Document:-
A/CN.4/SR.2712

Compte rendu analytique de la 2712e séance

sujet:
<plusiers des sujets>

Extrait de l'Annuaire de la Commission du droit international:-
2002, vol. I

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

Copyright © Nations Unies

18. M. GALICKI souscrit à cette proposition et fait observer que si, au paragraphe 3 de la résolution 56/82 de l'Assemblée générale, la Sixième Commission a prié la Commission de reprendre l'examen du volet « responsabilité », elle l'a aussi priée au paragraphe 8 de commencer l'étude de « La responsabilité des organisations internationales ». Cela étant, il considère que la note du groupe d'États est un document incongru dans la mesure où les membres ne sont pas tenus de recevoir des instructions des gouvernements, et pense que l'ordre du jour provisoire devrait être adopté en l'état.

19. Mme XUE approuve la proposition de M. Tomka de mettre de côté cette question pour le moment et d'ouvrir des consultations officieuses afin de pouvoir répondre aux préoccupations de tous les membres. Il reste que les préoccupations des gouvernements, dont les membres sont issus, sont tout aussi importantes et qu'il faudra en tenir compte.

20. M. CANDIOTI rappelle que le point dont il est question figure à l'ordre du jour de la Commission depuis plus de 20 ans. Sa préoccupation n'est donc pas de savoir pourquoi l'inclure mais pourquoi l'exclure.

21. Le PRÉSIDENT précise que la question n'est pas de savoir si l'on a l'intention de poursuivre les travaux sur l'aspect « responsabilité » du sujet mais selon quelles modalités les points devraient être inscrits à l'ordre du jour provisoire.

22. M. CHEE insiste sur le fait que le statut de la Commission en fait un organe indépendant et autonome. La demande du groupe d'États compromet cette autonomie. Cependant, la Commission ne saurait méconnaître l'importance du sujet de la responsabilité. M. Chee se range donc aux propositions de MM. Pellet et Tomka.

23. Le PRÉSIDENT dit qu'il ne s'agit pas de savoir si la Commission doit ou non examiner le sujet en cause. Il s'agit de savoir si dans les circonstances actuelles ce sujet devrait ou non figurer à l'ordre du jour provisoire. Il juge acceptables les suggestions de MM. Opertti Badan, Pambou-Tchivounda et Tomka tendant à adopter l'ordre du jour provisoire en l'état, étant entendu que la Commission devrait se pencher en priorité sur la question des nouveaux points de l'ordre du jour, y compris, naturellement, les points relatifs à la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international ainsi qu'à la responsabilité des organisations internationales. Mais il ne faudrait pas adopter une nouvelle méthode d'inscription des points à l'ordre du jour, qui pourrait causer des problèmes à long terme. Il ne fait aucun doute qu'il sera fait droit à la demande de l'Assemblée générale. La seule question qui se pose est de savoir s'il faut s'écarter de la manière d'adopter l'ordre du jour établie de longue date – c'est-à-dire en suivant un certain processus, et non de manière irréfléchie. En l'absence d'opposition, il considérera que les membres de la Commission acceptent la démarche proposée par MM. Opertti Badan et Tomka.

Il en est ainsi décidé.

L'ordre du jour est adopté.

Nomination à des sièges devenus vacants (article 11 du statut) [A/CN.4/522 et Add.1]

[Point 1 de l'ordre du jour]

24. Le PRÉSIDENT indique que, conformément à l'article 11 du statut de la Commission, il appartient à la Commission de pourvoir le siège devenu vacant et que les curriculum vitæ des deux candidats ont été communiqués aux membres. Selon l'usage, l'élection a lieu en séance privée.

La séance est suspendue à 17 h 35; elle est reprise à 17 h 45.

25. Le PRÉSIDENT annonce que la Commission a élu M. Kabatsi au siège laissé vacant à la suite du décès d'Adegoke Ajibola Ige.

Organisation des travaux de la session

[Point 2 de l'ordre du jour]

26. Le PRÉSIDENT appelle l'attention des membres sur le calendrier de travail. Il annonce que M. Yamada, Président du Comité de rédaction, présentera le lendemain la composition du Comité et invite le Président du Groupe de planification à établir la liste des membres de ce groupe.

27. M. YAMADA (Président du Comité de rédaction) rappelle que, dans la pratique habituelle de la Commission, le Comité de rédaction compte environ 14 membres, et que, pour assurer une participation optimale des membres de la Commission, sa composition varie suivant les sujets étudiés. Il invite les membres souhaitant faire partie du Comité de rédaction pour un sujet particulier à le lui faire savoir, en rappelant qu'une représentation équitable des différentes régions et des différents systèmes juridiques doit être assurée au sein du Comité.

La séance est levée à 17 h 50.

2712e SÉANCE

Mardi 30 avril 2002, à 10 heures

Président : M. Robert ROSENSTOCK

Présents : M. Addo, M. Al-Marri, M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Daoudi, M. Dugard, Mme Escarameia,

M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kateka, M. Kemicha, M. Kuznetsov, M. Mansfield, M. Momtaz, M. Niehaus, M. Opertti Badan, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Rodríguez Cedeño, M. Simma, M. Tomka, Mme Xue, M. Yamada.

Protection diplomatique[1] (A/CN.4/514[2], A/CN.4/521, sect. C, A/CN.4/523 et Add.1[3], A/CN.4/L.613 et Rev.1)

[Point 4 de l'ordre du jour]

Deuxième et troisième rapports du Rapporteur spécial

1. M. DUGARD (Rapporteur spécial), retraçant l'historique des travaux sur la question, rappelle qu'il a présenté son premier rapport sur la protection diplomatique[4] à la cinquante-deuxième session, en 2000. Ce rapport était principalement consacré à la nationalité des réclamations. Après un débat et des consultations officieuses au sein d'un groupe ouvert à tous les membres, la Commission a décidé de renvoyer les articles 1, 3 et 5 à 8 au Comité de rédaction, accompagnés du rapport issu des consultations officieuses. L'additif au premier rapport n'a pu être examiné faute de temps. À sa cinquante-troisième session, la Commission a examiné cet additif, consacré à la continuité de la nationalité, ainsi qu'une partie du deuxième rapport (A/CN.4/514), axé sur les principes généraux de la règle de l'épuisement des recours internes. La Commission a décidé de renvoyer l'article 9, sur la continuité de la nationalité, et les articles 10 et 11, sur l'épuisement des recours internes, au Comité de rédaction; elle n'a pas examiné les articles 12 et 13 qui figuraient dans ce deuxième rapport. Jusqu'à présent, le Comité de rédaction n'a examiné aucune de ces dispositions; il doit commencer à le faire dans l'après-midi.

2. Les paragraphes 11 et 12 du troisième rapport (A/CN.4/523 et Add.1) expliquent la démarche suivie par le Rapporteur spécial. La protection diplomatique fait l'objet d'une abondante documentation sous la forme de travaux de codification, de conventions, de pratique des États, de jurisprudence et de doctrine. De fait, aucune autre branche du droit international n'est aussi documentée, bien que cela ne signifie pas que les sources soient claires ou certaines. De fait, elles sont souvent inconstantes et contradictoires. La Commission doit donc choisir entre des règles concurrentes. Il appartient au Rapporteur spécial de présenter toute la jurisprudence et toutes les options à la Commission afin que celle-ci puisse faire un choix en connaissance de cause.

