

Document:-
A/CN.4/SR.1463

Compte rendu analytique de la 1463e séance

sujet:
Responsabilité des Etats

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

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

21. M. OUCHAKOV suggère de supprimer les mots « d'un Etat » dans le titre de l'article.

22. M. AGO (Rapporteur spécial) dit qu'il ne voit pas d'objection à cette suppression.

23. Le PRÉSIDENT déclare que, s'il n'y a pas d'objection, il considérera que la Commission décide de supprimer les mots « d'un Etat » dans le titre du projet d'article 20.

Il en est ainsi décidé.

24. Le PRÉSIDENT déclare que, s'il n'y a pas d'objection, il considérera que la Commission décide d'approuver le titre ainsi modifié et le texte de l'article 20 proposé par le Comité de rédaction.

Il en est ainsi décidé^a.

La séance est levée à 16 h 15.

^a Voir aussi 1469^e séance, par. 1 à 5.

1463^e SÉANCE

Mardi 19 juillet 1977, à 10 h 5

Président : sir Francis VALLAT

puis : M. José SETTE CÂMARA

Présents : M. Ago, M. Calle y Calle, M. Dadzie, M. Díaz González, M. El-Erian, M. Francis, M. Jagota, M. Njenga, M. Ouchakov, M. Quentin-Baxter, M. Reuter, M. Riphagen, M. Šahović, M. Schwebel, M. Sucharitkul, M. Tabibi, M. Thiam, M. Tsuruoka, M. Verosta.

Responsabilité des Etats (suite) [A/CN.4/302 et Add.1 à 3]

[Point 2 de l'ordre du jour]

PROJET D'ARTICLES

PRÉSENTÉ PAR LE RAPPORTEUR SPÉCIAL (suite*)

ARTICLE 22 (Epuisement des recours internes)

1. Le PRÉSIDENT invite le Rapporteur spécial à présenter le projet d'article 22, qui est ainsi libellé :

Article 22. — Epuisement des recours internes

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

2. M. AGO (Rapporteur spécial) rappelle que les articles 20 et 21 étaient consacrés respectivement aux obligations internationales qui exigent d'un Etat un compor-

tement spécifiquement déterminé et à celles qui ne lui demandent que d'assurer un certain résultat en le laissant libre de déterminer lui-même le comportement par lequel y parvenir. Dans l'un et l'autre cas, l'Etat est tenu d'accomplir ou de ne pas accomplir une ou plusieurs actions ou omissions, mais la différence est que, dans le cas de l'article 20, la conduite à tenir lui est dictée par le droit international tandis que dans le cas de l'article 21 c'est à lui que l'initiative en revient. En outre, les obligations internationales visées à l'article 21 se différencient selon que, en plus de la possibilité de choisir au départ un moyen plutôt qu'un autre, l'Etat a ou non aussi la faculté de remédier par un nouveau comportement à la situation créée par un premier comportement inadéquat. Si cette faculté lui est ouverte, il n'y a violation définitive de l'obligation internationale que lorsque, même de cette manière exceptionnelle, le résultat n'a définitivement pas été atteint. Parfois même, on l'a vu, l'obligation est si permissive que, lorsque le résultat originellement requis ne peut plus être atteint, l'Etat peut néanmoins s'acquitter encore de son obligation en assurant un résultat équivalent. Il ressort de tout cela à quel point il est vrai que le mode de réalisation de la violation d'une obligation internationale dépend du mode d'être de l'obligation elle-même.

3. Il convient maintenant de tenir compte d'une catégorie particulière et nombreuse d'obligations internationales : celles qu'assument les Etats en ce qui concerne le traitement à réserver à des particuliers, notamment à des étrangers. Lorsque le résultat requis par une obligation internationale vise un certain traitement à accorder à des particuliers, il est normal que les intéressés collaborent à l'obtention de ce résultat, soit en présentant à l'origine une demande appropriée, soit, si l'obligation accorde aussi à l'Etat la possibilité de remédier à une situation initialement créée et non conforme à celle que requiert l'obligation internationale, en mettant en mouvement les rouages nécessaires pour que soit corrigée la situation insatisfaisante. Par exemple, dans le cas d'une obligation internationale conventionnelle ou coutumière qui prévoirait l'égalité de traitement des nationaux et des étrangers en ce qui concerne l'exercice d'une certaine profession, s'il advient qu'un étranger n'est pas mis au bénéfice de cette égalité de traitement par une autorité étatique quelconque, il est normal que ce soit à cet étranger de prendre l'initiative de faire corriger la décision de ladite autorité par une autorité administrative supérieure ou par un organe judiciaire. En effet, il ne peut être demandé à l'Etat de prendre lui-même une telle initiative dans chaque cas. C'est de là que tire son origine le principe dit de l'épuisement des recours internes.

