] dispose que les recours internes sont réputés épuisés «si le demandeur a utilisé tous les recours administratifs, arbitraux ou judiciaires qui lui étaient ouverts dans l'État demandeur»[33]. En outre, le commentaire du projet précise:

> Par recours administratifs on entend tous les recours qui sont disponibles auprès du pouvoir exécutif, ainsi que les recours spéciaux qui peuvent être prévus par la voie législative si des demandes sont ordinairement formulées par le biais de *private bills*.[34]

Cette formule, approuvée par certains auteurs[35], donne à penser que le plaignant est tenu d'épuiser non seulement les recours qui lui sont ouverts de droit, conformément à l'adage *ubi jus ibi remedium*, mais peut être aussi tenu de s'adresser à l'exécutif (ou au législateur) pour que celui-ci lui octroie réparation dans l'exercice de ses pouvoirs discrétionnaires. À l'évidence, tout tenter pour obtenir une telle réparation n'entre pas dans l'épuisement des recours internes. Les recours internes qui doivent être épuisés comprennent les recours de nature juridique «mais non les recours extrajuridiques ni les recours gracieux»[36] ni ceux dont «le but est d'obtenir une faveur et non de faire valoir un droit»[37]. Les recours administratifs et autres qui ne sont pas judiciaires ni quasi judiciaires et ont un caractère discrétionnaire ne sont donc pas couverts par la règle de l'épuisement des recours internes[38].

15. La sentence rendue dans l'affaire *Ambatielos*[39], dans laquelle une commission d'arbitrage a jugé, considérant qu'un étranger n'avait pas épuisé les recours internes en ne citant pas un témoin crucial, que les «recours internes» s'entendaient non seulement des cours et des tribunaux, mais aussi de l'emploi des procédures que le droit interne met à la disposition des plaideurs devant ces cours et tribunaux, a été à juste titre critiquée comme imposant une charge trop lourde aux étrangers[40]. Il semble impossible et peu judicieux d'élaborer une disposition reflétant exactement la complexité de l'affaire *Ambatielos*. Il semble préférable de se contenter de porter cette affaire à l'attention des plaideurs afin de leur rappeler qu'ils n'auront pas de «deuxième chance» au niveau international si, parce qu'ils ont mal préparé et présenté leur demande au niveau national, ils en sont déboutés dans le cadre de l'épuisement des recours internes[41].

16. Afin de fonder convenablement une réclamation internationale au motif que les recours internes ont été épuisés, le plaideur étranger doit formuler, devant les

---

[28] *B. Schouw Nielsen c. Danemark*, requête n° 343/57, Commission européenne des droits de l'homme, *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme 1958-1959*, p. 412.

[29] *Ambatielos*, décision du 6 mars 1956, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII (publication des Nations Unies, numéro de vente: 63.V.3), p. 120.

[30] Voir, par exemple, Jennings et Watts (dir.), *op. cit.*, p. 523; Amerasinghe, *Local remedies…*, p. 157; et Cançado Trindade, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law: its Rationale in the International Protection of Individual Rights*, p. 58.

[31] *Nielsen c. Danemark* (voir *supra* la note 28), p. 438. Voir aussi l'affaire *Lawless*, demande n° 332/57 (décision du 30 août 1958), *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme 1958-1959*, p. 318 à 322.

[32] Pour le texte de la Faculté de droit de Harvard, voir *Annuaire… 1969* (voir *supra* la note 20), p. 147 à 155.

[33] Ibid., art. 19, p. 151.

[34] Amerasinghe, *Local remedies*…, p. 158.

[35] Adede, "A survey…", p. 4 à 7.

[36] Brierly, *The Law of Nations*, p. 281; Brownlie, *Principles of Public International Law*, p. 499; Amerasinghe, "The local remedies rule in an appropriate perspective", p.747; Aronovitz, "Notes on the current status of the rule of exhaustion of local remedies in the European Convention of Human Rights", p. 89; *Grèce c. Royaume-Uni*, demande n° 299/57 (1958-1959), *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme*, p. 192; *Réclamation relative à l'utilisation de navires finlandais pendant la guerre adressée à la Grande-Bretagne par des propriétaires finlandais (Finlande c. Grande-Bretagne)*, décision du 9 mai 1934, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (publication des Nations Unies, numéro de vente: 1949.V.2), p. 1479.

[37] *De Becker c. Belgique*, requête n° 214/56, décision du 9 juin 1958, *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme 1958-1959*, p. 238; et Jiménez de Aréchaga, "International law in the past third of a century", p. 293.

[38] Cançado Trindade, *op. cit.*, p. 62; Amerasinghe, *Local remedies…*, p. 161; Fawcett, *The Application of the European Convention on Human Rights*, p. 295. Dans l'affaire *Velásquez Rodriguez c. Honduras* (Cour interaméricaine des droits de l'homme, exceptions préliminaires, jugement du 29 juillet 1988, série C, n° 4 1994), la Cour a défini ces recours comme ceux «qui sont adéquats pour faire valoir un droit juridique» (par. 64).

[39] Voir *supra* la note 29.

[40] Voir l'opinion dissidente de M. Spiropoulos, ibid., p. 128; Amerasinghe, *Local remedies…*, p. 215 à 249; Jiménez de Aréchaga, "International responsibility", p. 586 et 587; et Verzijl, «La règle de l'épuisement des recours internes», p. 306 et 307. Pour un avis contraire, voir: Haesler, *The Exhaustion of Local Remedies in the Case Law of International Courts and Tribunals*, p. 81 à 92; Law, *op. cit.*, p. 83 à 91; et Jennings et Watts (dir.), *op. cit.*, p. 524.

[41] Voir O'Connell, *op. cit,* p. 1059.

tribunaux nationaux, tous les arguments qu'il entend faire valoir au niveau international. Dans l'*Arbitrage relatif aux navires finlandais*, l'arbitre a déclaré:

> [T]ous les arguments de fait et de droit qui sont avancés par le Gouvernement demandeur […] doivent avoir été examinés par les tribunaux internes, qui doivent s'être prononcés en ce qui les concerne.[42]

Le principe a été confirmé par la CIJ dans l'affaire *ELSI*[43]. Comme la «règle» énoncée dans l'affaire *Ambatielos*, ce principe semble être plus à sa place dans le commentaire, à titre d'avertissement aux plaideurs potentiels, que dans un article sur l'épuisement des recours internes.

17. L'article 10 indique clairement que les recours internes doivent être «disponibles». Cela signifie qu'ils doivent être disponibles en théorie et en pratique. Un certain désaccord existe néanmoins sur le point de savoir dans quelle mesure le ressortissant étranger doit tester ou épuiser les recours internes qui semblent davantage disponibles en théorie qu'en pratique. Dans l'affaire des *Forêts du Rhodope central*[44], le tribunal a jugé qu'il n'y avait pas de recours à épuiser lorsqu'en droit interne le souverain jouissait de l'immunité de juridiction, alors que dans l'affaire du *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*[45] la CPJI a refusé de considérer qu'il n'y avait pas de recours interne s'agissant de contester la validité d'un acte de saisie *jure imperii* du Gouvernement. La Cour a jugé ce qui suit:

> Le point de savoir si les tribunaux lituaniens sont ou non compétents pour connaître d'une instance déterminée dépend de la loi lituanienne et, seuls, les tribunaux lituaniens peuvent, en cette matière, rendre une décision définitive […] Tant que l'on n'aura pas démontré devant elle que les tribunaux lituaniens n'ont pas compétence […] la Cour ne peut accepter la thèse […] selon laquelle la règle de l'épuisement des recours internes ne trouverait pas son application.

Il appartiendra au tribunal de décider compte tenu des faits de chaque espèce si, dans le cadre de l'ordre juridique de l'État en cause, il n'y a pas de recours disponible. S'il convient de tenir dûment compte de l'avis du conseil sur la disponibilité d'un recours, cet avis ne peut être déterminant[46]. Les différents aspects de la question de savoir si un recours est ou non disponible sont envisagés à l'article 15.

G. – Les recours internes doivent être épuisés lorsque la réclamation repose principalement sur un préjudice causé à un national

Article 11

Les recours internes doivent être épuisés lorsqu'une réclamation internationale, ou une demande de jugement déclaratif liée à la réclamation, repose principalement sur un préjudice causé à un national et que la procédure judiciaire en question n'aurait pas été engagée en l'absence d'un tel préjudice. [Pour trancher ce point, on tiendra compte de facteurs tels que le remède recherché, la nature de la réclamation et l'objet du litige.]

18. La règle de l'épuisement des recours internes entre dans le champ du sujet de la protection diplomatique dans la mesure où elle s'applique uniquement aux cas dans lesquels l'État auteur de la réclamation a été lésé «indirectement», c'est-à-dire à travers l'un de ses nationaux. Elle ne s'applique pas lorsque l'État auteur est directement lésé par le fait illicite d'un autre État[47] car, dans ce cas, le premier État a une raison distincte, qui lui est propre, d'introduire une réclamation internationale. De surcroît, on ne saurait s'attendre à ce que, dans une telle hypothèse, un État épuise les recours internes puisque cela irait à l'encontre du principe *par in parem non habet imperium, non habet jurisdictionem*[48].

19. Dans la pratique, il est difficile de déterminer si la réclamation est «directe» ou «indirecte», lorsque se mélangent des éléments constituant un préjudice pour l'État et des éléments constituant un préjudice pour ses nationaux[49]. De nombreuses réclamations introduites devant des tribunaux internationaux correspondent à ce cas de figure. Dans l'affaire relative à l'*Incident aérien du 27 juillet 1955*[50], dans laquelle la Bulgarie avait descendu un appareil de El Al, il y avait préjudice à la fois pour l'État d'Israël et pour ses nationaux qui se trouvaient à bord; dans l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*[51], la République islamique d'Iran avait directement violé l'obligation qui lui incombait vis-à-vis des États-Unis d'Amérique de protéger leur personnel diplomatique et consulaire, mais un préjudice personnel avait également été porté aux nationaux des États-Unis (agents diplomatiques et fonctionnaires consulaires) pris en otage; et dans l'affaire *Interhandel*[52], la Suisse avait fait valoir à la fois le préjudice découlant directement pour elle de la violation d'un traité et le préjudice indirect résultant de celui causé à une société de droit suisse. Dans l'affaire de l'*Incident aérien du 27 juillet 1955*, la CIJ n'a pas eu à trancher; dans celle du *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, elle a estimé qu'il y avait eu violation directe du

---

[42] *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (voir *supra* la note 36), p. 1502. Voir aussi l'affaire *Ambatielos* (voir *supra* la note 29), p. 123.