3. Le troisième rapport présente l'article 14, qui concerne les circonstances dans lesquelles la règle de l'épuisement des recours internes ne s'applique pas, et l'article 15, relatif à la charge de la preuve dans l'application de cette règle. Le Rapporteur spécial indique qu'il a établi un additif, actuellement en traduction, sur la clause Calvo[5], et qu'il espère examiner la question du déni de justice ultérieurement dans le cadre d'un groupe de travail ou à la session suivante. Il n'ignore pas que la question du déni de justice est controversée, qu'elle relève en grande partie des règles primaires et que le projet d'articles est axé sur les règles secondaires, mais il est impossible que la Commission achève l'étude de la protection diplomatique sans examiner la clause Calvo et le déni de justice, deux questions qui occupent une place centrale dans la jurisprudence en la matière. La Commission doit décider si oui ou non elle souhaite inclure dans son rapport une disposition sur le déni de justice.

4. Le Rapporteur spécial indique que dans son rapport suivant il entend se pencher sur la nationalité des sociétés et il espère que la Commission pourra, dans le cadre d'un groupe de travail constitué lors de la seconde partie de la session, examiner la direction que doivent prendre les travaux sur le sujet. Il ne souhaite pas élargir la portée du projet d'articles au-delà des questions relevant traditionnellement de la protection diplomatique, à savoir la nationalité des réclamations et l'épuisement des recours internes. Si la Commission se limite à ces deux questions, il sera possible d'achever l'élaboration d'un ensemble de projets d'article en première et en seconde lecture pour la fin du quinquennat.

5. Au cours du quinquennat précédent, il a été proposé d'inclure un certain nombre d'autres questions dans le domaine de la protection diplomatique, par exemple la protection fonctionnelle exercée par les organisations internationales au profit de leurs fonctionnaires. Il s'agit d'une question très importante qui devrait être examinée par la Commission, mais pas nécessairement dans le cadre du projet d'articles en cours d'élaboration. Elle soulève de nombreux problèmes différents, et si la Commission décide de l'examiner, il sera pratiquement impossible d'achever l'élaboration du projet d'articles d'ici la fin du quinquennat. Le Rapporteur spécial propose donc de recommander que cette question fasse l'objet d'une étude distincte. On se souviendra à cet égard que, lorsqu'elle a étudié la question de la responsabilité de l'État, la Commission a réservé le sujet de la responsabilité des organisations internationales pour une étude distincte.

6. Il a aussi été proposé d'examiner d'autres questions également novatrices et controversées, et cet examen risque aussi de retarder l'achèvement du projet d'articles. Le Rapporteur spécial indique qu'au paragraphe 16 de son troisième rapport, il évoque le droit de l'État de nationalité d'un navire ou d'un aéronef de présenter une réclamation au nom de l'équipage et éventuellement des passagers, quelle que soit la nationalité des personnes concernées. Il s'agit d'une question importante, tout comme est digne d'intérêt le cas où un État ou une organisation internationale administre ou contrôle un territoire, et il peut imaginer que la Commission examine la question de la

---

[1] Pour le texte des projets d'articles 1 à 9 proposés par le Rapporteur spécial dans son premier rapport, voir *Annuaire... 2000*, vol. I, 2617e séance, par. 1, p. 38 et 39.

[2] Voir *Annuaire... 2001*, vol. II (1re partie).

[3] Reproduit dans *Annuaire... 2002*, vol. II (1re partie).

[4] Voir *Annuaire... 2000*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/506 et Add.1.

[5] Voir sur ce sujet l'*Annuaire... 1956*, vol. II, doc. A/CN.4/96, par. 174 à 182, p. 206 à 208.

protection diplomatique de personnes vivant au Timor oriental sous administration internationale, ou la question encore plus complexe de la protection diplomatique des habitants de la Cisjordanie et de Gaza. En sa qualité de rapporteur spécial sur ce sujet pour la Commission des droits de l'homme, il ne craint pas de l'examiner, mais si la Commission du droit international commence à se saisir de questions comme celle du Moyen-Orient, le débat risque de sortir nettement du domaine traditionnel de la protection diplomatique.

7. Les articles 12 et 13 sont examinés aux paragraphes 32 à 67 du deuxième rapport du Rapporteur spécial. Ces deux dispositions traitent de la question de savoir si l'épuisement des recours internes est une condition de procédure ou une condition de fond, ce qui est peut-être la question la plus controversée en la matière. Le Rapporteur spécial aurait pu aggraver encore la controverse en proposant que la Commission s'écarte de la disposition adoptée à sa vingt-neuvième session[6] et confirmée à sa quarante-huitième session dans le projet d'articles sur la responsabilité des États adopté à titre provisoire en première lecture[7]. Pour le Rapporteur spécial, cette règle est essentiellement une règle de procédure, et non une règle de fond, et la question doit donc être réexaminée.

8. Il existe pour l'essentiel trois points de vue : certains, dont Borchard et Ago, estimant qu'il s'agit d'une condition de fond, soutiennent que le fait internationalement illicite de l'État auteur n'est pas parfait tant que les recours internes n'ont pas été épuisés. Ils font ainsi de l'épuisement des recours internes une condition de fond dont dépend l'existence même de la responsabilité internationale. Ceux pour qui la règle est une règle de procédure, Amerasinghe, par exemple, font valoir qu'il s'agit d'une condition de procédure qui doit être satisfaite pour qu'une réclamation internationale puisse être formulée. Selon le troisième point de vue, défendu par Fawcett, il faut distinguer selon que le préjudice a été causé à l'étranger au regard du droit interne ou au regard du droit international. Si le préjudice résulte d'une violation du seul droit interne qui ne constitue pas une violation du droit international, par exemple la violation d'un contrat de concession, la responsabilité internationale n'est engagée que par un acte de l'État défendeur constituant un déni de justice, par exemple du fait d'un parti pris manifesté par la justice à l'encontre d'un étranger essayant de faire valoir ses droits devant un tribunal interne. Dans un tel cas, il est clair que l'épuisement des recours internes est une condition de fond qui doit être satisfaite. D'autre part, si le préjudice causé à l'étranger découle d'une violation du droit international, ou d'une violation du droit international et du droit interne, la responsabilité internationale naît au moment du préjudice, et la nécessité d'épuiser les recours internes est une condition procédurale de la formulation d'une réclamation internationale. Par exemple, si l'État défendeur s'est rendu coupable de tortures sur la personne d'un étranger et qu'il existe un recours en droit interne, il y a fait internationalement illicite lorsque l'acte de torture a été commis, et s'il existe un recours devant les tribunaux internes, ce recours doit être épuisé pour pouvoir formuler une réclamation internationale. Dans un tel cas, l'épuisement des recours internes est simplement une condition de procédure.

9. Certains ont déclaré que ces trois points de vue étaient purement académiques, mais la question du moment où naît la responsabilité internationale est souvent d'une importance pratique considérable. Premièrement, s'agissant de la nationalité des réclamations, l'étranger doit être un national au moment de la commission du fait internationalement illicite. Ainsi, il est important de déterminer à quel moment ce fait a été commis. Deuxièmement, un problème de compétence peut se poser, comme dans l'affaire des *Phosphates du Maroc*. Dans cette affaire, la question se posait de savoir quand était née la responsabilité internationale pour décider si la Cour était ou non compétente. Troisièmement, il y a la question de la renonciation. Le Rapporteur spécial indique qu'il expliquera ultérieurement pourquoi il estime qu'un État peut renoncer à la règle de l'épuisement des recours internes, mais il est clair qu'il ne peut le faire s'il s'agit d'une règle de fond, car dans un tel cas il ne peut y avoir fait internationalement illicite si les recours internes n'ont pas été épuisés. La Commission doit pour cette raison faire un choix entre les trois options. La difficulté tient au fait que les sources ne sont pas claires. Les tentatives de codification semblent délibérément ambiguës. À sa vingt-neuvième session, en 1977, la Commission a adopté l'article 22 du projet d'articles sur la responsabilité des États[8], qui indique clairement qu'il s'agit d'une règle de fond. D'autre part, en 2000, Juliane Kokott, dans son rapport à l'Association de droit international[9], a adopté une position purement procédurale.