4. Le Rapporteur spécial signale incidemment qu'en revanche, lorsque ce sont des Etats qui sont les bénéficiaires d'une obligation internationale, et que l'obligation laisse à l'Etat la possibilité de remédier aux effets d'un premier comportement inadéquat, il est normal que ce soit à cet Etat de prendre l'initiative du nouveau comportement destiné à être le correctif du premier. On est alors dans l'hypothèse prévue par le paragraphe 2 de l'article 21, et non pas par l'article 22.

5. Quand une première autorité n'assure pas à des particuliers le traitement internationalement requis et qu'ils

* Reprise des débats de la 1461^e séance.

s'adressent à une autorité supérieure, celle-ci peut remédier à la situation en leur assurant elle-même le traitement voulu ou en demandant à la première autorité de le faire. En pareil cas, il n'y a pas violation de l'obligation internationale, puisqu'elle ne requiert que la réalisation d'un résultat, à savoir qu'un certain traitement soit *in concreto* accordé aux particuliers en question. Par contre, si l'autorité supérieure confirme la décision de l'autorité inférieure et qu'il devient ainsi définitivement impossible d'assurer le résultat requis, il y a violation de l'obligation internationale et naissance de la responsabilité internationale de l'Etat, puisque toutes les voies dont il pouvait se prévaloir n'ont pas abouti au résultat désiré. Cependant, au cas où les particuliers en question (personnes physiques ou morales) négligent eux-mêmes de mettre en mouvement le mécanisme nécessaire, on ne saurait évidemment reprocher à l'Etat d'avoir manqué de diligence. Il se peut en effet que des particuliers n'aient guère intérêt à faire redresser la situation ou qu'ils se laissent froclorner par négligence. Dans ce cas, la condition supplémentaire prévoyant la collaboration des particuliers, autrement dit l'épuisement des recours internes, n'est pas remplie.

6. La règle de l'épuisement des recours internes a donné lieu à de nombreuses controverses, quant à son origine (est-elle d'origine coutumière ou conventionnelle?) et quant à sa nature (est-ce une règle de fond ou une règle de procédure?). Pour le Rapporteur spécial, il s'agit d'une règle très ancienne, qui est née en même temps que celles qui visent à assurer un certain traitement à des particuliers étrangers. La question de l'épuisement des recours internes a dû se poser le jour où, pour la première fois, un particulier installé dans un pays autre que le sien y a été victime d'un traitement autre que celui qui était prévu en sa faveur par une obligation internationale.

7. Pour ce qui est de sa nature, la querelle découle essentiellement du fait que le problème a été mal posé. Ceux qui estiment qu'il s'agit d'une règle de procédure se sont fondés sur le fait qu'elle est prévue par des traités où elle comporte la conséquence qu'un Etat ne peut ni intervenir au titre de la protection diplomatique de ses ressortissants ni introduire en leur faveur une instance auprès d'un tribunal arbitral ou de la CIJ tant que les particuliers en cause n'ont pas épuisé les recours internes. Or, le bon sens oblige à admettre que cette règle, en tant que règle coutumière très ancienne, ne saurait être une règle de procédure ne concernant que l'exercice de la protection diplomatique ou, moins encore, l'introduction d'une instance devant un tribunal international, puisque les tribunaux internationaux sont tous d'origine conventionnelle — en effet, il n'existe pas de juridiction internationale établie par la coutume. Il est évident qu'on a confondu le principe lui-même qui exprime une condition de fond de l'existence d'une violation de l'obligation internationale, avec le corollaire de ce principe, qui concerne la possibilité de faire valoir la responsabilité découlant de cette violation.

8. En effet, le principe de l'épuisement des recours internes comporte une proposition principale et un corollaire. La proposition principale est qu'il n'y a pas violation d'une obligation internationale de la catégorie à laquelle on se réfère, ni par conséquent naissance dans ce même cadre de la responsabilité internationale, tant

qu'une condition spéciale n'est pas remplie, à savoir que les particuliers intéressés n'ont pas épuisé les moyens de recours offerts par l'ordre juridique interne. Le corollaire est qu'un Etat ne peut introduire une instance pour faire valoir une responsabilité pour violation de l'obligation en question tant que ladite condition spéciale de la naissance de la responsabilité n'est pas remplie, à savoir l'épuisement par les particuliers des voies de recours internes susceptibles de conduire au résultat requis par l'obligation internationale. Autrement dit, c'est seulement parce que la responsabilité ne naît que dès l'instant où il ressort que le résultat requis ne peut plus être atteint que la responsabilité internationale d'un Etat ne peut être mise en œuvre qu'une fois que les particuliers ont épuisé les recours internes.