[43] *C.I.J. Recueil 1989* (voir *supra* la note 3), p. 45 et 46. Voir aussi le commentaire de l'article 22 du projet d'articles sur la responsabilité des États adopté par la Commission en première lecture, *Annuaire… 1977* (voir *supra* la note 7), par. 49, p. 46, selon lequel l'existence d'une intention de l'emporter est décisive.

[44] *Forêts du Rhodope central (fond)*, décision du 29 mars 1933, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (publication des Nations Unies, numéro de vente: 1949.V.2), p. 1420.

[45] *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis, arrêt, 1939, C.P.J.I. série A/B n° 76*, p. 19. Voir également Amerasinghe, "The local remedies rule…", p. 752 à 754; rapport de l'Association de droit international (voir *supra* la note 15); et Aronovitz, *loc. cit*., p. 78 et 79.

[46] Amerasinghe, *Local remedies*…, p. 191 et 192.

[47] Jennings et Watts (dir.), *op. cit.*, p. 523; Amerasinghe, *Local remedies*…, p. 107 et suiv.; Freeman, *The International Responsibility of States for Denial of Justice*, p. 404; Jessup, *A Modern Law of Nations: an Introduction*, p. 118 à 120; Cançado Trindade, *op. cit.*, p. 172 (fait particulièrement référence à des affaires concernant les droits de l'homme); Meron, "The incidence of the rule of exhaustion of local remedies", p. 85; Verdross et Simma, *Universelles Völkerrecht: Theorie und Praxis*, p. 886; Herdegen, *loc. cit*., p. 68; Adede, "A survey…", p. 1, note 1; et *Restatement of the Law, Third: The Foreign Relations Law of the United States*, St. Paul (Minnesota), 1987, American Law Institute Publishers, vol. 2, par. 902, al. *k*, p. 348. Voir Brownlie, *op. cit.*, p. 498.

[48] Meron, *loc. cit*., p. 83 et 85. Cf. Brownlie, *op. cit.*, p. 498.

[49] Fitzmaurice, "Hersch Lauterpacht—The scholar as judge: part I", p. 54.

[50] *Incident aérien du 27 juillet 1955* (*Israël c. Bulgarie*), *arrêt, C.I.J. Recueil 1959*, p. 127.

[51] *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran, arrêt, C.I.J. Recueil 1980*, p. 3.

[52] Voir *supra* la note 2.

droit international; enfin, dans l'affaire *Interhandel*, elle a statué que la demande était principalement indirecte et que la Suisse n'avait pas épuisé les recours internes.

20. La doctrine a suggéré divers critères pour décider si la réclamation est directe ou indirecte. Toutefois, la même décision est souvent invoquée à l'appui de critères différents et il y a de surcroît certains chevauchements entre divers critères. Les critères ou facteurs ci-après sont communément avancés pour expliquer la distinction entre réclamations directes et indirectes: la prépondérance, l'objet du litige, la nature de la réclamation, la nature des remèdes recherchés et le critère de la condition *sine qua non*.

21. Dans le cas d'une réclamation «mixte», il incombe au tribunal d'en examiner les différents éléments et de décider si c'est l'élément direct ou indirect qui est prépondérant[53]. Ce critère est corroboré par l'affaire *Interhandel* et l'affaire *ELSI*. Dans l'affaire *Interhandel*, la Cour a statué que, même si le litige pouvait comporter certains éléments d'un préjudice direct,

> lesdits arguments n'enlèvent pas au différend […] le caractère d'un différend dans lequel le Gouvernement suisse se présente comme épousant la cause de son ressortissant.[54]

Dans l'affaire *ELSI*, une chambre de la CIJ a rejeté l'argument des États-Unis selon lequel leur demande reposait sur la violation d'un traité et l'épuisement des recours internes n'était donc pas nécessaire, et a déclaré:

> [L]a Chambre ne doute pas que la question qui colore et imprègne la demande des États-Unis tout entière est celle du préjudice que Raytheon et Machlett [des sociétés américaines] auraient subi.[55]

22. Comme autre critère étroitement lié à celui de la prépondérance, on peut citer celui de la condition *sine qua non*; la question est alors de savoir si la réclamation qui comporte à la fois des éléments de préjudice direct et de préjudice indirect aurait été introduite indépendamment de celle endossée par l'État pour le compte du national lésé. Si la réponse est affirmative, la réclamation est indirecte et les recours internes doivent être épuisés[56]. C'est l'affaire *ELSI* qui est avancée pour illustrer ce critère, mais, comme on l'a vu plus haut, celle-ci peut aussi être invoquée à l'appui du critère de la prépondérance.

23. La distinction entre le critère de la prépondérance et celui de la condition *sine qua non* est mince. Si une réclamation repose principalement sur le préjudice causé à un national, c'est qu'elle n'aurait pas été introduite en l'absence dudit préjudice. Inversement, s'il est établi que la réclamation n'aurait pas été introduite en l'absence du préjudice subi par le national, on en conclura généralement qu'elle est indirecte. L'article 11 retient les deux critères, car, combinés, ils soulignent que, pour que l'épuisement des recours internes puissent être exigés, il faut que le facteur déterminant à l'origine de la réclamation soit le préjudice causé au national.

24. Les autres «critères» ne sont pas tant des critères que des facteurs à prendre en compte pour décider si la réclamation penche plutôt dans le sens d'une réclamation directe ou dans celui d'une réclamation indirecte, ou si elle n'aurait pas été introduite en l'absence du préjudice dont se plaint le national. Ces facteurs sont principalement l'objet du litige, la nature de la réclamation et celle du remède recherché.

25. L'*objet du litige* est manifestement un facteur à prendre en considération. Lorsque le préjudice a été porté à des agents diplomatiques ou des fonctionnaires consulaires – comme dans l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*[57], ou à des biens d'État, comme dans l'affaire de l'*Incident aérien du 27 juillet 1955*[58], ou dans celle du *Détroit de Corfou*[59] –, la réclamation sera normalement considérée comme directe[60]. Dans la plupart des cas, la violation d'un traité sera considérée comme à l'origine d'une réclamation directe à moins qu'elle ne soit accessoire ou secondaire par rapport au préjudice subi par le national, comme dans les affaires *Interhandel* et *ELSI*.

26. S'agissant de la *nature de la réclamation*, Meron estime que «le véritable critère est à trouver dans les intérêts réels de l'État auteur de la réclamation et dans les objectifs que celui-ci poursuit»[61]. Des développements ont été consacrés à ce facteur déterminant par d'autres auteurs. Pour Thirlway:

> Il semble donc que, dans la jurisprudence de la Cour, ce qui compte pour déterminer si la règle de l'épuisement des recours internes s'applique ou non est la nature de l'élément principal de la réclamation. De toute évidence, en l'absence d'un préjudice quelconque pour lequel un recours serait ouvert devant les tribunaux internes, la règle est totalement exclue; il en est cependant ainsi non pas parce que sont en jeu exclusivement des droits interétatiques, mais parce que la réclamation est telle qu'il ne pourrait être obtenu réparation devant les tribunaux internes. En revanche, si le fond de l'affaire est un préjudice causé à des nationaux, dont la réclamation est endossée par l'État de nationalité, et si un recours devant les tribunaux internes pourrait effectivement mettre fin au litige, la règle s'appliquera de telle sorte que même

---

[53] D'après le *Restatement of the Law Second, The Foreign Relations Law of the United States* (St. Paul, Minnesota, American Law Institute Publishers, 1965), la règle de l'épuisement des recours internes n'est pas applicable lorsque «l'État dont l'étranger a la nationalité, qui a endossé la réclamation de ce dernier, soumet pour son propre compte une réclamation distincte et principale du chef d'un préjudice direct découlant du même comportement illicite» (partie IV, par. 208, al. *c*, p. 618). Le même principe se retrouve dans le *Restatement of the Law Third* (voir *supra* la note 47):

> «En droit international, pour qu'un État puisse endosser la réclamation d'une personne privée, […] il faut normalement que celle-ci ait épuisé les recours internes qui lui sont ouverts dans l'État défendeur. En revanche, les recours internes n'ont pas à être épuisés en cas de violation du droit international si aucune personne privée ne se prétend lésée; un État n'a pas à saisir de la violation de ses droits les tribunaux de l'État responsable, même si ses propres intérêts ont été lésés du fait d'une violation du droit international qui a aussi causé un préjudice à ses nationaux».

Voir aussi Meron, *loc. cit*., p. 86; et Whiteman, *Digest of International Law*, p. 779.

[54] *C.I.J. Recueil 1959* (voir *supra* la note 2), p. 28.

[55] *C.I.J. Recueil 1989* (voir *supra* la note 3), par. 52, p. 43.

[56] Adler, "The exhaustion of the local remedies rule after the International Court of Justice's decision in *ELSI*".

[57] Voir *supra* la note 51.

[58] Voir *supra* la note 50.

[59] *Détroit de Corfou, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1949*, p. 4.

[60] Meron, *loc. cit*., p. 87; et García Amador, *The Changing Law of International Claims*, p. 467 et 468. Voir aussi le projet de convention sur la responsabilité des États en cas de dommage causé sur leur territoire à la personne ou aux biens d'étrangers, Faculté de droit de Harvard, 1929, et les commentaires correspondants reproduits dans *American Journal of International Law*, Washington, numéro spécial, avril 1929, vol. 23, p. 156 et 157.

[61] Loc. cit., p. 87.

des aspects secondaires de la réclamation, qui peuvent être considérés comme des questions relevant exclusivement des relations directes entre États, seront eux aussi irrecevables.[62]

Amerasinghe, tout en approuvant le critère de la «nature de la réclamation», fait valoir que:

La règle de l'épuisement [des recours internes] est liée au droit violé ou au préjudice causé et non pas à la réclamation reposant sur ceux-ci en tant que telle, laquelle entend faire valoir un droit secondaire ou droit à réparation. C'est aussi l'essence du droit substantiel violé, telle qu'elle découle des objectifs et des intérêts à promouvoir, qui compte.[63]

Cette approche est corroborée par l'affaire *Interhandel*, dans laquelle la CIJ a déclaré:

La Cour estime qu'un seul et même intérêt, celui de l'Interhandel, qui a dicté à celle-ci l'introduction et la reprise d'une procédure devant les tribunaux des États-Unis, a conduit le Gouvernement suisse à entamer une procédure internationale.[64]

Manifestement, les «intérêts et objectifs réels» poursuivis par l'État auteur de la réclamation (Meron, loc. cit., p. 87), «la nature de l'élément principal de la réclamation» (Thirlway, loc. cit., p. 89) et «l'essence du droit substantiel violé» (Amerasinghe, *Local Remedies…*, p. 129) sont des facteurs à prendre en considération pour le classement de la réclamation. Aucun d'entre eux n'est toutefois décisif. Au bout du compte, la question est de savoir si la réclamation repose principalement sur un préjudice causé à un national et si elle aurait été introduite même en l'absence de ce préjudice.