10. Avant 1977, on pouvait discerner une tendance en faveur de la position procédurale, tendance qui peut maintenant être contestée ne serait-ce que parce que les tentatives de codification sont si peu claires et si ambiguës. De même, la jurisprudence est vague et se prête à des interprétations différentes qui étayent chacune des deux positions. La principale décision en la matière est celle rendue dans l'affaire des *Phosphates du Maroc*, et il est intéressant de rappeler que Roberto Ago, qui était le conseil de l'Italie, avait défendu la position de fond. Dans cette affaire, la France avait accepté en 1931 la juridiction obligatoire de la CPJI pour ce qui concerne tout différend naissant après cette date. L'Italie faisait valoir qu'en 1925, au Maroc, la France avait violé une obligation internationale vis-à-vis de nationaux italiens, mais elle arguait que le fait illicite n'avait été parfait qu'en 1933, année où les recours internes ou leur équivalent avaient finalement été épuisés. Ainsi, en substance, l'Italie défendait la position qui voit dans la règle une condition de fond. La France, quant à elle, affirmait que la règle de l'épuisement des recours internes n'était rien d'autre qu'une règle de procédure et que la responsabilité internationale existait déjà mais qu'elle ne pouvait être engagée par la voie diplomatique ou par la saisine d'un tribunal international ou de la CPJI tant que les recours internes n'avaient pas été épuisés. La Cour permanente a tranché en faveur de la France et jugé qu'il n'y avait eu après 1925 aucun nouveau facteur ayant engagé la responsabilité internationale de la France. Ago

[6] *Annuaire... 1977*, vol. II (2e partie), p. 31.

[7] *Annuaire... 1996*, vol. II (2e partie), p. 62.

[8] Voir *supra* note 6.

[9] J. Kokott, "The Exhaustion of Local Remedies", rapport d'activité de l'Association, *Report of the Sixty-ninth Conference,* International Law Association, Londres, 2000, p. 629 et 630.

citait assez longuement l'arrêt de la Cour dans cette espèce et reproduisait en italiques une déclaration importante de la Cour : « *S'agissant d'un acte* [c'est-à-dire l'acte illicite commis en 1925] *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** » [arrêt, p. 28]. Il est intéressant que cette phrase n'ait pas été citée par la Commission lorsqu'elle a examiné l'arrêt en question. Ago, alors qu'il était Rapporteur spécial, a examiné l'arrêt en l'affaire des *Phosphates du Maroc* et soutenu que la Cour permanente n'avait pas jugé que la règle n'était pas une règle de fond. Il interprétait néanmoins ce passage comme indiquant que la Cour avait fait droit à l'argument de la France, selon laquelle il s'agissait d'une règle de procédure. Telle est aussi l'opinion d'Amerasinghe. Ainsi, même si la jurisprudence n'est pas claire, elle contient au moins une décision indiquant que la règle est une règle de procédure, à savoir la décision rendue dans l'affaire des *Phosphates du Maroc*.

11. La pratique des États, quant à elle, n'a guère de valeur, parce qu'elle est essentiellement constituée par les arguments qu'ils présentent dans le cadre d'instances devant des tribunaux internationaux, et qu'ils défendent inévitablement la position qui sert le mieux leurs intérêts. Dans l'affaire des *Phosphates du Maroc*, l'Italie avait défendu vigoureusement la thèse de la condition de fond, mais 50 ans plus tard, dans l'affaire *Elettronica Sicula (ELSI)*, elle a déclaré qu'il s'agissait d'une règle de procédure. On ne peut donc tirer aucune conclusion nette des arguments avancés par les États, et il s'agit d'une forme de pratique qui n'est guère utile. Est par contre intéressant, du point de vue de la pratique des États, le mémoire établi par le Département d'État des États-Unis dans lequel il défend la « troisième voie » en réaction au premier rapport de García Amador sur la responsabilité des États[10].

12. La doctrine est divisée sur la question. La « troisième voie », qui a la préférence du Rapporteur spécial, n'a pas été assez étudiée. Fawcett soutient qu'il faut distinguer entre le droit d'agir et la faculté de l'exercer, et il envisage trois situations juridiques possibles dans lesquelles l'application de la règle de l'épuisement des recours internes doit être examinée[11]. Dans la situation I, le fait dont on se plaint est une violation du droit international mais non du droit interne. Dans une telle situation, il est clair que la règle de l'épuisement des recours internes ne s'applique pas, car rien n'a été fait qui soit contraire au droit interne, et il ne peut y avoir de recours internes à épuiser. On peut citer à cet égard l'exemple de l'apartheid en Afrique du Sud. L'apartheid violait manifestement les règles du droit international, mais il était toléré voire prôné par le régime d'apartheid. Ainsi, il y avait violation du droit international, mais non du droit interne. Dans la situation II, le fait dont on se plaint est une violation du droit interne mais non du droit international, par exemple la violation d'un contrat entre l'État défendeur et un étranger. Dans cette situation, la responsabilité internationale de l'État n'est pas engagée par le fait en question : 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. Dans cette situation, la règle de l'épuisement des recours internes constitue un obstacle de fond à une réclamation internationale, réclamation qui ne peut être formulée tant que l'existence d'un déni de justice n'est pas démontrée. Dans la situation III, qui est controversée, le fait dont on se plaint viole à la fois le droit interne et le droit international. Dans un tel cas, selon Fawcett, la règle de l'épuisement des recours internes intervient comme un obstacle procédural à la formulation d'une réclamation internationale.

13. Pour le Rapporteur spécial, c'est le troisième des points de vue évoqués plus haut qui est le plus satisfaisant. Par exemple, un État qui torture un étranger engage sa responsabilité internationale au moment où l'acte de torture est commis, mais il viole peut-être également sa propre législation. S'il existe un recours interne, celui-ci doit être épuisé avant de pouvoir formuler une réclamation internationale; dans un tel cas, la règle de l'épuisement des recours internes est de nature procédurale.

14. Les articles 12 et 13 visent à donner effet à cette conclusion, étayée par la doctrine dans une certaine mesure, mais ils tiennent également compte des autres opinions. De plus, la Commission pourrait éprouver des difficultés à s'écarter de la position qu'elle a adoptée à l'article 22 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État. Néanmoins, en proposant cet article, le Rapporteur spécial chargé de la responsabilité de l'État a supposé que dans sa forme finale le projet distinguerait entre obligations de comportement et obligations de résultat, une distinction qui n'a pas été conservée. De ce fait, la Commission est libre d'adopter la position proposée par le Rapporteur spécial; il appartiendra au Comité de rédaction de dire si les textes proposés donnent pleinement effet à cette position.

15. M. GAJA dit que, s'il n'est peut-être pas d'accord avec de nombreuses conclusions du Rapporteur spécial, il les trouve stimulantes et pense que le résultat final des travaux sera bon.

16. Il indique que c'est lui qui a proposé que l'on examine les questions visées puis écartées au paragraphe 16 du troisième rapport, qui concernent toutes des situations dans lesquelles un État ou une entité autre qu'un État de nationalité a été considéré comme pouvant exercer la protection diplomatique : la protection fonctionnelle de leurs fonctionnaires par les organisations internationales, le droit de l'État de nationalité d'un navire ou d'un aéronef de formuler une réclamation au nom de l'équipage ou des passagers quelle que soit la nationalité de ces derniers, la situation dans laquelle un État exerce sa protection diplomatique au profit du national d'un autre État parce que le droit lui en a été délégué, et le cas où un État ou une organisation internationale administre ou contrôle un territoire.