9. La raison d'être du principe en question a son origine dans la logique propre de certaines obligations internationales. Violer une obligation internationale signifie léser un droit subjectif. L'existence à la charge d'un Etat d'une obligation internationale « de résultat » à l'égard d'un autre Etat correspond à l'existence chez ce dernier du droit subjectif d'exiger du premier Etat qu'il assure le résultat requis par l'obligation. A la violation par le premier Etat de son obligation correspond la lésion du droit subjectif du deuxième Etat. Par conséquent, si le droit subjectif en question a été lésé, il va de soi qu'un droit subjectif international nouveau est né chez cet Etat : le droit d'exiger la réparation de l'atteinte portée au droit qu'il possédait auparavant. Or, il n'existe pas de droit subjectif en suspens. Il n'est en effet pas concevable qu'un Etat, pour faire valoir un droit subjectif qu'il possède déjà, doive attendre qu'un particulier ait obtenu, sur le plan interne, la réponse d'un tribunal à un recours introduit par lui. Si l'Etat ne peut pas agir en vue de la mise en œuvre de son nouveau droit subjectif, c'est que ce dernier, pour le moment, n'existe pas encore — c'est que, tant qu'il existe encore la possibilité que, sur recours du particulier, le résultat prévu par son premier droit subjectif soit assuré, l'Etat ne possède pas encore (et c'est logique) de nouveau droit découlant d'une lésion du premier. Cette lésion n'a pas encore été consommée.

10. Une certaine confusion règne dans la doctrine. Borchard, qui a été l'un des premiers auteurs à examiner la question, a bien saisi les deux aspects du principe. Par la suite, certains auteurs ont épousé ses vues, tandis que d'autres ont penché pour l'idée que la condition de l'épuisement des recours internes soit prévue par une règle de pure procédure, et que d'autres encore ont reconnu au principe à la fois un aspect de fond et un aspect de procédure. Certains, qui avaient d'abord soutenu qu'il s'agissait d'une règle de procédure, se sont plus tard rendu compte qu'ils n'avaient pris en considération que la conséquence logique de l'aspect de fond de la règle. Le Rapporteur spécial précise qu'il n'a mentionné qu'un choix d'auteurs au paragraphe 54 de son sixième rapport (A/CN.4/302 et Add.1 à 3), et que quelques autres études récentes ont été depuis lors portées à sa connaissance. De toute façon, la Commission n'a pas à s'engager dans une querelle doctrinale, mais à rechercher, dans la pratique des Etats et la jurisprudence internationale, confirmation de l'existence du principe de l'épuisement des recours internes et de sa signification.

11. Avant de procéder à cette analyse, il serait bon de mettre encore en évidence un aspect essentiel. Affirmer que le principe dont il s'agit empêche de saisir un tribunal international tant que les recours internes ne sont pas épuisés ne veut nullement dire nier que ce principe soit avant tout un facteur déterminant de la violation de l'obligation internationale et, par là, de la naissance de la responsabilité internationale. Les tribunaux internationaux doivent souvent considérer la question de l'épuisement des recours internes dans le cadre des questions de recevabilité d'une instance. Il n'est pas rare, en effet, que l'Etat défendeur soulève une exception de recevabilité portant sur le principe de l'épuisement des recours internes. Mais, ce faisant, l'Etat se borne à faire valoir le corollaire du principe, le corollaire qui seul l'intéresse à ce moment, et le tribunal en fait nécessairement de même. Pour pouvoir nier que ce principe présente à la fois un aspect de fond et un aspect de procédure, il faudrait donc trouver, dans la jurisprudence, l'affirmation selon laquelle il porte uniquement sur la procédure, à l'exclusion de toute incidence sur l'existence de la responsabilité internationale.