27. La *nature du remède recherché* par l'État auteur de la réclamation est également pertinente. Lorsque l'État recherche un remède purement déclaratif, la réclamation sera considérée comme directe, mais s'il recherche l'indemnisation de son national ou une restitution en faveur de celui-ci, elle sera considérée comme indirecte. Le point de vue selon lequel les recours internes n'ont pas à être épuisés lorsqu'un État ne réclame aucuns dommages-intérêts pour un national lésé, mais se contente de solliciter une décision concernant l'interprétation et l'application d'un traité, bénéficie d'un certain appui. Dans l'affaire de l'*Accord relatif aux services aériens*[65], opposant les États-Unis et la France, les États-Unis contestaient des décisions du Gouvernement français, qui, selon eux, portaient atteinte aux intérêts de compagnies aériennes américaines et violaient un accord de service aérien bilatéral. La France soutenait que Pan American Airlines (PANAM), la compagnie aérienne américaine la plus touchée par ces décisions, devait épuiser tous les recours internes avant que le litige ne puisse être porté sur le plan international, tandis que les États-Unis faisaient valoir qu'il était manifeste, étant donné le remède recherché – une interprétation autorisée de l'Accord de service aérien – que l'intérêt en jeu dans l'arbitrage ne se limitait pas à éviter des problèmes à la PANAM mais aussi à d'autres compagnies aériennes américaines. Les arbitres, qui ont donné gain de cause aux États-Unis, ont estimé que les recours internes n'avaient pas à être épuisés, car le litige portait sur «un droit accordé par un *État* à un autre *État*»[66]. Cette approche est aussi corroborée par l'avis rendu par la CIJ concernant l'*Applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la section 21 de l'accord relatif au siège de l'Organisation des Nations Unies*, dans lequel la Cour avait déclaré que le différend allégué découlant de la législation des États-Unis visant à la fermeture du bureau de l'OLP

porte uniquement sur les droits que l'Organisation des Nations Unies estime tenir de l'accord de Siège. Or la procédure d'arbitrage prévue par cet accord a précisément pour objet de permettre de régler les différends qui pourraient naître à ce sujet entre l'Organisation et le pays hôte sans recours préalable aux tribunaux nationaux et il serait contraire tant à la lettre qu'à l'esprit de l'Accord de subordonner la mise en œuvre de cette procédure à un tel recours préalable. Il est évident que la mise en œuvre d'une disposition du type de la section 21 de l'accord de Siège ne peut être subordonnée à l'épuisement des voies de recours internes comme condition de son application.[67]

28. Il n'est pas rare que, dans des réclamations internationales, les États recherchent des remèdes «mixtes». Dans l'affaire *Interhandel* comme dans l'affaire *ELSI*, l'État demandeur cherchait à obtenir un jugement déclaratif concernant l'interprétation et l'application d'un traité que l'État défendeur avait, selon lui, violé dans le cadre ou à l'occasion du traitement illicite réservé à un national de l'État demandeur. Ni dans l'une ni dans l'autre affaire, l'État demandeur n'a réussi à se soustraire à la règle de l'épuisement des recours internes. Dans l'affaire *Interhandel*, la CIJ a statué que la demande suisse avait principalement «pour objet la restitution des avoirs de l'Interhandel aux États-Unis»[68], et dans l'affaire de l'*ELSI*, que la question qui «colore et imprègne la demande des États-Unis tout entière»[69] est celle des dommages-intérêts réclamés par les États-Unis pour le compte de ses nationaux.

29. Des affaires *Interhandel* et *ELSI*, il ressort que les recours internes doivent avoir été épuisés lorsqu'une demande de jugement déclaratif est liée à un autre remède recherché en raison du préjudice porté à un national. Il semble cependant aussi en ressortir que l'État peut demander un jugement déclaratif sur l'interprétation d'un traité au sujet du traitement de nationaux sans que les recours internes aient été épuisés, à condition qu'il ne cherche pas à obtenir également l'indemnisation de ses nationaux ou une restitution en leur faveur[70]. C'est là une situation qui n'est pas souhaitable car elle permettrait à un État «de contourner la règle de l'épuisement des recours internes en favorisant la recherche de jugements déclaratifs qui acquerraient la force de la chose jugée à l'égard de procédures internationales ultérieures visant à obtenir réparation»[71].

[62] "The law and procedure of the International Court of Justice 1960–1989", p. 89 et 90.

[63] *Local remedies…*, p. 129.

[64] *C.I.J. Recueil 1959* (voir *supra* la note 2), p. 29.

[65] *Accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946 entre les États-Unis d'Amérique et la France*, sentence du 9 décembre 1978, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVIII (publication des Nations Unies, numéro de vente: E/F.80.V.7), p. 415; et *ILR*, vol. 54, p. 304.

[66] *ILR*, vol. 54, p. 324. Voir également l'affaire *Swiss Confederation c. German Federal Republic*, *ILR*, vol. 25, 1958-I, p. 47, mentionnée dans *The British Year Book of International Law, 1958*, vol. 34, p. 363. Se fondant sur ces décisions, Adler a soutenu que «avant l'affaire de l'*ELSI*, les précédents portaient à conclure que la nature du remède recherché devait permettre de déterminer si la règle de l'épuisement [des recours internes] s'appliquait aux réclamations mixtes» (*loc. cit*., p. 643).

[67] *Applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la section 21 de l'accord du 26 juin 1947 relatif au siège de l'Organisation des Nations Unies, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1988*, par. 41, p. 29.

[68] *C.I.J. Recueil 1959* (voir *supra* la note 2), p. 28.

[69] *C.I.J. Recueil 1969* (voir *supra* la note 3), par. 52, p. 43.

[70] Adler, *loc. cit*., p. 652; Meron, *loc. cit*., p. 86.

[71] Jiménez de Aréchaga, "International law…", p. 293.

30. Il est impossible d'élaborer un projet d'article qui soumette l'État auteur d'une réclamation à la règle de l'épuisement des recours internes dans le cas visé ci-dessus sans imposer du même coup cette règle dans celui où l'État demande uniquement l'interprétation d'un traité alors que, dans ce dernier cas, elle ne se justifierait pas[72]. C'est pourquoi l'article 11 fait clairement ressortir qu'une demande de jugement déclaratif en elle-même ne permet pas d'écarter la règle de l'épuisement des recours internes. Lorsque la demande de jugement déclaratif est liée à une réclamation invoquant un préjudice causé à un national ou est secondaire par rapport à une telle réclamation – qu'elle s'accompagne ou non d'une demande d'indemnisation du national lésé ou de restitution en faveur de ce dernier –, il demeure possible à un tribunal de statuer, au vu de toutes les circonstances de l'affaire, que la demande de jugement déclaratif repose principalement sur le préjudice. Une telle décision serait juste et raisonnable s'il est établi que l'État demandeur a délibérément sollicité un jugement déclaratif afin d'échapper à la règle de l'épuisement des recours internes.

31. L'article 11 mentionne entre crochets un certain nombre de facteurs à prendre en considération pour décider si l'on a affaire à une réclamation directe ou indirecte. La Commission sera peut-être d'avis – et ce serait compréhensible – qu'il est préférable de réserver cette question au commentaire car, en règle générale, l'inclusion d'exemples de ce genre doit être évitée dans un texte de codification.

Article 12

L'épuisement des recours internes est une condition de procédure qui doit être satisfaite pour qu'un État puisse formuler une réclamation internationale pour le préjudice causé à un national par un fait internationalement illicite commis contre ce national lorsque le fait en question est une violation tant du droit interne que du droit international.

Article 13

Lorsqu'un étranger introduit une instance devant les tribunaux internes d'un État pour obtenir réparation à raison d'une violation du droit interne de cet État qui ne constitue pas un fait illicite international, l'État dans lequel l'instance est introduite peut voir sa responsabilité internationale engagée s'il y a déni de justice au détriment du ressortissant étranger. Sous réserve de l'article 14, l'étranger lésé doit épuiser tous autres recours internes qui peuvent être disponibles pour qu'une réclamation internationale puisse être faite pour son compte.

32. Dans l'*Encyclopedia of Public International Law*, Doehring écrit:

> Tant que la règle de l'épuisement des recours internes existera, sa nature – règle de droit procédural ou règle de fond – demeurera.[73]

Cette controverse, à laquelle la Commission n'a pas totalement échappé, oppose trois points de vue[74]. Le premier est que le fait internationalement illicite de l'État n'est pas achevé tant que les recours internes n'ont pas été épuisés en vain; l'épuisement des recours internes est une condition de fond dont dépend l'existence même de la responsabilité internationale. Selon le deuxième point de vue, l'épuisement des recours internes est simplement une condition de procédure qui doit être satisfaite pour qu'une réclamation internationale puisse être formulée. Le troisième[75] opère une distinction selon que le préjudice a été causé à l'étranger au regard du droit interne ou au regard du droit international. Si le préjudice est causé par une violation du droit interne qui ne constitue pas une violation du droit international, la responsabilité internationale n'est engagée que par un acte ou une omission constituant un déni de justice commis par les organes judiciaires de l'État défendeur au préjudice de l'étranger alors que celui-ci tentait d'obtenir réparation pour la violation du droit interne. Ici, l'épuisement des recours internes est une condition de fond de l'existence de la responsabilité internationale. À l'opposé, lorsque le préjudice causé à l'étranger découle d'une violation du droit international, la responsabilité internationale naît au moment du préjudice et la nécessité d'épuiser les recours internes avant de pouvoir formuler une réclamation internationale n'est qu'une condition procédurale. Il n'est nul besoin d'établir l'existence d'un déni de justice des organes judiciaires de l'État défendeur. En outre, si l'acte ou l'omission viole le droit international et non le droit interne, l'absence de recours internes élimine à l'évidence la nécessité de les épuiser.

33. Pour certains auteurs, la question de savoir si la règle de l'épuisement des recours internes est une règle de fond ou une règle de procédure est purement académique[76]. Ceci est manifestement inexact puisque le moment critique où naît la responsabilité internationale sera différent selon l'approche retenue. S'il s'agit d'une règle de fond, la responsabilité internationale ne naît qu'une fois tous les recours internes épuisés, alors que s'il s'agit d'une règle de procédure, la responsabilité internationale est engagée dès la commission du fait internationalement illicite. Cette différence est lourde de conséquences au regard du principe de la nationalité des réclamations, qui requiert d'une manière générale que l'étranger lésé soit un national de l'État qui formule la réclamation au moment où le fait internationalement illicite est commis[77]. Elle peut aussi affecter la compétence d'un tribunal si l'État partie au différend a assorti son acceptation de cette compétence d'un délai, comme dans l'affaire des *Phosphates du Maroc*[78]. De plus, la position que l'on adopte quant à la nature de la règle est décisive pour le prononcé d'un jugement déclaratif lorsque les recours internes n'ont pas été

---

[72] Comme dans les cas visés *supra* au paragraphe 29.