17. Par exemple, dans l'*Affaire du navire « Saiga »*, le Tribunal international du droit de la mer a jugé que l'État de nationalité du navire avait le droit de formuler une réclamation pour le préjudice subi par les membres de l'équipage, quelle que soit la nationalité de chacun d'en-

[10] Voir citation dans *Annuaire... 2001*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/514, par. 52. Reproduit dans M. M. Whiteman, *Digest of International Law*, vol. 8 (1967), p. 789 et 790.

[11] J. E. S. Fawcett, "The exhaustion of local remedies: substance or procedure?", *British Year Book of International Law 1954*, p. 452.

tre eux. Ainsi, le droit de l'État de la nationalité d'exercer la protection diplomatique n'est pas exclusif. Dans ce contexte, M. Gaja rappelle qu'il a proposé que la Commission examine également les conséquences pour l'État de la nationalité du droit d'une organisation internationale d'exercer la protection diplomatique et non fonctionnelle; la question des réclamations concurrentes de l'État de la nationalité d'une part et de l'Organisation des Nations Unies de l'autre en ce qui concerne le préjudice personnel causé à des fonctionnaires de l'ONU a été soulevé en 1949 par la CIJ dans l'avis consultatif rendu en l'affaire de la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*.

18. Si le Rapporteur spécial et la Commission concluent que tous ces sujets ou l'un d'entre eux ne méritent pas d'être expressément envisagés dans le projet d'articles, ils devraient au moins être mentionnés dans le commentaire. Quoi qu'il en soit, pour déterminer si une question est pertinente, la Commission devrait être guidée par la pratique contemporaine et non par la tradition.

19. Au paragraphe 55 de son deuxième rapport, le Rapporteur spécial vise un ouvrage que lui-même a publié sur l'épuisement des recours internes[12]. Toutefois, peut-être en raison d'une mauvaise traduction, le Rapporteur spécial a indiqué par erreur que, selon M. Gaja, « l'épuisement des recours internes est un "présupposé" de l'illicéité »; M. Gaja a indiqué qu'en réalité, ce qu'il a dit est que l'épuisement des recours internes est une condition préalable de l'illicéité, même s'il a effectivement soutenu dans le même ouvrage qu'il s'agissait d'une condition de fond et non d'une condition de procédure. Son principal argument était que, lorsque les recours internes doivent être épuisés et ne l'ont pas été, la protection diplomatique ne peut être exercée, aucune réclamation en relation avec une violation alléguée ne peut être formulée et il ne peut être pris de contre-mesures. Il est légitime de se demander quelle est l'importance pratique d'une violation alléguée qui n'a aucune conséquence au niveau international ni pour l'État ni pour l'individu concerné, et qui n'ouvre droit à aucun recours. M. Gaja indique qu'il écrit dans son ouvrage que, comme cette condition préalable s'applique dans toutes les procédures relatives à un tel cas, on doit la considérer comme une condition de fond.

20. La question de la nature de la règle de l'épuisement des recours internes soulève des questions théoriques complexes; elle a aussi des incidences politiques, car la position selon laquelle il s'agit d'une règle de procédure est largement perçue comme minimisant l'importance d'une règle que nombre d'États considèrent comme fondamentale. Compte tenu de ces problèmes et de l'absence de consensus au sein de la Commission, il n'est peut-être pas judicieux que celle-ci fasse sienne l'une quelconque des thèses en présence. Le Rapporteur spécial a à juste titre contesté l'opportunité de l'article 22 du projet sur la responsabilité de l'État, un problème qui a été résolu en supprimant l'article en question et en adoptant, à l'article 44 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite adopté par la Commission à sa cinquante-troisième session[13], une approche neutre en ce qui concerne l'épuisement des recours internes. Peut-être serait-il également sage de supprimer les articles 12 et 13 du projet d'articles sur la protection diplomatique. Indéniablement, l'adoption de l'une ou l'autre des théories mentionnées par le Rapporteur spécial peut avoir des implications, mais elles ne sont pas d'une importance fondamentale et ne justifient pas l'inclusion des articles en question.

21. M. Gaja ne pense pas, quant à lui, que, parce que la règle de l'épuisement des recours internes serait une règle de fond, il est impossible d'y renoncer. Les États peuvent renoncer à une condition de recevabilité en ce qui concerne aussi bien une question de fond qu'une question de procédure. La question de la renonciation ne doit pas être traitée à la légère; dans l'affaire *ELSI*, une chambre de la CIJ a déclaré qu'elle « ne saurait accepter qu'on considère qu'un principe important du droit international coutumier a été tacitement écarté sans que l'intention de l'écarter soit verbalement précisée » [par. 50, p. 31 de l'arrêt du 20 juillet 1989]. De plus, M. Gaja a plaidé pour le Gouvernement italien dans l'affaire *ELSI*, et il ne pense pas comme le Rapporteur spécial qu'il était dans l'intérêt de l'Italie de considérer que la règle de l'épuisement des recours internes était une règle de procédure (A/CN.4/514, par. 51); de toutes façons, le Gouvernement italien n'a pas pris cette position.

22. M. BROWNLIE dit que, si le Rapporteur spécial réunit une masse de données importantes dans son troisième rapport, il s'est trop cantonné aux études doctrinales de l'épuisement des recours internes. La question de savoir si cet épuisement constitue une condition de fond ou une condition de procédure est dans une certaine mesure incontournable dans certaines circonstances, comme dans celles qui prévalaient dans l'affaire des *Phosphates du Maroc*. Toutefois, pour M. Brownlie, cette distinction n'est ni très utile ni très pertinente dans le cadre d'une approche globale du problème. De manière générale, il souscrit à la position adoptée par Fawcett, dont l'intérêt pour la question des recours internes ne repose pas sur la théorie académique mais sur l'expérience pratique.

23. Il serait préférable de procéder à une étude empirique de la règle de l'épuisement des recours internes selon trois points de vue : politique générale, pratique et histoire. Des données très intéressantes figurent dans la pratique des États, en particulier dans des sources du XIXe siècle. Par exemple, si un expatrié britannique monte une entreprise performante en Ruritanie et que cette entreprise est détruite par une émeute, il va demander l'aide du consulat britannique. Toutefois, dans de telles circonstances, le Gouvernement britannique se montrera très réticent, eu égard au principe selon lequel un risque a été assumé parce que le propriétaire de l'entreprise a des liens volontaires et continus avec la Ruritanie. C'est pourquoi on le renvoie aux tribunaux locaux. L'opinion du gouvernement repose sur le bon sens et non sur l'alternative de procédure ou fond. Pour prendre un exemple moderne, Israël faisait valoir dans ses conclusions dans l'affaire de l'*Incident aérien du 27 juillet 1955 (Israël c. Bulgarie)* qu'il serait injuste d'exiger du gouvernement représen-

[12] G. Gaja, *L'Esaurimento dei ricorsi interni nel diritto internazionale*, Milan, Giuffrè, 1967.

[13] *Annuaire... 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, chap. IV, par. 76, p. 26.

tant les victimes qui se trouvaient dans un avion israélien abattu par les forces de défense bulgares qu'il demande réparation devant les tribunaux bulgares, parce que ni les victimes ni leurs familles n'avaient de lien volontaire avec la Bulgarie.