12. Pour ce qui est de la pratique des Etats, il y a lieu de se référer d'abord, comme toujours, à la Conférence pour la codification du droit international (La Haye, 1930). Les réponses à la demande d'informations adressée aux gouvernements par le Comité préparatoire de cette conférence ont souvent été peu claires au sujet de la question à l'examen, mais certaines d'entre elles ont clairement indiqué que la responsabilité internationale ne naissait qu'après l'épuisement infructueux des recours internes. Seule la Grande-Bretagne n'a parlé que des aspects de procédure du principe, mais il est à noter qu'elle a pris ultérieurement, à d'autres occasions, une position différente. A la Conférence même, plusieurs tendances se sont fait jour dans les opinions exprimées. Pour de nombreuses délégations — notamment la délégation roumaine, dont le Rapporteur spécial a reproduit la déclaration particulièrement claire et précise au paragraphe 55 de son rapport —, l'épuisement des recours internes était une condition de la naissance de la responsabilité. D'autres délégations, plus rares, comme celle de l'Italie, ont exprimé un avis contraire, mais beaucoup moins net. Enfin, les délégations des Etats-Unis d'Amérique et de la Norvège ont affirmé que l'épuisement des recours internes était tantôt une condition de la responsabilité et tantôt une condition de la possibilité de la faire valoir. Il ne se dégage donc aucune conclusion claire et définitive de cette conférence, mais on peut dire que la majorité des délégations ont estimé que la responsabilité internationale ne naissait qu'après épuisement des recours internes par les particuliers.

13. Il est intéressant de noter que les gouvernements des Etats-Unis et de la Norvège ont expressément affirmé que l'épuisement des recours internes donnait naissance à la responsabilité dans le cas où le fait internationalement illicite portait sur l'administration de la justice à l'égard des étrangers. Or, dans ce domaine, il est normal que plusieurs organes interviennent successivement, si bien que l'administration de la justice ne se réduit pas normalement à l'action du premier de ces organes. De plus, si on affirme qu'en matière d'administration de la justice il n'y a pas violation définitive d'une obligation internationale

tant qu'une instance supérieure peut encore défaire ce qu'a fait une instance inférieure, on établit évidemment un principe général valable en dehors de ce domaine particulier. C'est pourquoi le Rapporteur spécial considère que les réponses des Etats-Unis et de la Norvège confirment que le principe de l'épuisement des recours internes a sans doute des conséquences sur le plan de la procédure, mais qu'il détermine avant tout l'existence de la violation de l'obligation et la naissance de la responsabilité.

14. En ce qui concerne la pratique diplomatique et judiciaire internationale, le Rapporteur spécial insiste d'abord sur la nécessité de tenir compte des circonstances propres à chaque cas. Il faut toujours rechercher si l'affirmation du principe n'est formulée par un Etat que lorsqu'il s'oppose à la recevabilité d'une instance dirigée contre lui, car il est alors évident qu'il ne fait valoir que l'aspect de procédure du principe, et non pas son aspect de fond. Il y a lieu de noter, d'autre part, que les tribunaux internationaux, lorsqu'ils examinent une exception préliminaire portant sur la recevabilité, doivent s'abstenir d'aborder le fond de l'affaire dont ils sont saisis. Il serait donc abusif de voir dans les considérations formulées à de telles occasions un rejet des aspects de fond du principe.

15. Le Rapporteur spécial se réfère ensuite aux passages de son rapport dans lesquels il a analysé quelques exemples de la pratique internationale pour tenter d'en dégager des conclusions. Dans sa décision n° 21 de février 1930, la Commission des réclamations Grande-Bretagne/Mexique a déclaré que « la responsabilité de l'Etat en droit international ne peut commencer que lorsque les intéressés ont utilisé tous les recours qui leur étaient offerts par les lois nationales de l'Etat en question »¹. Dans l'*Affaire relative à l'administration du prince von Pless*, portée devant la CPJI², aussi bien le Gouvernement polonais que le Gouvernement allemand ont admis qu'il ne peut être question de la responsabilité internationale d'un Etat tant que les recours internes n'ont pas été épuisés. Dans l'*Affaire des navires finlandais*³, l'arbitre a réussi à garder une sorte de neutralité entre les deux façons de concevoir l'exigence de l'épuisement des recours internes auxquelles il s'est rapporté, mais il a mis en évidence un point essentiel : il faut que les intéressés aient effectivement épuisé les voies de recours internes, avec l'intention d'obtenir gain de cause. En effet, la condition de l'épuisement des recours internes n'est pas une simple formalité, et il ne suffit pas que des particuliers se pourvoient pour la forme, en réservant certains arguments de poids pour un futur procès international. Quant à l'*Affaire des phosphates du Maroc*⁴, qui a opposé l'Italie à la France devant la CPJI, elle n'est pas non plus très instructive aux fins de la question qui forme l'objet de l'article 22. En revanche, la Commission européenne des droits de l'homme a énoncé un principe d'application générale lorsqu'elle a déclaré que la responsabilité d'un Etat ne prenait naissance qu'à compter du moment où ont été épuisées les voies de recours internes⁵.