[73] Loc. cit., p. 240.

[74] Un autre point de vue, qui n'a guère recueilli d'appui, est que, lorsque la responsabilité internationale de l'État est engagée par le préjudice initial, l'épuisement des recours internes n'est plus nécessaire (voir Verzijl, cité dans Briggs, "The local remedies rule: a drafting suggestion", p. 923).

[75] Fawcett, "The exhaustion of local remedies: substance or procedure?"; et Brownlie, *op. cit.*, p. 497.

[76] Selon Schwarzenberger:

> «Au niveau d'une société internationale inorganisée, il serait vain d'essayer, comme dans le cas du critère de la nationalité, de définir la règle de l'épuisement des recours internes par rapport à des distinctions sans pertinence entre fond et procédure.» (*International Law*, p. 611).

Voir aussi Dunn, *op. cit.*, p. 156; et *Annuaire… 1977* (voir *supra* la note 7), commentaire de l'article 22, par. 14, p. 36.

[77] Doehring, *loc. cit*., p. 240.

[78] *Phosphates du Maroc, arrêt, 1938, C.P.J.I. série A/B n° 74*, p. 10.

épuisés, et pour la renonciation par l'État défendeur à exiger l'épuisement des recours internes puisque, logiquement, ni l'un ni l'autre ne sera possible si on la considère comme une règle de fond[79]. Enfin, la règle sera considérée comme une exception préliminaire (si on estime que c'est une règle de procédure) ou comme relevant du fond dans une instance devant un tribunal international, selon la position que l'on adoptera[80].

34. Le débat sur la nature de la règle de l'épuisement des recours internes a repris dans le cadre des tentatives de codification, de décisions judiciaires, d'opinions individuelles et dans la pratique des États. En outre, une étude de cette règle ne sera pas considérée comme sérieuse si elle ne se prononce pas sur sa nature, procédurale ou de fond.

H. – Codification

35. Les codifications de la règle de l'épuisement des recours internes ont d'une manière générale évité de prendre parti pour l'une ou l'autre position. Il existait toutefois une tendance sensible à considérer qu'il s'agissait d'une règle de procédure avant qu'en 1977 la Commission ne décide de la considérer comme une règle de fond.

36. En 1927, l'Institut du droit international proposait ce qui suit:

> Aucune demande de réparation ne peut être introduite de la part de l'État aussi longtemps que l'individu lésé dispose de voies de recours efficaces et suffisantes pour le faire jouir du traitement qui lui est dû.
>
> Aucune demande de réparation ne peut non plus avoir lieu si l'État responsable met à la disposition de l'individu lésé une voie de procédure efficace pour obtenir le dédommagement correspondant.[81]

Bien qu'elle ne constitue pas un modèle de clarté, cette disposition a été interprétée comme postulant que la règle de l'épuisement des recours internes concerne la recevabilité de la réclamation et non l'origine de la responsabilité. Elle donne en outre à penser que la responsabilité naît au moment où le préjudice se produit[82].

37. Deux ans plus tard, en 1929, le Comité préparatoire de la Conférence de codification du droit international (La Haye, 1930) a élaboré une disposition ainsi libellée:

> 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 responsabilité internationale soit laissée en suspens jusqu'à ce que ses tribunaux aient prononcé définitivement. Cette règle n'exclut pas l'application des dispositions [relatives à la responsabilité de l'État pour déni de justice].[83]

Le texte adopté en première lecture par la troisième Commission de la Conférence disposait:

> 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 épuisement des voies de recours ouvertes par le droit interne à l'individu lésé.[84]

Ces deux dispositions peuvent être considérées comme des exemples d'ambiguïté délibérée[85]. D'une part, elles donnent à penser que la responsabilité internationale ne naît pas tant que les recours internes n'ont pas été épuisés, de l'autre, elles semblent indiquer que la responsabilité est simplement suspendue jusqu'à l'épuisement des recours internes[86].

38. Les dispositions du projet de convention relative à la responsabilité internationale des États à raison des dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers établi par la Faculté de droit de Harvard en 1929 donnent à penser que l'on considère la règle comme une règle de fond. Elles disposent:

> *Article VI*
>
> Généralement un État n'est pas responsable (alors qu'il doit réparation à un autre État) tant que les voies de recours locales ouvertes à l'étranger lésé n'ont pas été épuisées.
>
> *Article VII*
>
> *a*) Un État est responsable du dommage causé à un étranger par la faute ou la négligence d'un de ses hauts fonctionnaires, dans l'exercice de ses fonctions, si les voies de recours locales ont été épuisées sans réparation suffisante.
>
> *b*) Un État est responsable du dommage causé à un étranger par la faute ou la négligence d'un de ses fonctionnaires ou employés subalternes dans l'exercice de ses fonctions, en cas de déni de justice, ainsi qu'il est défini à l'article 9 ci-après, ou en cas de défaut de sanction disciplinaire à l'encontre dudit fonctionnaire ou employé, à moins que l'étranger lésé n'ai reçu réparation suffisante.
>
> *Article VIII*
>
> *a*) Un État est responsable du dommage causé à un étranger par suite de l'inexécution de son obligation contractuelle envers ledit étranger, alors que les voies de recours locales ont été épuisées sans réparation suffisante.
>
> *b*) Sauf le cas de déni de justice, ainsi qu'il est défini à l'article 9 ci-après, un État n'est pas responsable du dommage causé à un étranger par suite de l'inexécution de l'obligation contractuelle d'une de ses subdivisions politiques envers ledit étranger.
>
> *Article IX*
>
> Un État est responsable du dommage causé à un étranger par suite d'un déni de justice. […][87]

En 1933, la résolution adoptée à Montevideo par la septième Conférence internationale américaine aux termes de laquelle «les étrangers ne peuvent bénéficier de la protection diplomatique»[88] si les recours internes n'ont pas été épuisés semble également considérer qu'il s'agit d'une règle de fond.

---

[79] Amerasinghe, *State Responsibility for Injuries to Aliens*, p. 201 à 208; "The formal character of the rule of local remedies", p. 447 à 455; et *Local remedies…*, p. 330 à 337.

[80] Amerasinghe, *Local remedies…*, p. 333 à 335. Pour un avis contraire, voir *Annuaire… 1977* (voir *supra* la note 7), par. 33, p. 43.

[81] *Annuaire… 1956* (voir *supra* la note 26), annexe 8, art. XII, p. 229.

[82] Borchard, "Theoretical aspects of the international responsibility of States", p. 235; et De Visscher, «Notes sur la responsabilité internationale des États et la protection diplomatique d'après quelques documents récents», p. 245.

[83] *Annuaire… 1956* (voir *supra* la note 26), base de discussion n° 27, p. 225.

[84] Ibid., annexe 3, art. 4, p. 225.

[85] *Annuaire… 1977* (voir *supra* la note 7), commentaire de l'article 22, par. 19, p. 38.

[86] Voir Cançado Trindade, "The birth of State responsibility and the nature of the local remedies rules", p. 157 et 158.

[87] *Annuaire… 1956* (voir *supra* la note 26), annexe 9, p. 229.

[88] Ibid., annexe 6, p. 227.

39. En 1956, l'Institut de droit international, après avoir rejeté une proposition radicale de Verzijl[89] en faveur d'un abandon de la règle de l'épuisement des recours internes, a adopté une résolution dans laquelle il souscrit à l'idée que cette règle est de nature procédurale:

Lorsqu'un État prétend que la lésion subie par un de ses ressortissants dans sa personne ou dans ses biens a été commise en violation du droit international, toute réclamation diplomatique ou judiciaire lui appartenant de ce chef est irrecevable s'il existe, dans l'ordre juridique interne de l'État contre lequel la prétention est élevée, des voies de recours accessibles à la personne lésée et qui, vraisemblablement, sont efficaces et suffisantes en tant que l'usage normal de ces voies n'a pas été épuisé.[90]

40. En 1956, la Commission a entamé l'étude du sujet. Le rapporteur spécial, M. García Amador, a présenté son premier rapport sur la responsabilité des États, dans lequel il proposait la base de discussions suivante:

On peut considérer notamment comme causes d'exonération [de la responsabilité internationale]:

a) *Le fait qu'il n'a pas été fait usage des recours internes*, en ce sens qu'aussi longtemps que ces recours n'ont pas été épuisés, aucune réclamation internationale ne peut être présentée et l'accomplissement du devoir de réparer ne peut être exigé.[91]

Le commentaire contient l'explication suivante:

[L]a règle implique une condition suspensive, de fond ou de procédure, à laquelle le droit de présenter une réclamation internationale est subordonné. La responsabilité pourra ou non exister, selon le cas, mais elle ne créera provisoirement, en faveur de l'État qui s'en prévaut, qu'un droit éventuel. En d'autres termes, la responsabilité proprement dite pourra ou non être imputable, mais la réparation ne sera pas exigible. En droit strict, par conséquent, le fait que les recours internes n'ont pas été épuisés pourra ou non constituer, selon l'espèce, une cause d'exonération de la responsabilité internationale mais toujours, il exclura le droit de présenter une réclamation internationale.[92]

Dans son troisième rapport, il devait modifier cette disposition comme suit:

Les réclamations internationales tendant à obtenir réparation du dommage subi par un étranger […] sont irrecevables aussi longtemps que tous les recours que prévoit l'ordre juridique interne n'ont pas été épuisés.[93]

À peu près à la même époque, en 1960, la Faculté de droit de Harvard a proposé la disposition suivante, qui semblait souscrire plus clairement à l'idée que la règle était procédurale:

a) Un étranger a le droit de présenter une réclamation internationale en vertu de la présente Convention une fois qu'il a épuisé les recours internes prévus par l'État contre lequel la réclamation est formulée.

b) Un État a le droit de présenter une réclamation en vertu de la présente Convention uniquement pour le compte d'une personne qui est son national, et seulement si les recours internes et les recours internationaux extraordinaires éventuels prévus par l'État contre lequel la demande est formulée ont été épuisés.[94]

41. En 1977, à l'instigation vigoureuse du Rapporteur spécial, Roberto Ago, la Commission a adopté en première lecture le projet d'articles sur la responsabilité des États dont l'article 22 consacre la thèse selon laquelle la règle est une règle de fond:

Lorsqu'un comportement d'un État a créé une situation non conforme aux résultats requis de lui par une obligation internationale concernant le traitement à réserver à des particuliers étrangers, personnes physiques ou morales, mais qu'il ressort de l'obligation que ce résultat ou un résultat équivalent peut néanmoins être acquis par un comportement ultérieur de l'État, il n'y a violation de l'obligation que si les particuliers intéressés ont épuisé les recours internes efficaces leur étant disponibles sans obtenir de traitement prévu par l'obligation ou, au cas où cela n'était pas possible, un traitement équivalent.[95]

Cette disposition sur la distinction entre obligation de comportement et obligation de résultat est énoncée aux articles 20 et 21 du projet d'articles sur la responsabilité des États adopté en première lecture.