24. Quoi qu'il en soit, même si une affaire est ultérieurement traitée par la voie diplomatique, il est utile que les tribunaux locaux établissent rapidement les faits. De plus, les gouvernements ont considéré que les affaires de faible importance ne devaient pas faire d'emblée l'objet d'une intervention diplomatique, car cela risquait de nuire aux relations diplomatiques entre les États. Pour toutes ces raisons, la Commission devrait accorder plus d'attention aux fondements politiques de la règle de l'épuisement des recours internes. D'un point de vue pratique, cette règle verra son importance croître si la Commission estime que les différends doivent être réglés sur le plan interne toutes les fois que cela est possible, et une règle exigeant un lien volontaire subordonnerait l'application de cette règle à diverses restrictions. Pour cette raison, il est regrettable que la question du lien volontaire, qui n'est qu'un aspect du contexte politique, n'ait été envisagée qu'à l'article 14. Celui qui lit les projets d'article dans l'ordre aura l'impression que la règle s'applique dans tous les cas. Si la Commission souhaite étudier plus avant la question de l'exigence d'un lien volontaire, une telle décision affectera l'article 10 et tous les articles suivants. Il serait donc prématuré de renvoyer cette partie du document au Comité de rédaction; l'insistance actuelle sur la distinction entre procédure et fond doit être sérieusement tempérée.

25. M. SIMMA fait observer, tout en souscrivant aux observations de M. Brownlie en ce qui concerne l'importance du lien volontaire, que le Rapporteur spécial indique clairement que la distinction entre fond et procédure revêtait une importance pratique dans le cadre du sujet à l'examen, comme l'atteste l'affaire des *Phosphates du Maroc*. De plus, M. Simma a tendance à penser avec M. Gaja qu'un État qui renonce à la règle de l'épuisement des recours internes doit être considéré comme ayant accepté un seuil plus bas s'agissant de la commission d'un fait internationalement illicite; certaines règles ne sont pas de caractère impératif mais peuvent faire l'objet d'un accord entre États.

26. M. BROWNLIE dit que l'affaire des *Phosphates du Maroc* est un exemple précis; l'affaire de l'*Incident aérien du 27 juillet 1955* et l'exemple qu'il a donné concernant la Ruritanie, d'autre part, illustrent l'importance de l'existence ou de l'inexistence d'un lien volontaire entre la victime et l'État. La distinction entre procédure et fond est certes inévitable, et M. Brownlie ne dit pas qu'elle n'est pas applicable, mais il s'oppose à ce que l'on en fasse le cadre global de l'examen de la question. Ce n'est pas un instrument général adapté à l'étude du sujet.

27. M. PELLET dit qu'il fera son possible pour respecter les souhaits du Rapporteur spécial en ce qui concerne la portée du débat en cours, mais qu'il ne pourra s'abstenir totalement de parler de l'article 14. Les paragraphes 1 à 12 du troisième rapport n'appellent aucune observation particulière, mais M. Pellet est troublé par certaines affirmations péremptoires figurant aux paragraphes 13 à 17. Premièrement, en ce qui concerne le déni de justice, à la suite d'un long débat et malgré des opinions divergentes, la Commission a conclu que la question ne devait pas être expressément examinée dans le projet d'articles. M. Pellet est donc quelque peu surpris que le Rapporteur spécial annonce qu'il a l'intention d'y revenir. Si le début de chaque nouveau quinquennat doit servir de prétexte pour revenir sur des positions adoptées par la Commission les années précédentes, la Commission n'en finira jamais avec aucun sujet. Le Rapporteur spécial pourrait résister à la tentation de se prendre pour l'épouse d'Ulysse.

28. Sur le fond, M. Pellet réitère son opposition, pas nécessairement au fond des positions du Rapporteur spécial – d'ailleurs, fidèle au rôle de Pénélope qu'il s'est choisi, celui-ci ne les explique pas vraiment, mais se contente de promettre de le faire – mais à son angle d'attaque. Cette opposition ne tient pas tellement au fait que, si on aborde la question du déni de justice en tant que tel, la Commission s'intéressera à des règles primaires, car, après tout, la distinction n'est ni évidente ni gravée dans le marbre, et rien n'interdit en l'espèce à la Commission de s'intéresser aux règles primaires. L'opposition de M. Pellet tient au fait que le déni de justice n'est que l'une des manifestations de la règle plus générale selon laquelle les recours internes doivent être considérés comme épuisés s'ils n'ont pas abouti ou s'ils ne pouvaient pas aboutir. À cet égard, il lui semble à la lecture de la section du troisième rapport relative à l'article 14 que cet article pourra être rédigé de façon à couvrir le cas du déni de justice sans le nommer spécifiquement. Pour cette raison, M. Pellet est fermement convaincu qu'il serait préférable de ne pas examiner l'article 14 dans le cadre du Comité de rédaction sans avoir d'abord vu ce que propose le Rapporteur spécial en ce qui concerne le déni de justice, car l'hypothèse d'une fusion de l'article 14 avec un article sur le déni de justice doit demeurer ouverte. De plus, examiner le déni de justice obligerait la Commission à faire des incursions totalement inutiles dans le domaine du droit interne des États.

29. Par contre, M. Pellet n'a pas de problème en ce qui concerne l'idée d'étudier la clause Calvo dans le cadre du projet d'articles, même si la question de sa validité en droit international est une autre affaire. On pourrait dire, sur la base du seul droit national, qu'il s'agit d'une question distincte, bien qu'étroitement liée à celle de savoir qui est le titulaire du droit d'exercice de la protection diplomatique. Cela dit, il faudrait peut-être étudier de façon plus générale la question de la renonciation à la protection diplomatique (pas nécessairement au moyen d'une clause Calvo), par le bénéficiaire de cette protection ou l'État habilité à l'exercer. Ainsi, si la Commission doit examiner la clause Calvo de plus près et adopter une position ferme à cet égard, le Rapporteur spécial devrait aborder la question d'un point de vue plus large.

30. Il est encourageant que le Rapporteur spécial ait rappelé qu'il s'est engagé à s'attaquer à la question de la protection diplomatique des sociétés, et l'idée de créer un groupe de travail pour étudier cette question délicate est bonne. Toutefois, ce groupe de travail devrait être composé de quelques membres seulement car le sujet, hautement technique, ne se prête pas au « tourisme juridique ».

31. S'agissant du paragraphe 16, M. Pellet rappelle qu'il est fermement opposé à l'idée de « nationalité des réclamations ». La nationalité est un attribut non des réclamations, mais des personnes, navires ou aéronefs en

cause. La nationalité des réclamations est une notion de *common law* qui n'a pas sa place en droit international. Néanmoins, c'est à bon droit que le Rapporteur spécial souhaite exclure du projet d'articles la protection fonctionnelle et le droit de l'État de nationalité d'un navire ou d'un aéronef de formuler une réclamation au nom de l'équipage ou des passagers (par. 16, al. *a* et *b*). Si ces questions sont toutes deux des extensions du sujet à l'examen, M. Pellet a cependant été convaincu par l'argument de M. Gaja selon lequel la Commission devrait se pencher sur la protection fonctionnelle lorsque la question se pose dans le cadre de la protection diplomatique. C'est également à bon droit que le Rapporteur spécial ne souhaite pas que l'on examine les situations dans lesquelles une organisation internationale contrôle un territoire. Il s'agit d'une forme de protection très spécifique, qui est au moins aussi étroitement liée à la protection fonctionnelle qu'à la protection diplomatique et, comme dans le cas des articles sur la responsabilité de l'État, la Commission devrait exclure de l'étude toutes les questions relatives aux organisations internationales. D'autre part, M. Pellet est beaucoup plus réticent s'agissant d'abandonner l'autre situation visée à l'alinéa *d* du paragraphe 16, celle dans laquelle un État administre ou contrôle un territoire qui n'est pas le sien. Il ne peut non plus accepter l'exclusion de la situation *c*, celle où un État exerce sa protection diplomatique au profit d'un national d'un autre État qui lui a délégué cet exercice. Ces deux situations relèvent bel et bien du sujet.