¹ Voir A/CN.4/302 et Add.1 à 3, par. 63.

² *Ibid.*, par. 64.

³ *Ibid.*, par. 65.

⁴ *Ibid.*, par. 66 à 69.

⁵ *Ibid.*, par. 71.

16. Enfin, le Rapporteur spécial appelle l'attention sur les opinions individuelles ou dissidentes de quelques juges de la CIJ ou de la cour qui l'a précédée⁶.

17. Il conclut de l'analyse qui précède que toutes les manifestations vraiment claires et positives de la pratique et de la jurisprudence ainsi que les opinions individuelles de juges éminents mènent au même résultat : il n'y a pas violation de l'obligation internationale ni naissance de la responsabilité tant que sont encore offerts aux intéressés, sur le plan juridique interne, des recours qui permettent à l'Etat d'obtenir le résultat internationalement requis.

M. Sette Câmara, premier vice-président, prend la présidence.

18. Poursuivant son exposé, M. Ago dit qu'on peut se demander si le principe qui prescrit l'épuisement des recours internes comme condition supplémentaire de la violation d'une obligation de résultat lorsque le résultat visé consiste à assurer un certain traitement à des particuliers étrangers est ou non un principe de droit international général.

19. Quelques auteurs récents ont soutenu que le principe de l'épuisement des recours internes était un principe purement conventionnel, car, ayant une attitude défavorable à son égard, ils ont essayé d'en restreindre la portée en le réduisant à un principe de pure procédure établi par certaines conventions internationales. Mais il s'agit là d'une opinion isolée dans la doctrine, car la grande majorité des auteurs estiment que le principe de l'épuisement des recours internes est un principe général du droit international — un principe qui n'est d'ailleurs que la conséquence logique du mode d'être de certaines obligations internationales.

20. La jurisprudence internationale rejoint sur ce point la doctrine. Les arrêts ou les décisions rendus dans des affaires comme l'*Affaire des concessions Mavrommatis en Palestine* (1924), l'*Affaire du chemin de fer Panevezys-Saldutiskis* (1939), l'*Affaire de l'Interhandel* (1959), l'*Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol* (1925), l'*Affaire de la Mexican Union Railway* (1930), l'*Affaire Ambatielos* (1956) et l'*Affaire des dettes extérieures allemandes* (1958)⁷ reconnaissent, sans exception, que le principe de l'épuisement des recours internes est une règle bien établie du droit international général.

21. Cette position est confirmée par la pratique des Etats, qui sont unanimes à admettre le caractère général du principe de l'épuisement des recours internes, comme le montrent les prises de position des gouvernements dans les différends portés devant la CIJ. Le Gouvernement polonais dans l'*Affaire relative à l'administration du prince von Pless*, le Gouvernement yougoslave et le Gouvernement suisse dans l'*Affaire Losinger*, le Gouvernement français et le Gouvernement italien dans l'*Affaire des phosphates du Maroc*, le Gouvernement lituanien et le Gouvernement estonien dans l'*Affaire du chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, le Gouvernement iranien et le Gouvernement britannique dans l'*Affaire de l'Anglo-Iranian Oil Company*, le Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique et le Gouvernement suisse dans l'*Affaire de*

l'Interhandel, le Gouvernement bulgare et les Gouvernements américain et israélien dans l'*Affaire relative à l'incident aérien du 27 juillet 1955*⁸ ont tous admis l'existence de ce principe en tant que règle du droit international général.

22. Les prises de position des gouvernements parties à des différends soumis à d'autres instances internationales sont tout aussi concluantes. Le Gouvernement bulgare et le Gouvernement hellénique dans l'*Affaire des forêts du Rhodope central*, le Gouvernement britannique et le Gouvernement iranien dans l'*Affaire de l'Anglo-Iranian Oil Company*, le Gouvernement finlandais et le Gouvernement britannique dans l'*Affaire des navires finlandais*⁹ ont tous reconnu que le principe de l'épuisement des recours internes était un principe incontesté du droit international général.

23. Ce principe, on l'a dit, est né avec la formation de règles qui imposent à l'Etat des obligations en ce qui concerne le traitement des étrangers. Mais il s'agit de savoir si, en liant en général l'application de ce principe à la violation des obligations concernant le traitement des étrangers, on ne risque pas de pécher à la fois par excès et par défaut. Par excès, car on peut se demander si le droit international lui-même ne prévoit pas des exceptions à l'applicabilité de ce principe au traitement des personnes physiques ou morales étrangères. Par défaut, car on peut se demander également s'il ne faudrait pas étendre la règle de l'épuisement des voies de recours internes à d'autres sujets, notamment aux personnes physiques ou morales nationales.