42. Le projet d'articles provisoirement adopté par le Comité de rédaction de la Commission en deuxième lecture[96] ne vise qu'incidemment la règle de l'épuisement des recours internes (à l'article 45) et laisse à l'auteur du présent rapport sur la protection diplomatique le soin d'en traiter de manière exhaustive. En outre, ce projet d'articles abandonne la distinction entre obligations de comportement et obligations de résultat sur laquelle reposait l'article 22 du projet d'articles adopté en première lecture.

43. En 2000, le Comité de la protection diplomatique des personnes et des biens de l'Association du droit international a présenté son premier rapport lors de la réunion plénière de l'Association à Londres. Dans un rapport intérimaire, établi par Juliane Kokott à l'intention du Comité, un projet d'article ainsi libellé était recommandé:

Selon les principes généraux du droit international, l'épuisement des recours internes est une condition procédurale préalable de l'exercice de la protection diplomatique.[97]

I. – Décisions judiciaires

44. Les décisions judiciaires ne fournissent pas de réponse claire à la question à l'examen. Les tribunaux,

---

[89] Dans son rapport préliminaire à l'Institut, Verzijl proposait ce qui suit:

«I) Dans les cas où la lésion de la personne ou des biens d'un étranger n'engage pas en elle-même la responsabilité internationale de l'État sur le territoire duquel elle a été commise, aucune réclamation diplomatique ne peut avoir lieu à moins qu'une responsabilité internationale ne soit engagée à cause d'un déni de justice […]

«II) Lorsque la lésion de la personne ou des biens d'un étranger engage en elle-même la responsabilité internationale de l'État sur le territoire duquel elle a été commise, il n'y a aucun motif valide pour subordonner une réclamation diplomatique à l'épuisement des recours internes.»

[*Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 45, session d'Aix-en-Provence (1954), p. 24. Voir également, au sujet de cette proposition, Briggs, *loc. cit*.]

[90] *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 46, session de Grenade (1956), p. 364.

[91] *Annuaire… 1956* (voir *supra* la note 26), base de discussion n° V, par. 2, p. 220.

[92] Ibid., par. 173, p. 206. L'auteur exprime la même opinion dans "State responsibility: some new problems", p. 449, et dans son troisième rapport, *Annuaire… 1958* (voir *supra* la note 26), commentaire de l'article 18, par. 3, p. 56.

[93] *Annuaire… 1958* (voir *supra* la note 26), art. 15, par. 1, p. 57. On trouve la même disposition dans chaque projet présenté ultérieurement par le Rapporteur spécial. Pour la dernière formulation, voir *Annuaire… 1961*, vol. II, doc. A/CN.4/134 et Add.1, art. 18, par. 1, p. 50.

[94] Art. 1, par. 2, du projet de Convention sur la responsabilité internationale des États à raison des dommages causés à des étrangers, établi par le Harvard Research on International Law en 1960; reproduit dans Sohn et Baxter, "Responsibility of States for injuries to the economic interests of aliens", p. 548.

[95] *Annuaire… 1977* (voir *supra* la note 7), p. 31. Pour le débat qui a eu lieu sur cette disposition à la Commission, voir *Annuaire… 1977*, vol. I, comptes rendus analytiques des 1463e et 1465e à 1469e séances de la Commission, p. 250 à 283.

[96] Voir *supra* la note 8.

[97] Kokott, "The Exhaustion of local remedies", p. 629.

comme les organismes de codification, ont souvent préféré rester délibérément vagues quant à la nature de la règle de l'épuisement des recours internes. Ceci explique pourquoi il est fréquent qu'une même décision soit invoquée simultanément à l'appui de leur argumentation par ceux qui considèrent qu'il s'agit d'une règle de fond et ceux qui considèrent qu'il s'agit d'une règle de procédure[98].

45. L'arbitrage rendu dans l'affaire du *Mexican Union Railway* semble postuler clairement qu'il s'agit d'une règle de fond:

> [L]a responsabilité d'un État en droit international ne peut naître que lorsque les personnes concernées ont exercé tous les recours qui leur étaient ouverts par le droit interne de l'État en cause.[99]

D'autre part, l'idée qu'il s'agit d'une règle de procédure est implicitement défendue dans l'affaire relative à *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*[100], dans laquelle la CIJ a considéré qu'un jugement déclaratif pouvait être rendu avant que les recours internes aient été épuisés, et dans des affaires comme celles de l'*Usine de Chorzów*[101] et de la *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie*[102], dans lesquelles la CIJ a considéré que la règle de l'épuisement des recours internes était une exception préliminaire.

46. L'affaire des *Phosphates du Maroc*[103], dans laquelle Roberto Ago était le conseil de l'Italie et a défendu la thèse selon laquelle la règle était une règle de fond, a suscité des opinions opposées.

Dans sa requête introductive 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 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. 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 de *situations ou de faits postérieurs à cette ratification*». 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 […]. 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. Se basant sur ces faits, le Gouvernement italien optait 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.

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».[104]

La Cour, dans son arrêt du 14 juin 1938, a indiqué 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 sous 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. *S'agissant d'un acte imputable à l'État et décrit comme contraire aux droits conventionnels d'un autre État, la responsabilité internationale s'établirait directement dans le plan des relations entre ces États*[*]. 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».[105]

Roberto Ago affirme que, bien que la CPJI ait rejeté la requête de l'Italie, elle n'a pas rejeté l'argument italien selon lequel la règle de l'épuisement des recours internes est une règle de fond[106]. Il est difficile de l'admettre, notamment si l'on songe que la Cour a conclu que la responsabilité internationale s'établirait immédiatement entre les deux États du fait de la décision du Service des mines et non après l'épuisement des recours internes[107]. Le commentaire d'Amerasinghe sur ce point semble donc plus juste:

---

[98] Il est intéressant de comparer le raisonnement des principaux tenants des deux écoles de pensée, Amerasinghe et Ago. Voir Amerasinghe, *State Responsibility…*, p. 216 à 235; "The formal character…", p. 462 à 476; *Local remedies…*, p. 337 à 356; et *Annuaire… 1977* (voir *supra* la note 15), par. 62 à 79, p. 27 à 32. Voir également *Annuaire… 1977* (voir *supra* la note 7), par. 20 à 31, p. 37 à 41.

[99] *Mexican Union Railway (Ltd.) (Grande-Bretagne) c. Mexique*, décision n° 21, février 1930, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V (publication des Nations Unies, numéro de vente: 1952.V.3), p. 122.

[100] *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise, compétence, arrêt n° 6, 1925, C.P.J.I. série A n° 6.*

[101] *Usine de Chorzów, compétence, arrêt n° 8, 1927, C.P.J.I. série A n° 9*.

[102] *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie, arrêt, 1939, C.P.J.I. série A/B n° 77*, p. 64.

[103] Voir *supra* la note 78.

[104] Cet exposé de l'affaire est tiré des paragraphes 25 à 27 du commentaire du projet d'article 22 du projet d'articles sur la responsabilité des États adopté par la Commission en première lecture (*Annuaire… 1977* [voir *supra* la note 7], p. 40 et 41).

[105] *Phosphates du Maroc* (voir *supra* la note 78), p. 28.

[106] *Annuaire… 1977* (voir *supra* la note 7), par. 28, p. 40 et 41.

[107] La phrase en italique du passage de l'arrêt de la Cour cité ci-dessus, qui semble fournir la clef de la décision de la Cour, ne figure pas dans l'exposé de l'affaire contenu dans le commentaire de la Commission (ibid., par. 27, p. 40).

Il est clair que la CPJI a considéré que l'acte initial, qui constituait une violation du droit international, a engagé la responsabilité internationale et que cette responsabilité n'est pas née uniquement après les dernières actions alléguées par l'État demandeur en ce qui concerne l'épuisement des recours internes. Le moment où la responsabilité internationale est née était critique en l'espèce, et donc la décision rendue postule que la responsabilité internationale est née avant l'exercice de tout recours interne. Il est clair que la Cour a considéré que la règle de l'épuisement des recours internes était une règle procédurale.[108]

47. Bien qu'elle ne soit guère pertinente, l'affaire du *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis* étaye dans une certaine mesure la thèse du caractère procédural, en ce que la CPJI a jugé, au sujet de la règle de l'épuisement des recours internes, qu'«en principe [elle] subordonne la réclamation internationale à cet épuisement»[109]. En outre, dans cette affaire, comme dans l'affaire relative à l'*Administration du Prince von Pless*[110] et l'affaire *Losinger*[111], bien que l'exception concernant l'épuisement des recours internes ait été jointe au fond compte tenu de sa complexité, elle a été traitée comme une exception préliminaire et non comme une défense au fond.

48. L'*Arbitrage relatif aux navires finlandais*[112] est une autre affaire au sujet de laquelle les opinions sont partagées. Selon Roberto Ago, l'arbitre Bagge «gardait une sorte de neutralité entre les deux façons de concevoir l'exigence de l'épuisement des recours internes»[113], alors que pour d'autres auteurs cette sentence étaye la conception procédurale[114]. Le raisonnement adopté par l'arbitre Bagge conforte sans aucun doute l'interprétation de Roberto Ago[115] selon laquelle la sentence ne permet de tirer aucune conclusion quant à la nature de la règle de l'épuisement des recours internes. Dans un article publié plus de 20 ans après[116], Bagge s'abstient une nouvelle fois de donner son avis sur la nature, procédurale ou de fond, de la règle de l'épuisement des recours internes, même si certains indices donnent à penser qu'il la considère comme procédurale.