32. La raison en est que la protection diplomatique n'est qu'un prolongement du sujet de la responsabilité de l'État, dans le cadre duquel elle aurait dû, pour M. Pellet, être étudiée. Elle a, pour diverses raisons, été artificiellement détachée du sujet de la responsabilité de l'État. Il s'agit de déterminer comment un État peut obtenir réparation du préjudice causé à un de ses nationaux par le fait internationalement illicite d'un autre État. Ce sont les moyens de mettre en œuvre la responsabilité de l'État qui sont en cause. Et M. Pellet ne voit pas pourquoi on exclurait les deux situations qu'il a évoquées. Le cas du contrôle d'un territoire par un État peut se déduire de plusieurs des articles du projet sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, en particulier les articles 8 et 11.

33. M. Pellet doute aussi que le sujet de la protection diplomatique puisse être complètement couvert si l'on n'examine pas les effets de l'exercice de cette protection. Le Rapporteur spécial pourrait peut-être aborder cet aspect du sujet dans ses prochains rapports.

34. S'agissant des articles 12 et 13, M. Pellet souscrit aux observations de M. Brownlie et de M. Gaja presque sans réserve. Comme il a déjà eu l'occasion de le dire, il ne comprend pas la fascination qu'exerce sur le Rapporteur spécial la question de savoir si les règles de la protection diplomatique sont des règles de fond ou des règles de procédure. On peut comprendre pourquoi Roberto Ago s'y est intéressé dans le cadre du sujet initial de la responsabilité de l'État : pour lui, il s'agissait de savoir à quel moment un fait internationalement illicite est commis. Il est toutefois manifeste qu'Ago avait un parti pris en raison des positions qu'il avait prises dans l'affaire des *Phosphates du Maroc*, et il faut dire que ces positions ne sont pas tenables. Quoi qu'il en soit, il était légitime de poser la question en ces termes. Par contre, lorsque l'on envisage cette question purement dans le contexte de la protection diplomatique, elle semble perdre sa pertinence; et M. Pellet pense avec Schwarzenberger que la question est purement théorique[14]. Le postulat est qu'un fait internationalement illicite a été commis; la seule question qu'il faille examiner est ainsi de savoir à quelles conditions, et peut-être selon quelles procédures, réparation peut être demandée lorsqu'un individu est lésé; car, en l'absence de fait internationalement illicite, la protection diplomatique n'a pas à être exercée.

35. Vue sous cet angle, la question est simple : la protection diplomatique est une procédure permettant de mettre en œuvre la responsabilité internationale de l'État; l'épuisement des recours internes est une condition de l'application de cette procédure; et il importe peu qu'il s'agisse d'une règle de fond ou d'une règle de procédure. Cette position est illustrée non seulement par le projet d'article 10 proposé par le Rapporteur spécial à la session précédente[15], mais aussi par l'excellente formulation adoptée en 1929 par le Comité préparatoire de la Conférence pour la codification du droit international, tenue à La Haye en 1930[16], citée au paragraphe 37 du deuxième rapport. C'est aussi la position adoptée à l'alinéa *b* de l'article 44 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite adopté à la session précédente. D'autre part, M. Pellet ne voit pas l'intérêt, dans le projet d'articles présenté à l'Association de droit international[17] et cité au paragraphe 43 du deuxième rapport, de qualifier de « procédurale » le mot « condition ».

36. C'est pourquoi, à son grand regret, M. Pellet ne voit pas l'intérêt des projets d'articles 12 et 13. Le projet d'article 10, clairement, et le projet d'article 11, de façon plus confuse, disent ce qui est reconnu par tous et a été clairement énoncé en 1929, à savoir que « [l]a 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 »[18]. C'est bien dit, et cela suffit. Encore une fois, par hypothèse, un fait internationalement illicite doit avoir été commis avant que la question de la protection diplomatique ne se pose. Si un État peut en réparer les conséquences dans son ordre interne, cette possibilité doit lui être donnée. C'est la raison d'être même de la règle de l'épuisement des recours internes. Si les observations de M. Brownlie sont factuellement et historiquement correctes, l'État n'en doit pas moins se voir d'abord accorder la possibilité de faire amende honorable. Si la responsabilité naît du fait que des recours ne sont pas ouverts, il va de soi qu'ils n'ont pas à être épuisés et le cas relève de l'article 14. Mais dans un cas comme dans l'autre, les articles 12 et 13 ne servent à rien.

---

[14] G. Schwarzenberger, *International Law*, 3e éd., Londres, Stevens, 1957, vol. I, p. 611.

[15] *Annuaire... 2001*, vol. II (2e partie), chap. VII, p. 213.

[16] Voir Société des Nations, Conférence pour la codification du droit international, *Bases de discussion établies par le Comité préparatoire à l'intention de la Conférence* (doc. C.75.M.69.1929.V), p. 16; reproduit dans *Annuaire… 1956*, vol. II, doc. A/CN.4/96, annexe 2, base de discussion no 27, p. 225.

[17] Voir *supra* note 9.

[18] Texte des articles adoptés en première lecture par la Troisième Commission de la Conférence pour la codification du droit international (La Haye, 1930), doc. C.351(c).M.145(c).1930.V; reproduit dans *Annuaire… 1956*, vol. II, doc. A/CN.4/96, annexe 3, article IV, p. 226.

37. Ceci ne veut pas dire que M. Pellet soit en désaccord, sur le fond, avec les développements du Rapporteur spécial. Comme celui-ci, il est favorable à une « troisième voie », et entend le montrer à l'aide d'exemples différents de ceux cités par le Rapporteur spécial, en particulier parce qu'il n'a pas été convaincu par l'exemple de l'apartheid, qui lui semble sans pertinence. On voit mal, dans le cas de l'apartheid, quel État aurait pu exercer sa protection diplomatique au bénéfice des victimes. On peut citer deux meilleurs exemples pour montrer que les articles 12 et 13 ne sont pas nécessaires.

38. Dans le premier exemple, l'État A nationalise les biens d'un national de l'État B sans lui accorder d'indemnisation, un acte qui viole manifestement une règle du droit international positif contemporain. Au regard des articles 1 et 2 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État, il est clair que la responsabilité de l'État A est engagée; mais il peut réparer les conséquences préjudiciables, et l'État B ne peut exercer sa protection diplomatique tant que les recours internes n'ont pas été épuisés. C'est ce que dit l'article 10, et donc les articles 12 et 13 ne sont pas nécessaires.

39. Dans le second exemple, un national de l'État D conteste devant les tribunaux de l'État C le montant d'un impôt auquel lui-même et les nationaux de l'État C sont assujettis. Dans un tel cas, aucune règle du droit international n'a été violée. Toutefois, tous les tribunaux de l'État C, y compris sa cour suprême, rejettent la demande du national de l'État D au motif que les étrangers imposables n'ont aucun droit de recours. Ceci constituerait une discrimination illicite, et ce serait la décision définitive de la cour suprême qui engagerait la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. Or le problème de l'épuisement des recours internes ne se poserait pas, les recours internes étant soit impossibles, soit voués à l'échec. Ainsi, la règle énoncée à l'article 14 s'appliquerait et, une fois encore, ni l'article 12 ni l'article 13 ne seront d'une quelconque utilité. En fait, il n'existe pas de situation dans laquelle ils seraient utiles. L'article 10 couvre le premier cas, l'article 14 le second; et il n'y a pas de situation intermédiaire.

40. Le libellé de l'article 12 est en outre contestable. M. Pellet rappelle qu'il a déjà manifesté son opposition à l'utilisation de l'expression « de procédure ». Mais il y a plus grave : comment une violation du droit interne pourrait-elle en elle-même constituer un fait internationalement illicite ? Ceci semble être en contradiction tant avec l'esprit qu'avec la lettre du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et, en particulier, avec l'article 3 dudit projet.