24. Le Rapporteur spécial tient à souligner que la question se pose uniquement du point de vue du droit international général. En effet, les conventions internationales restreignent parfois le principe de l'épuisement des recours internes ou l'étendent à d'autres domaines, ou prévoient des procédures spéciales d'arbitrage destinées à remplacer, dans certains cas particuliers, l'intervention des instances judiciaires internes normales, et limitent par là le domaine d'application du principe. Mais ces limitations conventionnelles ne sont pas du ressort de la Commission, qui doit se préoccuper uniquement de l'application du principe de l'épuisement des recours internes tel qu'il est admis dans le droit international général.

25. Le principe de l'épuisement des recours internes est né dans l'hypothèse la plus commune — celle où l'obligation qui incombe à l'Etat lui requiert d'assurer un certain traitement à des ressortissants étrangers pour une activité exercée sur son territoire. Mais on peut se demander si ce principe s'applique dans les cas où la violation de l'obligation s'est produite en dehors du territoire de l'Etat — par exemple en haute mer. Cette hypothèse est, en fait, assez restreinte, car il n'est pas dit que, pour des cas de ce genre, il existe toujours des formes de recours interne. Toutefois, le Rapporteur spécial ne voit pas pourquoi, lorsque de tels recours existent, le principe concernant leur épuisement ne s'appliquerait pas dans ces cas-là.

26. On peut se demander également si le principe posant la condition de l'épuisement des recours internes s'applique

⁶ Ibid., par. 73 à 75.

⁷ Ibid., par. 84.

⁸ Ibid., par. 87.

⁹ Ibid., par. 88.

aux étrangers qui ne sont pas résidents dans le territoire de l'Etat. Le Rapporteur spécial ne voit pas non plus de raison pour ne pas appliquer le principe dans ce cas, car le fait que l'étranger soit ou ne soit pas résident ne change rien à l'obligation qui incombe à l'Etat en ce qui concerne le traitement de cette personne. Il est par ailleurs évident que, si la personne lésée réside habituellement très loin du pays en question et ne peut pas respecter, de ce fait, les délais requis pour l'introduction des recours, la condition ne vaudra pas pour ce cas particulier, car les recours doivent être efficaces et effectifs. Mais l'effectivité des recours doit être jugée dans chaque cas d'espèce. Il est donc préférable de ne pas introduire dans l'énoncé général du principe, à l'article 22, des exceptions détaillées destinées à tenir compte de tous les cas particuliers qui peuvent se présenter, et de laisser à la jurisprudence internationale le soin de régler ces cas au fur et à mesure qu'ils se présenteront.

27. Dans le cas où le préjudice causé à un étranger résulte d'une animosité déclarée ou d'une intention discriminatoire de l'Etat à l'égard des ressortissants d'un pays déterminé, c'est encore le principe de l'efficacité et de l'effectivité des recours internes qui s'applique, car si l'épuisement des recours internes n'est pas exigé dans ce cas, c'est qu'il est évident que ces recours ne seront pas efficaces.

28. Dans les cas où la personne lésée n'a aucun lien volontaire avec l'Etat dont les recours devraient être utilisés — par exemple dans l'affaire de l'avion d'El Al abattu par la DCA bulgare pour avoir pénétré par erreur dans l'espace aérien de la Bulgarie, et dans les cas de préjudice causé à un étranger amené contre sa volonté sur le territoire d'un Etat ou en transit aérien ou terrestre —, le problème qui se pose une fois de plus est celui de la disponibilité effective de recours internes efficaces. Il faudrait indiquer clairement dans le texte ou dans le commentaire qu'il faut entendre par là la possibilité réelle d'utiliser ces recours. Mais il faut éviter, dans le projet d'article, de dresser une liste des exceptions au principe général de l'épuisement des recours internes, et laisser au droit conventionnel le soin de préciser, lorsque les Etats le jugent nécessaire, les conditions dans lesquelles ce principe doit ou ne doit pas s'appliquer.