49. Aucune décision de la CIJ n'étaye l'opinion selon laquelle la règle de l'épuisement des recours internes est une règle de fond. Bien que les tribunaux internationaux ne défendent pas non plus l'opinion opposée, à savoir celle de la nature procédurale de la règle, certains signes donnent à penser qu'elle a leur faveur. Dans plusieurs décisions, cette règle a été traitée comme une exception préliminaire[117] ou jointe au fond en tant qu'exception préliminaire[118], ce qui pour certains auteurs étaye la thèse de la règle procédurale[119], bien que dans son commentaire la Commission indique qu'il n'en est rien[120]. Plus important peut-être est l'*obiter dictum* de la Cour dans l'affaire *ELSI* aux termes duquel les parties peuvent convenir dans un traité «que la règle de l'épuisement des recours internes ne s'appliquera pas aux réclamations faisant état de violations de ce traité»[121]. Si la règle est procédurale, une telle renonciation ne présente aucune difficulté. Par contre, s'il s'agit d'une règle de fond, on peut légitimement se demander si les parties à un traité peuvent «décider de convenir qu'un acte qui normalement ne constituerait pas une violation du droit international s'il n'a pas été suivi d'un déni de justice et tant qu'il n'y a pas donné lieu sera, entre ces parties, considéré *ab initio* comme une violation du traité»[122].

50. Cette divergence d'opinions quant à la nature de la règle de l'épuisement des recours internes est reflétée dans des opinions individuelles et dissidentes de membres de tribunaux internationaux. L'idée que la règle est une règle de fond est défendue dans des opinions des juges Hudson[123], Córdova[124], Morelli[125] et Schwebel[126]. À l'opposé, les juges Lauterpacht[127], Armand-Ugon[128] et Tanaka[129] ont formulé des opinions en faveur de la théorie procédurale.

J. – Pratique des États

51. S'agissant de la nature de la règle d'épuisement des recours internes, la pratique des États est essentiellement constituée par les arguments qu'ils ont présentés dans le cadre d'instances devant des tribunaux internationaux. La valeur de cette pratique, s'il s'agit effectivement d'une pratique, est hautement contestable du fait qu'inévitablement les États (ou plus précisément leurs conseils) ont défendu l'une ou l'autre position pour des raisons fonctionnelles et non par conviction. Ainsi, dans l'affaire des *Phosphates du Maroc*, l'Italie a largement fondé ses arguments sur l'idée qu'il s'agissait d'une règle de fond[130]

---

[108] *Local remedies…*, p. 349 et 350.

[109] *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis* (voir *supra* la note 45), p. 18.

[110] *Administration du prince von Pless, ordonnance du 11 mai 1933, C.P.J.I. série A/B n° 54*, p. 150.

[111] *Losinger, ordonnance du 27 juin 1936, C.P.J.I. série A/B n° 67*, p. 15.

[112] Voir *supra* la note 36.

[113] *Annuaire… 1977* (voir *supra* la note 7), par. 24, p. 40.

[114] Amerasinghe, *Local remedies…*, p. 344 à 347; et Fachiri, "The local remedies rule in the light of the Finnish Ships Arbitration", p. 19.

[115] Voir en particulier la sentence (voir *supra* la note 36), p. 1502 et 1503.

[116] "Intervention on the ground of damage caused to nationals, with particular reference to exhaustion of local remedies and the rights of shareholders", p. 162.

[117] *Ambatielos, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1953*, p. 18, 22 et 23.

[118] *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1964*, p. 41 à 44.

[119] Amerasinghe, *Local remedies…*, p. 347 et 350 à 352.

[120] *Annuaire… 1977* (voir *supra* la note 7), par. 33, p. 43.

[121] *C.I.J. Recueil 1989* (voir *supra* la note 3), par. 50, p. 42.

[122] Thirlway, *loc. cit*., p. 84.

[123] Dans son opinion dissidente dans l'affaire du *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis* (p. 47), le juge Hudson a déclaré:

«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 plus 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» (voir *supra* la note 45).

[124] *Interhandel* (voir *supra* la note 2), p. 45 et 46.

[125] *Barcelona Traction* (voir *supra* la note 118), p. 114.

[126] *ELSI* (voir *supra* la note 3), p. 116.

[127] *Certains emprunts norvégiens, arrêt, C.I.J. Recueil 1957*, p. 41.

[128] *Interhandel* (voir *supra* la note 2), p. 88 et 89.

[129] *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1970,* p. 143.

[130] Voir *supra* le paragraphe 46.

pour, 50 ans plus tard, dans l'affaire *ELSI*[131], arguer que la règle de l'épuisement des recours internes était de nature procédurale! Dans ces conditions, il serait vain de tenter, à partir d'une position adoptée par un conseil dans sa plaidoirie, d'établir l'existence d'un *usus* ou d'une *opinio juris*.

52. Les États ont pris position sur la nature de la règle de l'épuisement des recours internes hors de toute procédure judiciaire en de rares occasions. En réaction au premier rapport de García Amador sur la responsabilité des États, le Département d'État des États-Unis a établi un mémoire qui défendait vigoureusement la «troisième voie» décrite au paragraphe 32 ci-dessus:

> En droit international positif, lorsque l'acte ou le fait illicite initial ayant donné lieu à la plainte *n'est pas imputable* à l'État, l'épuisement des recours internes est requis avec le déni de justice qui en résulte de la part de l'État. Selon cette opinion, l'épuisement des recours internes est une règle de fond, c'est-à-dire qu'elle doit être satisfaite du point de vue du fond du droit international pour pouvoir imputer une responsabilité à l'État.
>
> Au contraire, lorsque l'acte ou le fait illicite initial ayant donné lieu à la plainte *est imputable* à l'État, il est inutile du point de vue du fond d'épuiser les recours internes pour imputer une responsabilité à l'État. Si le projet finalement mis au point par la Commission du droit international exige l'épuisement des recours internes dans ce dernier cas, dans une telle circonstance, la règle de l'épuisement des recours internes est une règle de procédure, c'est-à-dire une condition préalable à la présentation d'une réclamation officielle.
>
> En conséquence, la règle de l'épuisement des recours internes peut être une règle de fond dans certains cas et une règle de procédure dans d'autres.[132]

En 1985, le Gouvernement du Royaume-Uni a publié une série de directives concernant les réclamations internationales, dont la suivante:

> *Règle VII*
>
> Ordinairement, [le Gouvernement de Sa Majesté] ne prendra pas officiellement fait et cause pour un national du Royaume-Uni contre un autre État tant que tous les recours juridiques éventuellement ouverts à l'intéressé dans l'État concerné n'auront pas été épuisés.
>
> *Commentaire.* Le fait que tous les recours internes n'ont pas été épuisés n'empêchera pas la formulation d'une réclamation s'il est clairement établi que dans les circonstances de l'espèce un recours devant une juridiction interne de degré supérieur n'aurait eu aucun effet. De même, un plaignant n'est pas tenu d'épuiser les voies de justice dans un autre État s'il n'y a pas de voies de justice à épuiser.
>
> *Règle VIII*
>
> Si, dans le cadre de l'épuisement des recours internes, le plaignant s'est heurté à un parti pris ou à des obstructions qui constituent un déni de justice, le Gouvernement de sa Majesté peut intervenir pour le compte de l'intéressé pour obtenir que l'injustice soit réparée.[133]

Bien que non dénués d'équivoque, le libellé de la règle VII et celui de la règle VIII, qui implique qu'un déni de justice n'est pas nécessaire dans tous les cas, donnent à penser que, comme les États-Unis, le Royaume-Uni est en faveur de la «troisième voie», à savoir que la règle de l'épuisement des recours internes est une règle de procédure lorsqu'un fait internationalement illicite a été commis contre un étranger, mais une règle de fond lorsqu'un déni de justice a été commis au détriment d'un étranger alors que celui-ci épuisait les recours internes.

K. – La doctrine

53. La doctrine est divisée sur la nature de la règle de l'épuisement des recours internes mais, pour citer Roberto Ago, il n'y a pas d'«opinion clairement dominante»[134] parmi les auteurs. En outre, on peut difficilement parler de courants doctrinaux distincts «car les arguments invoqués pour ou contre une thèse déterminée varient tellement d'un auteur à l'autre que ceux-ci parviennent parfois à des conclusions analogues par des voies pratiquement opposées»[135]. Sous cette réserve, Roberto Ago a établi une bibliographie des trois écoles de pensée[136]. On n'a pas essayé, dans la présente étude, d'exposer de manière exhaustive les différents courants doctrinaux et on a préféré appeler l'attention sur les vues exprimées par les principaux représentants des trois thèses en présence.

54. Les partisans les plus fervents de la thèse selon laquelle la règle est une règle de fond sont Borchard et Ago.

En 1929, Borchard écrivait:

> [I]l est très contestable que l'opinion prépondérante considère l'État étranger comme automatiquement lésé lorsqu'un agent de l'État a causé un préjudice à l'étranger. L'étranger n'est pas considéré comme une incarnation de l'État dont il a la nationalité, ce pourquoi l'État devrait être réputé simultanément lésé lorsque le national est lésé.
>
> […]
>
> Aussi logique qu'elle puisse sembler, la thèse selon laquelle la règle est une règle de procédure est apparemment rejetée dans la pratique internationale, à n'en pas douter parce que dans la majorité des pays le droit interne n'en est pas encore au stade où l'on considère que l'État est immédiatement responsable du préjudice causé par ses agents. Mais même si l'on met cette considération de côté, la thèse exposée ci-dessus ne fait pas la distinction vitale entre la responsabilité *interne* envers un étranger et la responsabilité *internationale* envers l'État dont il a la nationalité. L'opinion majoritaire, selon laquelle il n'y a pas de *préjudice international* causé à l'État demandeur – et il semble légitime de considérer la réclamation internationale ou le préjudice international comme naissant en même temps que le droit à l'intervention diplomatique et non avant – tant que l'étranger n'a pas épuisé ses recours internes, s'il y en a et s'ils sont efficaces, est fortement influencée par le fait que d'ordinaire l'étranger doit accepter d'être traité en droit comme les nationaux, et que si les nationaux n'ont de recours que contre l'agent de l'État auteur du fait illicite, c'est tout ce que les étrangers peuvent exiger, et l'État n'a pas davantage de responsabilité envers les étrangers qu'il n'en a envers ses nationaux. Cette opinion semble tout à fait rationnelle.[137]

Les vues exprimées par Roberto Ago dans son rapport de 1977 à la Commission ont déjà été fréquemment évoquées. La présente étude serait néanmoins incomplète en l'absence d'un exposé plus exhaustif des vues d'Ago sur la nature de la règle de l'épuisement des recours internes. On espère que le passage qui suit en est un exposé fidèle:

> Il convient de rappeler que le fait d'établir qu'un État a perpétré, par exemple, une violation d'une obligation internationale mise à sa charge par un traité et consistant à accorder un traitement déterminé à un ressortissant d'un autre État, et qu'il a ainsi porté atteinte au droit de cet autre État à ce que le traitement prévu soit accordé à son ressortissant,

[131] *C.I.J. Mémoires, Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, vol. III, p. 156 à 165; et *C.I.J. Recueil 1989* (voir *supra* la note 3), p. 21.