41. Quoi qu'il en soit, les réserves de M. Pellet en ce qui concerne les articles 12 et 13 concernent non leur libellé, qui peut être modifié, mais leur fonction. Il estime qu'ils n'en ont aucune. C'est pourquoi, à son grand regret, comme M. Gaja et M. Brownlie, il ne peut appuyer la proposition du Rapporteur spécial de renvoyer les articles 12 et 13 au Comité de rédaction, et ceci d'autant plus que certains passages du deuxième rapport les concernant pourraient assurément être repris dans le commentaire des articles 10, 11 et 14.

42. M. SIMMA demande des éclaircissements à M. Pellet au sujet de son observation selon laquelle il conviendrait d'étudier davantage les effets de la protection diplomatique.

43. M. PELLET dit qu'il faudrait peut-être réfléchir davantage à la question de savoir à partir de quel moment on doit considérer qu'un État exerce sa protection diplomatique. Le fait qu'un État exerce sa protection diplomatique pour le compte d'une personne qui a la double nationalité empêche-t-il l'autre État dont l'intéressé est un national d'exercer sa protection diplomatique ? Si des recours internationaux directs sont ouverts à une personne physique ou morale, l'exercice de la protection diplomatique, en supposant qu'il soit possible, empêche-t-il l'intéressé de se prévaloir des voies d'accès directes au droit international ? Ou, à l'inverse, la saisine d'un organe international empêche-t-elle l'État d'exercer sa protection diplomatique ?

44. LE PRÉSIDENT dit que M. Simma et M. Pellet semblent être en désaccord sur les aspects formels du commencement du processus de la protection diplomatique. Existe-t-il une ligne dont le franchissement a des conséquences automatiques, ou des zones grises dans lesquelles deux pays peuvent tous deux exercer ce qui se révèlera finalement être la protection diplomatique ?

45. M. PELLET déclare qu'il n'y a pas vraiment de désaccord, et que le Président a raison lorsqu'il dit que le problème consiste à déterminer le moment à partir duquel un État exerce sa protection diplomatique, et qu'il existe probablement des zones grises. Il faut ensuite déterminer ce qui se passe lorsqu'un État exerce sa protection diplomatique : cela a-t-il un autre effet que celui de déclencher les mécanismes de réparation ? Cela empêche-t-il, par exemple, de prendre certaines mesures au niveau international ? Là encore, une fois que le moment est déterminé, la question est-elle réglée ? Pour M. Pellet, la réponse est négative, et c'est sur ce point qu'il souhaiterait convaincre le Rapporteur spécial.

46. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA dit que les observations de M. Pellet sur les effets de la protection diplomatique soulèvent la question de savoir si le droit de l'État d'exercer sa protection diplomatique est discrétionnaire. L'État peut-il seul déterminer le moment à partir duquel l'action internationale peut commencer, ou est-ce que le droit peut le faire ? Les observations de M. Pellet répondent également aux préoccupations exprimées par M. Simma, qui se demandait comment fonctionnait le mécanisme une fois que la notification usuelle avait été faite. Qui y était associé et qui en était écarté ?

47. M. OPERTTI BADAN dit qu'il faudrait se demander si le principe général de prévention qui fait partie du droit procédural s'applique lorsqu'un individu a plusieurs nationalités, par conséquent plusieurs sources de protection, et qu'un État exerce sa protection diplomatique. Assurément, ce principe, qui régit les comportements en droit interne et selon lequel l'institution initialement saisie d'une question la suit jusqu'au bout, s'applique également au droit international.

48. M. PELLET dit que son idée peut être illustrée par l'exemple suivant : une personne ayant la double natio-

nalité uruguayenne et française subit un préjudice au Gabon. L'Uruguay est plus rapide que la France et exerce sa protection diplomatique. Cela empêche-t-il la France d'exercer sa protection diplomatique ?

49. M. BROWNLIE dit que la question des modalités de la protection peut faire l'objet d'un débat très nourri, mais qu'elle devrait peut-être être examinée dans le cadre du programme de travail à long terme de la Commission. Le sujet dont est saisi le Rapporteur spécial est déjà assez complexe et il n'est peut-être pas judicieux d'aggraver cette complexité. Quant au principe de prévention, il est fréquent que des États exercent ce qu'on pourrait appeler la protection diplomatique par anticipation : ils informent d'autres gouvernements que, si une certaine situation se produit, ils pourront se trouver contraints d'exercer leur protection diplomatique au profit de leurs nationaux dont les intérêts semblent être menacés par l'État de résidence.

50. M. SIMMA, se référant au paragraphe 7 du troisième rapport, dans lequel le Rapporteur spécial énumère les questions qui, selon lui, ne doivent pas être traitées dans le projet d'articles, dit qu'il n'est pas d'accord avec le Rapporteur spécial. La première de ces questions est celle de la protection diplomatique de leurs fonctionnaires par les organisations internationales. Il pense avec M. Gaja qu'il s'agit d'un sujet distinct mais qui a des liens avec la protection diplomatique, comme l'a montré la CIJ dans son avis consultatif en l'affaire Bernadotte (*Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*). La relation entre la protection fonctionnelle et la protection diplomatique devrait être étudiée très soigneusement et il faudrait probablement mentionner la première dans le projet d'articles.

51. La démarche adoptée par le Rapporteur spécial semble être une démarche décidément généraliste et traditionaliste, la protection diplomatique purifiée de tout ce qui est nouveau, et M. Simma n'est pas convaincu qu'elle soit la bonne. Par exemple, le Rapporteur spécial s'oppose à toute mention dans le projet d'articles du droit de l'État de nationalité d'un navire ou d'un aéronef de formuler une réclamation au nom de l'équipage. M. Gaja a déjà appelé l'attention sur l'*Affaire du navire « Saiga »* jugée par le Tribunal international du droit de la mer. On peut aussi citer l'alinéa *c* de l'article 14, aux termes duquel les recours internes n'ont pas à être épuisés lorsqu'il n'y a pas de lien volontaire entre l'individu lésé et l'État défendeur. Le projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses que la Commission a adopté à sa cinquante-troisième session[19] contient une disposition sur l'égalité d'accès. Pour M. Simma, cela signifie qu'une personne qui n'avait aucun lien volontaire avec l'Ukraine mais a été touchée par un incident comme celui de Tchernobyl pourrait bénéficier des recours internes de l'Ukraine si ce pays les ouvrait aux nationaux des pays affectés par la pollution transfrontière ayant découlé de l'accident. Il s'agit d'un problème très actuel, qui risque de se poser de plus en plus souvent à l'avenir, notamment en ce qui concerne le terrorisme bénéficiant d'un appui international, et pourtant il n'est pas abordé dans le rapport.

[19] *Annuaire... 2001*, vol. II (2e partie), chap.V, par. 97, p. 156.

52. La troisième question que le Rapporteur spécial voudrait exclure, à savoir l'exercice par un État de sa protection diplomatique au profit d'un national d'un autre État qui lui a délégué cet exercice, doit à l'évidence être envisagée dans le projet. Pour M. Simma, il est difficile d'imaginer un autre problème qui corresponde aussi directement à ce que la Commission devrait s'efforcer de faire dans le cadre de ses travaux sur la protection diplomatique. Quant à la quatrième question, le cas où un État ou une organisation internationale administre ou contrôle un territoire, il pense avec MM. Pellet et Gaja qu'il faut distinguer entre le cas où c'est une organisation internationale qui administre un territoire, une situation plus proche de la protection fonctionnelle et qui devrait donc être laissée de côté pour le moment, et le cas où c'est un État qui administre un territoire autre que le sien et dans lequel des questions de protection diplomatique peuvent se poser qui devraient être étudiées plus avant.