29. On peut se demander, par ailleurs, s'il ne faut pas étendre l'application du principe de l'épuisement des recours internes à d'autres domaines que celui du traitement de particuliers étrangers. Le Rapporteur spécial tient à souligner, à cet égard, qu'il ne saurait être question de l'étendre à des cas de préjudices subis par des étrangers agissant dans un pays en qualité d'organes de leur Etat d'appartenance. Il est vrai que, dans sa résolution de 1956¹⁰, l'Institut de droit international a déclaré, un peu à la légère, qu'il fallait faire une exception à la règle de l'épuisement des recours internes pour les personnes étrangères qui jouissent dans le pays d'une protection internationale spéciale — c'est-à-dire, avant tout, pour les agents diplomatiques ou consulaires. Cependant, ces agents diplomatiques ou consulaires ne sont pas des particuliers : ce sont des organes de l'Etat qu'ils représentent. La règle

de l'épuisement des recours internes ne saurait donc s'appliquer à eux lorsqu'ils ont subi un préjudice dans l'exercice de leurs fonctions. Elle ne saurait s'appliquer que s'ils ont subi un préjudice alors qu'ils agissaient en tant que simples particuliers. Si leur immunité de juridiction les empêche alors d'être défendeurs, elle ne les empêche pas d'être demandeurs.

30. Le Rapporteur spécial ne pense pas qu'il faille faire une exception à la règle de l'épuisement des recours internes dans le cas d'une société privée étrangère à participation de capital public, car ce qui compte, ce n'est pas le caractère plus ou moins public que la personne morale se voit attribuer dans son ordre juridique d'appartenance, mais la forme d'activité qu'elle exerce sur le territoire étranger. Même s'il s'agit d'une société étrangère à participation prépondérante de capital public, il n'y a aucune raison de ne pas lui appliquer la condition de l'épuisement des recours internes si elle agit sur le territoire de l'Etat en qualité de personne purement privée.

31. Le problème d'une extension éventuelle de la règle de l'épuisement des recours internes ne se pose donc, en fait, qu'en ce qui concerne une catégorie de particuliers dont le droit international se préoccupe de plus en plus et qui sont les ressortissants de l'Etat lui-même. Ce problème est limité, car, malgré l'importance de plus en plus grande qu'elles prennent à l'heure actuelle, les règles relatives au traitement des nationaux sont presque exclusivement des règles de droit conventionnel. Il s'agit donc de savoir si le principe de l'épuisement des recours internes, jusqu'ici limité aux étrangers, doit s'appliquer également aux nationaux lorsqu'il existe à la charge de l'Etat une obligation internationale relative à leur traitement. Si cette obligation est conventionnelle, la convention contiendra normalement la réponse à cette question. Faut-il néanmoins établir le principe, à l'intention notamment du cas où une éventuelle règle coutumière s'établirait en la matière? Faut-il donc prévoir que le principe de l'épuisement des recours internes s'appliquera à tous les particuliers — étrangers ou nationaux —, ou faut-il exclure les cas relatifs au traitement des nationaux, en considérant que ces cas sont entièrement couverts par le droit conventionnel? Si l'on adopte la seconde solution, un problème pourrait se poser dans le cas où une convention internationale relative à la protection des droits de l'homme négligerait de prévoir expressément la condition de l'épuisement préalable des recours internes. Cette condition s'appliquerait alors aux étrangers sans s'appliquer aux nationaux. Le Rapporteur spécial a donc jugé opportun d'inclure dans la règle énoncée à l'article 22 l'hypothèse de la violation par l'Etat d'une obligation internationale concernant le traitement de ses propres ressortissants, mais c'est à la Commission qu'il appartiendra de décider s'il faut la retenir.

32. La véritable raison d'être du principe de l'épuisement des recours internes est de permettre à l'Etat d'éviter la violation d'une obligation internationale en remédiant, par un comportement ultérieur adopté sur l'initiative des particuliers intéressés, aux conséquences d'un premier comportement contraire au résultat requis par l'obligation. Si la personne lésée a omis d'épuiser les recours dont elle disposait, il y a négligence de sa part et la violation ne se produit pas.

¹⁰ Voir *Annuaire...* 1969, vol. II, p. 146, doc. A/CN.4/217 et Add.1, annexe IV.

33. Toutefois, le seul fait formel qu'il existe des recours ne comporte pas que les particuliers lésés soient tenus d'utiliser ces recours. Les formes de recours varient sensiblement d'un système juridique à l'autre, et leur utilisation ne doit pas être appréciée dans l'abstrait, mais dans chaque cas d'espèce, en fonction du critère d'efficacité.

34. On peut en conclure, d'une part, qu'en principe tous les recours disponibles et capables de remédier à la situation incriminée doivent être utilisés, et que tous les motifs de droit idoines en vue d'obtenir une décision favorable doivent être invoqués, et, d'autre part, qu'une voie de recours ne doit être utilisée que si elle offre des perspectives réelles de succès et que si le succès auquel elle peut amener n'est pas un succès purement formel, mais peut effectivement se traduire soit par la réalisation du résultat originairement requis par l'obligation internationale, soit, si cela n'est plus possible, par la réalisation d'un résultat de rechange réellement équivalent.