[132] Reproduit dans Whiteman, *op. cit.*, p. 789 et 790.

[133] "Rules applying to international claims", 1985, règles reproduites dans Warbrick, "Protection of nationals abroad", p. 1008.

[134] *Annuaire… 1977* (voir *supra* la note 7), par. 13, p. 35 et 36.

[135] Ibid., par. 13, p. 36.

[136] Ibid., notes 135 à 137, p. 35 et 36.

[137] Borchard, *loc. cit*., p. 236 et 237.

équivaut à constater que le premier État a encouru, si toutes les conditions en sont réunies, une responsabilité internationale vis-à-vis du second. Et la naissance d'une responsabilité internationale équivaut, dans l'exemple que nous avons pris, à la naissance chez l'État lésé d'un droit nouveau: le droit à réparation de l'atteinte portée au droit que le traité lui accordait. Or, il serait difficilement concevable que ce droit nouveau, attribué par l'ordre juridique international à l'État lésé, voie son sort dépendre du 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 subi une atteinte. Si, tant que la condition de l'épuisement des recours internes n'a pas été remplie, l'État lésé n'a pas la faculté d'exiger la réparation d'un fait internationalement illicite qui aurait été commis à son détriment dans la personne ou les biens de son ressortissant, c'est que pour le moment son droit nouveau à une réparation d'un tort subi par lui n'est pas encore né: c'est donc qu'une violation de l'obligation posée par le traité ne s'est pas encore produite – ou, du moins, ne s'est pas encore définitivement produite. À ce moment donc, la responsabilité internationale qui se traduit précisément, dans notre cas, par le droit de l'État à la réparation du tort subi par lui n'est pas encore née. En d'autres termes, le fait de constater que la faculté pour l'État d'exiger réparation n'existe qu'après l'éventuel rejet définitif des recours des particuliers intéressés impose de conclure que la violation de l'obligation internationale ne s'est pas complètement réalisée avant l'épuisement de ces recours, c'est-à-dire avant que les effets négatifs d'un nouveau comportement de l'État à l'égard de ces recours ne viennent s'ajouter à ceux du premier comportement adopté par l'État dans le cas d'espèce et ne rendent par là définitivement irréalisable le résultat requis par l'obligation internationale.[138]

Bien que son nom soit associé à la thèse selon laquelle la règle est une règle de fond, il convient de faire observer que les arguments d'Ago ne concernent que ce qu'il appelle les «obligations de résultat» [139], c'est-à-dire les obligations qui n'ont pas trait à la manière dont le résultat défini est atteint. En cas de violation d'une «obligation de comportement», en d'autres termes lorsque le seul comportement de l'État viole une obligation internationale quelle que soit la licéité de son résultat, la responsabilité internationale de l'État n'est pas subordonnée à l'épuisement des recours internes. De fait, bien que cela ne soit pas dit expressément dans le rapport, il semble que dans tous ces cas, selon le système envisagé par Ago, la règle ne soit pas applicable du tout.

55. Les auteurs qui défendent la thèse selon laquelle la règle est une règle de fond sont notamment Gaja[140], selon lequel l'épuisement des recours internes est un «présupposé» de l'illicéité, et O'Connell[141], qui souligne le droit de l'État de tenter de réparer le préjudice dans le cadre de son système juridique interne.

56. L'idée que la règle est une règle de fond a été violemment critiquée par certains publicistes, en particulier Amerasinghe, qui a abondamment publié en faveur de la thèse procédurale[142]. Selon lui, il y a quelque chose d'intrinsèquement incorrect dans la manière dont les tenants de la thèse selon laquelle il s'agit d'une règle de fond soutiennent que la responsabilité internationale est subordonnée à des actes internes et que la violation du droit international n'est parachevée – et la responsabilité internationale engagée – qu'une fois que les tribunaux internes ont jugé qu'il en est ainsi.

Dans le cas du droit international, c'est à un tribunal international qu'il appartient légitimement de juger de manière définitive qu'une règle du droit international a été violée. Les tribunaux internes peuvent se prononcer sur la question mais il est clair qu'au regard de l'ordre juridique international, leur décision ne saurait être finale.[143]

Amerasinghe conteste l'argument des tenants de la règle de fond selon lequel il n'y a pas commission d'un fait internationalement illicite tant que les recours internes n'ont pas été épuisés.

Ce que le droit international interdit, c'est le préjudice initial au détriment de l'étranger. Dire que le droit international interdit seulement de causer un préjudice après qu'il a été fait usage des recours internes, et donc qu'il ne prend pas particulièrement en considération le préjudice initial comme constituant une violation des normes internationales dès lors que l'on arrive à faire en sorte que satisfaction soit donnée à l'étranger lésé, revient à altérer la réalité pour l'adapter à la théorie. En bref, il semble difficile d'accepter une interprétation de la situation qui exige seulement de l'État qu'il s'acquitte de son obligation secondaire de réparer par un moyen quelconque de son choix, en tant que résultat auquel doit aboutir l'obligation imposée par le droit international, et qui donc caractérise cette obligation secondaire comme la seule qui n'a pas été exécutée, en n'attachant pas d'importance particulière à l'obligation primaire de ne pas causer de dommage à l'étranger en premier lieu. La règle de l'épuisement des recours internes ne concerne véritablement que l'obligation secondaire, et laisse le fait de la violation de l'obligation primaire en substance inchangé.[144]

57. Pour Doehring, il est dans certains cas impossible d'arguer que l'acte initial n'est pas une violation du droit international[145]. Bien que l'exemple qu'il donne, un homicide, relève peut-être davantage de la protection des droits de l'homme, il concerne aussi directement le traitement des étrangers et est donc d'application plus large[146]. En outre, pour certains, les exceptions à la règle de l'épuisement des recours internes – par exemple une renonciation par l'État dans un compromis d'arbitrage – sont incompatibles avec l'idée selon laquelle la responsabilité internationale n'est engagée qu'après épuisement de ces recours[147]. Enfin, la règle de la nationalité continue est illogique si le fait international illicite n'est commis qu'après épuisement des recours internes[148].

---

[138] *Annuaire… 1977* (voir *supra* la note 7), par. 15, p. 37.

[139] Ibid., par. 27, p. 10.

[140] *L'esaurimento dei ricorsi interni nel diritto internazionale*, p. 12 et 33.

[141] Op. cit., p. 1053:

«Un État n'est internationalement responsable envers les étrangers que lorsque les préjudices qu'ils ont subis de son fait sont irrémédiables de leur propre initiative par l'intermédiaire du droit interne dudit État. Si un recours est ouvert par ce droit, soit par la saisie des plus hautes juridictions, soit par l'intermédiaire d'organes de l'exécutif, le préjudice n'est pas parfait tant que le recours n'a pas été exercé en vain.»

Voir également Head, *loc. cit*., p. 150; Daillier et Pellet (Nguyen Quoc), *Droit international public*, par. 490, p. 775; et Combacau et Sur, *Droit international public*, p. 546.

[142] *State Responsibility…*, p. 169 à 270; *Local remedies…*; et "The local remedies rule…", p. 727.

[143] *State Responsibility…*, p. 215.

[144] *Local remedies…*, p. 328.

[145] Loc. cit., p. 240. D'autres auteurs allemands ont appuyé les vues de Doehring: Herdegen, *loc. cit*., p. 65; Kokott, *loc. cit*., p. 613; et Geck, "Diplomatic protection", p. 1056.

[146] Dans le contexte de la protection des droits de l'homme, le caractère procédural de la règle de l'épuisement des recours internes est plus largement accepté qu'en matière de protection diplomatique. Voir, par exemple, Amerasinghe, *Local remedies…*, p. 354 et suiv.

[147] Verdross et Simma, *op. cit.*, p. 883, note 42. D'autres auteurs allemands ont aussi adopté cette thèse. Voir, par exemple, Kokott, *loc. cit*., p. 612; Herdegen, *loc. cit*., p. 65; Schwarze, "Rechtsschutz Privater bei völkerrechtswidrigem Handeln fremder Staaten", p. 428 et 429. Voir aussi Adede, "A survey…", p. 15.

[148] Schwarze, *loc. cit*., p. 429.

58. Un important argument contre la thèse selon laquelle la règle est une règle de fond est exposé comme suit par Verzijl:

> Si l'on considère qu'il n'y a pas du tout de fait illicite international tant que les recours internes n'ont pas été épuisés, la règle est nécessairement beaucoup plus rigide que dans le cadre de l'autre thèse, puisque ainsi la réclamation internationale elle-même est provisoirement privée de tout fondement juridique. Si, à l'opposé, on reconnaît que la règle est de nature purement procédurale, on est beaucoup plus libre de l'atténuer et de l'assortir de conditions afin d'éviter les abus évidents dont elle peut faire et, malheureusement, fait souvent, l'objet.[149]

59. Bien que dans son *Restatement of Law (Third)* l'American Law Institute ne prenne pas position sur la nature de la règle de l'épuisement des recours internes, le *Second Restatement* dispose:

> *Caractère procédural de l'exigence de l'épuisement*. Comme indiqué au paragraphe 168, il est certains types de comportements causant un dommage à des étrangers qui sont en eux-mêmes illicites au regard du droit international et d'autres qui donnent simplement naissance à une obligation de réparer, auquel cas il n'y a violation du droit international que lorsque l'indemnisation n'est pas fournie et aussi longtemps qu'elle ne l'est pas. Toutefois, une fois qu'un fait international ou illicite a été commis, soit en causant le préjudice initial, soit en ne l'indemnisant pas, la responsabilité internationale de l'État est engagée et l'épuisement des recours disponibles est essentiellement une exigence procédurale.[150]

60. Des arguments comme celui qui précède ont amené de nombreux juristes internationaux à appuyer la thèse selon laquelle il s'agit d'une règle de procédure[151].

61. La troisième école de pensée, dont il faut chercher l'origine dans les ouvrages de Hyde et Eagleton, n'est pas incompatible avec la thèse selon laquelle la règle est procédurale. La principale différence est que ses partisans considèrent que,

> dans l'examen des réclamations, il devient important de distinguer entre les événements qui tendent à attester un comportement internationalement illicite du souverain territorial de ceux qui tendent à montrer qu'il n'a pas offert de moyen de réparer les conséquences de ce comportement. Les premiers servent à établir la responsabilité internationale, les seconds à justifier l'intervention diplomatique.[152]

En d'autres termes, selon cette thèse, la règle serait une condition procédurale dans les cas où l'acte ou l'omission initial constitue en lui-même une violation du droit international – et interne. À l'opposé, lorsque le préjudice est causé par un acte constituant une violation du droit interne mais non du droit international, la responsabilité internationale n'est engagée que lorsque l'exercice des recours internes visant à les épuiser aboutit à un déni de justice.