53. M. CANDIOTI dit que la Commission a retenu pour l'étude du sujet une approche générale axée sur les règles de la nationalité et de l'épuisement des recours internes, mais qu'il lui semble se souvenir qu'au départ la doctrine des « mains propres » avait été mentionnée. Faut-il ou non en parler dans le projet d'articles pour déterminer jusqu'où la Commission entend aller dans son travail de codification ?

54. M. TOMKA, se référant à l'exemple de l'incident de Tchernobyl donné par M. Simma, dit qu'en matière de protection diplomatique on postule qu'il y a eu violation du droit international. Dans le cas de l'incident de Tchernobyl, par contre, ce sont des activités licites qui ont causé les dommages. M. Simma a aussi évoqué le projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières, mais celui-ci traite d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international et vise à gérer le risque que comportent de telles activités.

55. M. PELLET dit qu'il lui semble que M. Simma a évoqué l'incident de Tchernobyl dans un contexte plus théorique, se demandant si le fait pour l'Ukraine de ne pas ouvrir de recours interne aux étrangers constituait une violation du droit international. L'affaire de Tchernobyl est une affaire contemporaine assez complexe et l'on ne peut exclure que l'Ukraine ait violé son obligation de prévention.

56. M. SIMMA indique qu'il a voulu dire que des domaines voisins du droit international pouvaient intéresser l'étude de la protection diplomatique. En cas de pollution transfrontière, par exemple, si des recours sont ouverts à la population locale mais non aux étrangers, le problème relève de la protection diplomatique, et spécialement de l'alinéa *c* de l'article 14. Si des recours internes sont ouverts aux étrangers, si ceux-ci ne les exercent pas et si l'État de leur nationalité exerce sa protection diplomatique à leur profit, l'État d'accueil pourrait se plaindre de ce qu'ayant ouvert tous les recours internes nécessaires, nul n'a daigné saisir ses tribunaux.

57. M. DUGARD (Rapporteur spécial), répondant à titre préliminaire aux observations faites jusqu'alors et espérant nourrir le débat, remercie M. Gaja d'avoir qualifié son rapport de novateur. D'autre part, M. Simma semble penser qu'il défend une position extrêmement traditiona-

liste et orthodoxe. Les questions dont il souhaite qu'elles ne soient pas traitées dans le projet d'articles peuvent, comme l'a suggéré M. Gaja, être mentionnées dans le commentaire, et il est totalement favorable à cette solution.

58. Les membres de la Commission se souviendront que la question de la délégation du droit d'exercer la protection diplomatique visée à l'alinéa *c* de l'article 16 figurant dans son troisième rapport est en partie traitée dans le cadre de la continuité de la nationalité, et selon une opinion elle devrait être traitée plus exhaustivement à l'article 9. Le Rapporteur spécial partage cette opinion, et c'est pourquoi il préférerait ne pas avoir à la traiter de manière plus exhaustive dans le cadre de l'article 14. La doctrine des « mains propres » sera envisagée à l'article 5 ou, éventuellement, dans le commentaire de cet article : il conviendra d'indiquer qu'un État ne peut formuler une réclamation que si son national est de bonne foi.

59. M. Pellet s'est déclaré surpris que l'on reparle du déni de justice. Pour le Rapporteur spécial, toutes les questions qui relèvent directement de la protection diplomatique, en particulier prise dans son acception classique, doivent être prises en considération. Au stade actuel, le Rapporteur spécial n'est pas favorable à l'élaboration d'un article sur le déni de justice pour les raisons avancées notamment par M. Pellet. Pourtant, le déni de justice et la clause Calvo occupent une place éminente dans l'évolution de la protection diplomatique, en particulier en Amérique latine, et plusieurs membres de la Commission originaires de cette région ont à plusieurs reprises soulevé cette question. La Commission doit décider si elle souhaite traiter le sujet ou non, et c'est pourquoi le Rapporteur spécial l'a évoqué.

60. Quant à savoir si la règle des recours internes est une condition de fond ou une condition de procédure, le Rapporteur spécial n'est pas particulièrement attaché à cette distinction, contrairement à ce qu'a suggéré M. Brownlie, bien qu'il la trouve intéressante, et il pense avec ce dernier qu'elle ne saurait servir de cadre général à l'étude de la protection diplomatique. Toutefois, comme M. Brownlie l'a lui-même souligné, on ne peut totalement éluder la question de l'épuisement des recours internes, et cela pour diverses raisons : elle occupe une place centrale dans la première partie du projet d'articles de Roberto Ago sur la responsabilité des États adopté provisoirement en première lecture par la Commission à sa trente-deuxième session[20], et en particulier l'article 22 de ce projet, et dans tout ce qui a été écrit sur la règle de l'épuisement des recours internes. Elle a des implications pratiques. Dans l'affaire des *Phosphates du Maroc*, la Cour s'est souciée du moment où le fait internationalement illicite s'était produit. Le problème s'est aussi posé en matière de nationalité des réclamations, parce que l'étranger lésé doit être un national de l'État en question au moment où le préjudice est causé. À quel moment le préjudice est-il causé, lorsque l'acte est commis ou lorsque les recours internes sont épuisés ? La renonciation présente des difficultés, et M. Gaja a formulé un argument qui mérite assurément qu'on l'examine.

61. Le Rapporteur spécial dit qu'il est prêt à admettre que les articles 12 et 13 ne sont pas bien rédigés, mais la Commission ne peut passer sous silence la question de l'épuisement des recours internes. Elle doit décider à quel moment naît la responsabilité internationale dans ce contexte. Il engage vivement les membres à faire des observations sur le sujet au cours du débat.

62. M. BROWNLIE dit que le Rapporteur spécial n'a pas écouté ses critiques avec suffisamment d'attention. Ce qu'il a dit au sujet de la distinction entre condition de fond et condition de procédure n'est pas qu'elle n'était jamais nécessaire, mais qu'elle ne pouvait servir de fondement à l'examen de la protection diplomatique. Le Rapporteur spécial n'a mentionné aucune des questions de principe qu'il avait soulevées et les trois positions théoriques qu'il a évoquées, et qui constituaient la substance de sa déclaration.

63. M. DUGARD (Rapporteur spécial) rappelle qu'il a indiqué qu'il ne réagissait qu'à titre préliminaire au débat qui avait eu lieu jusqu'alors, afin de faciliter la poursuite de celui-ci. Il n'a pas essayé de répondre à tous les arguments importants avancés, mais il ne manquera pas de le faire par la suite.

Organisation des travaux de la session *(suite)*

[Point 2 de l'ordre du jour]

64. M. YAMADA (Président du Comité de rédaction) annonce que, compte tenu des souhaits des membres et de la nécessité d'une représentation équitable des régions et des langues, il a été décidé que le Comité de rédaction serait, pour le sujet de la protection diplomatique, composé comme suit : M. Brownlie, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Daoudi, M. Gaja, M. Galicki, M. Momtaz, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Simma, Mme Xue, M. Dugard (Rapporteur spécial) et M. Kuznetsov (Rapporteur, membre de droit). Les membres de la Commission qui ne sont pas membres du Comité de rédaction pourront assister aux réunions du Comité à condition qu'ils fassent preuve de retenue dans leurs interventions.

La séance est levée à 13 heures.

2713e SÉANCE

Mercredi 1er mai 2002, à 10 heures

Président : M. Robert ROSENSTOCK

Présents : M. Addo, M. Al-Marri, M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Candioti, M. Chee, M. Comis-

[20] *Annuaire... 1980*, vol. II (2e partie), p. 8.