35. On peut se demander, enfin, s'il y a lieu de maintenir le principe de l'épuisement des recours internes dans le droit international général tel qu'il existe actuellement. Ce principe, qui découle logiquement du mode d'être et de l'objet propre de certaines obligations internationales, ne présente pas que des avantages. La pratique montre qu'il comporte aussi parfois des inconvénients, et notamment celui d'imposer des délais prolongés avant que l'on puisse agir sur le plan international. Certains Etats investisseurs sont préoccupés, à juste titre, par les préjudices graves que pourraient subir ceux de leurs ressortissants qui exercent une activité dans un Etat étranger et qui font bénéficier l'économie de cet Etat de leurs capitaux, de leurs compétences ou de leur travail. Mais il faut dire que ces Etats disposent de moyens préventifs pour éviter de tels préjudices, car le droit conventionnel prévoit des systèmes (compensation globale, arbitrage, etc.) qui sont précisément destinés à éviter les inconvénients les plus graves de l'application du principe de l'épuisement des recours internes.

36. Par ailleurs, on ne peut pas négliger les préoccupations des pays d'investissement, sur lesquels des pressions souvent exagérées ont été exercées dans le passé pour les amener à transférer immédiatement sur le plan international des questions qui auraient dû et pu être réglées sur le plan interne. Ces Etats ont intérêt à régler certaines questions sur le plan interne s'ils ne veulent pas être obligés de comparaître devant une instance internationale afin d'être jugés pour une violation qu'ils auraient pu éviter grâce à l'action de leurs tribunaux internes.

37. Il faut donc établir un équilibre entre des points qui, avant d'être des points de droit, sont surtout des points de justice. La justice veut, en effet, que l'on assure la protection des particuliers qui exercent une activité dans un Etat étranger, car cette activité est censée bénéficier à l'Etat sur le territoire duquel elle s'exerce. Mais elle veut également que l'on protège les Etats où ces particuliers étrangers exercent leurs activités — surtout si ces particuliers sont des ressortissants d'Etats puissants — contre les tentatives de transformer en affaires internationales des affaires qui sont, à l'origine, purement internes et devraient le rester.

38. Le Rapporteur spécial estime donc qu'il n'y a aucune raison de s'écarter du droit international actuel au nom d'un prétendu développement progressif qui serait inacceptable pour une grande partie des Etats et qui pourrait leur apparaître comme une régression dans le respect de la souveraineté, de l'indépendance et de l'égalité souveraine des Etats. La règle énoncée à l'article 22 doit définir le principe de l'épuisement des recours internes, tel qu'il existe dans l'état actuel du droit international, en le formulant de manière suffisamment souple pour pouvoir s'adapter aux diverses situations concrètes.

La séance est levée à 13 heures.

1464^e SÉANCE

Mercredi 20 juillet 1977, à 10 h 5

Président : sir Francis VALLAT

Présents : M. Ago, M. Calle y Calle, M. Dadzie, M. Díaz González, M. El-Erian, M. Francis, M. Jagota, M. Njenga, M. Ouchakov, M. Quentin-Baxter, M. Reuter, M. Riphaen, M. Šahović, M. Schwebel, M. Sette Câmara, M. Su-charitkul, M. Tabibi, M. Thiam, M. Tsuruoka, M. Verosta.

Projet de rapport de la Commission sur les travaux de sa vingt-neuvième session

1. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à examiner, paragraphe par paragraphe, le projet de rapport de la CDI sur les travaux de sa vingt-neuvième session, en commençant par le chapitre IV.

CHAPITRE IV. — Question des traités conclus entre Etats et organisations internationales ou entre deux ou plusieurs organisations internationales (A/CN.4/L.261 et Corr.1 et Add.1 et 2)

A. — Introduction (A/CN.4/L.261)

Paragraphe 1

Le paragraphe 1 est adopté.

Paragraphe 2

2. Le PRÉSIDENT propose que dans la première phrase les mots « au moins en partie », qui ont un sens légèrement péjoratif, soient remplacés par les mots « dans une grande mesure ».

Il en est ainsi décidé.

Le paragraphe 2, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 3

3. En réponse à une question posée par M. ŠAHOVIĆ, M. REUTER (Rapporteur spécial) rappelle qu'il a été décidé de ne pas modifier la numérotation des articles en première lecture afin de maintenir un certain parallélisme avec ceux de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

Le paragraphe 3 est adopté.