62. Le principal défenseur de cette thèse est Fawcett. Dans un article publié en 1954[153] dans lequel il tente de distinguer clairement entre le droit d'agir et la faculté de l'exercer, il envisage trois situations juridiques possibles dans lesquelles l'application de la règle de l'épuisement des recours internes doit être examinée:

> *Situation I:* Le fait dont on se plaint […] est une violation du droit international mais non du droit interne.
>
> *Situation II:* Le fait dont on se plaint est une violation du droit interne mais non du droit international.
>
> *Situation III:* Le fait dont on se plaint est une violation et du droit interne et du droit international.[154]
>
> […]
>
> Dans le premier cas, lorsque le fait dont on se plaint est une violation du droit international mais non du droit interne, la règle de l'épuisement des recours internes […] n'intervient pas du tout; car, comme rien n'a été fait qui soit contraire au droit interne, il ne peut y avoir de recours internes à épuiser.[155]

On peut citer, comme exemple de ce type de situation, celui d'un acte dommageable commis par le plus haut magistrat de l'État, contre lequel il n'y a pas de recours en droit interne; ou celui d'un représentant de l'État qui commet un crime contre l'humanité (par exemple l'apartheid) qui est toléré ou prôné par le droit interne.

> Dans la seconde situation, lorsque le fait dont on se plaint est une violation du droit interne mais non, initialement, du droit international, la responsabilité internationale de l'État n'est pas engagée par ce fait: elle ne peut naître que d'un acte *ultérieur* de l'État constituant un déni de justice au détriment de la partie lésée qui cherche à obtenir réparation du préjudice que lui a causé le fait initial.[156]

Dans cette situation, la règle de l'épuisement des recours internes constitue un obstacle de fond à une réclamation internationale, qui ne peut être formulée tant que l'existence d'un déni de justice n'est pas démontrée.

Dans la troisième situation,

> [l]orsque le fait dont on se plaint est une violation et du droit interne et d'un accord international ou du droit international coutumier, la règle de l'épuisement des recours internes intervient comme un obstacle procédural à la formulation d'une réclamation internationale.[157]

L'analyse simple mais claire de Fawcett, à laquelle se sont ralliés Fitzmaurice[158] et Brownlie[159], donne la réponse à la question de la nature de la règle de l'épuisement des

---

[149] Verzijl, *International Law in Historical Perspective*, p. 629.

[150] *Restatement of the Law Second* (voir *supra* la note 53), partie IV, par. 206, al. *d*, p. 612.

[151] Voir De Visscher, «Le déni de justice en droit international», p. 421; Freeman, *op. cit.*, p. 407 et suiv.; Shaw, *International Law*, p. 567 à 569; Jessup, *op. cit.*, p. 104; Geck, *loc. cit*., p. 1056; Herdegen, *loc. cit*., p. 65; Kokott, *loc. cit*., p. 613; et Schwarzenberger, *op. cit.*, p. 603 et 604. On pourrait dire que telle est aussi la position adoptée dans Jennings et Watts (dir.), *op. cit.*, p. 522 à 524, dans le passage suivant:

> «Lorsqu'un État a sur son territoire traité un étranger de manière incompatible avec ses obligations internationales mais pouvait néanmoins assurer ultérieurement à l'étranger le traitement (ou son équivalent) requis par ses obligations, un tribunal international refusera de connaître d'une réclamation formulée pour le compte de l'intéressé si celui-ci n'a pas épuisé les recours internes qui lui sont ouverts dans l'État concerné. Aussi longtemps que l'autorité compétente la plus élevée de cet État ne s'est pas prononcée de manière définitive, on ne peut dire qu'une réclamation internationale valide est née.»

[152] Hyde, *International Law Chiefly as Interpreted and Applied by the United States*, p. 493. Voir aussi Eagleton, *op. cit.*, p. 97 à 100. Les auteurs de cette période qui semblent favorables à la troisième thèse comprennent Dunn, *op. cit.*, p. 166 (c'est ce qu'implique son interprétation et sa critique de l'article 8, al. *a*, du projet de Convention de 1929 sur la responsabilité des États pour les dommages causés sur leur territoire à la personne et aux biens des étrangers établi par la Faculté de droit de Harvard); Fachiri, *loc. cit*., p. 33; et Starke, "Imputability in international delinquencies", p. 107 et 108.

[153] Fawcett, *loc. cit*.

[154] Ibid., p. 454.

[155] Ibid., p. 455.

[156] Ibid., p. 456.

[157] Ibid., p. 458.

[158] Loc. cit., p. 53.

[159] Op. cit., p. 497.

recours internes. Il est regrettable que, dans son étude, Roberto Ago ne lui ait guère accordé d'attention[160]. Amerasinghe a tenté de concilier la position de Fawcett avec la sienne («procédurale») en arguant que la deuxième situation envisagée par Fawcett, partisan dans ce cas de la règle de fond, n'a rien à voir avec l'épuisement des recours internes.

> Ce qui est appelé un aspect de fond de la règle n'est en réalité pas du tout un aspect de la règle. Il s'agit d'une terminologie erronément appliquée à un domaine de la responsabilité de l'État pour les préjudices causés aux étrangers qui concerne les violations du droit international en rapport avec l'administration de la justice. Ce qu'on a appelé l'aspect de fond de la règle a en réalité trait aux «dénis de justice» et doit être envisagé en ces termes.[161]

Pour Amerasinghe, une fois que l'on a compris cela, la thèse de Fawcett peut être ramenée à une «conception fondamentalement procédurale de la règle»[162].

L. – Conclusion

63. La «troisième position» est logiquement la plus satisfaisante. Si un État commet un fait internationalement illicite – par exemple en torturant un étranger –, sa responsabilité internationale est engagée dès ce moment. L'acte de torture fait naître un droit d'agir contre l'État responsable mais l'exercice de ce droit, le droit de formuler une réclamation internationale, est suspendu jusqu'à ce que l'État ait la possibilité de remédier à la situation, par exemple au moyen de la réparation, par l'intermédiaire de ses propres tribunaux. Dans un tel cas, la règle de l'épuisement des recours internes est procédurale. Cette thèse a été consacrée dans certaines tentatives de codification, dans plusieurs décisions judiciaires et par la majorité des auteurs, étant défendue aussi bien par ceux pour qui la règle est une règle de procédure que par ceux qui appartiennent à la «troisième école de pensée». Les partisans de la thèse selon laquelle la règle est une règle de fond ne peuvent accepter cette explication de la règle en grande partie parce qu'ils refusent de distinguer entre les faits dommageables pour l'étranger qui violent le droit international et ceux qui violent seulement le droit interne.

64. Le consensus est encore plus large sur le fait que, lorsque le préjudice initial est causé par un acte ou une omission qui viole uniquement le droit interne, il faut qu'il y ait eu déni de justice devant le juge national pour qu'une réclamation internationale puisse être formulée. Ceux qui pensent qu'il s'agit d'une règle de fond aussi bien que ceux qui pensent qu'il s'agit d'une règle de procédure l'admettent, mais les derniers cités nient que ce phénomène relève de la règle de l'épuisement des recours internes. Ce refus de considérer ce type de situation comme relevant de l'épuisement des recours internes est sans importance pratique et ne justifie pas un examen plus poussé.

65. Il reste une dernière question, celle de savoir si un déni de justice nécessite en outre l'épuisement des recours internes qui subsistent, non seulement dans la situation décrite au paragraphe 64 mais aussi lorsque le déni de justice fait suite à une violation du droit international. Les auteurs qui se sont prononcés sur cette question dans les ouvrages cités[163] estiment que dans de tels cas les recours internes n'ont pas à être épuisés. Ceci est logique si l'on conçoit le déni de justice comme une violation du droit international. Cette opinion n'est pas contestée par les travaux de codification, les décisions internationales ou par la pratique des États.

66. Les projets d'article ci-dessus visent à donner effet aux conclusions du présent rapport. La décision de s'écarter de la position selon laquelle la règle est une règle de fond défendue par Roberto Ago à l'article 22 du projet d'articles sur la responsabilité des États adopté en première lecture n'a pas été prise à la légère. Cette position reposait toutefois sur la distinction entre obligations de comportement et de résultat, qui n'a pas été conservée dans le projet d'articles sur la responsabilité des États provisoirement adopté par le Comité de rédaction en 2000. La thèse selon laquelle la règle est une règle de fond ne bénéficie d'un appui substantiel ni dans les tentatives de codification ni dans les décisions judiciaires ni dans la doctrine. En outre, depuis 1977, cette dernière s'est montrée favorable à la thèse selon laquelle il s'agit d'une règle de procédure ou à celle défendue par la troisième école de pensée. Dans ces conditions, il est proposé à la Commission d'approuver la position doctrinale consacrée dans les projets d'articles 12 et 13.

M. – Travaux futurs

67. Le commentaire de l'article 14 est encore en cours d'élaboration. Il est vraisemblable que l'article sera libellé comme suit:

Les recours internes n'ont pas à être épuisés lorsque:

***a*) Il n'y a pas de recours efficaces;**

***b*) L'épuisement des recours internes serait futile;**

***c*) L'État défendeur a renoncé à exiger que les recours internes soient épuisés;**

***d*) Il n'y a pas de lien volontaire entre l'individu lésé et l'État défendeur;**

***e*) Le fait internationalement illicite sur lequel repose la réclamation internationale n'a pas été commis dans la juridiction territoriale de l'État défendeur.**

D'autres articles sur l'épuisement des recours internes traiteront de la charge de la preuve et de la renonciation préalable à une réclamation internationale par des ressortissants étrangers (la «clause Calvo»). Il sera aussi souhaitable d'élaborer une disposition sur le sens de l'expression «déni de justice» employée dans le projet d'article 13, même s'il faudra peut-être pour cela formuler une règle primaire. Néanmoins, comme on l'a noté dans le commentaire du projet d'article 10, la distinction entre règles primaires et règles secondaires est d'un intérêt douteux dans le cadre de la présente entreprise de codification.

---

[160] *Annuaire… 1977* (voir *supra* la note 7), par. 13, note 137, p. 36.

[161] Amerasinghe, *State Responsibility…*, p. 214. Une opinion similaire est exprimée par Law, *op. cit.*, p. 34.

[162] *Local remedies…*, p. 326.

[163] Law, *op. cit.*, p. 34; Fitzmaurice, *loc. cit.*, p. 59; et Amerinsinghe, "The local remedies rule…", p. 732.