

Document:-
A/CN.4/SR.2688

Compte rendu analytique de la 2688e séance

sujet:
Protection diplomatique

Extrait de l'Annuaire de la Commission du droit international:-
2001, vol. I

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

les temps limités dont il dispose. Il propose donc que le Rapporteur spécial présente à la session suivante une nouvelle version de l'article 9 compte tenu de toutes les idées exprimées durant le débat.

73. M. DUGARD (Rapporteur spécial) dit qu'il souscrit pleinement à la proposition de M. Economides.

74. M. SIMMA dit que le Comité de rédaction pourrait utilement employer le bref laps de temps dont il dispose pour examiner les projets d'articles qui lui ont été renvoyés à la session précédente.

75. M. PELLET dit qu'apparemment il n'est pas le seul à penser que les notions de cessation de réclamations et de nationalité des réclamations sont des notions de *common law* qui n'ont rien à voir avec le droit international. Il espère que le Rapporteur spécial prendra note de sa préoccupation et y apportera une réponse.

76. Le PRÉSIDENT dit qu'en l'absence d'objection il considérera que la Commission souhaite demander au Rapporteur spécial de reformuler le projet d'article 9.

Il en est ainsi décidé.

La séance est levée à 13 h 5.

2688^e SÉANCE

Jeudi 12 juillet 2001, à 10 heures

Président : M. Peter KABATSI

Présents : M. Addo, M. Brownlie, M. Candioti, M. Crawford, M. Dugard, M. Economides, M. Elaraby, M. Gaja, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Herdocia Sacasa, M. Kateka, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Melescanu, M. Momtaz, M. Opertti Badan, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Rodriguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Sepúlveda.

Protection diplomatique¹ (suite) [A/CN.4/506 et Add.1², A/CN.4/513, sect. B, A/CN.4/514³]

[Point 3 de l'ordre du jour]

PREMIER ET DEUXIÈME RAPPORTS DU RAPPORTEUR SPÉCIAL
(suite)

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, 2617^e séance, par. 1, p. 38.

² Voir *Annuaire... 2000*, vol. II (1^{re} partie).

³ Reproduit dans *Annuaire... 2001*, vol. II (1^{re} partie).

1. Le PRÉSIDENT invite le Rapporteur spécial à préciser le traitement qu'il souhaite voir réserver au projet d'article 9 qui figure dans le chapitre III de son premier rapport (A/CN.4/506 et Add.1).

2. M. DUGARD (Rapporteur spécial) dit que, comme suite à une suggestion de M. Economides à la séance précédente, il avait indiqué qu'il établirait un nouveau projet qu'il présenterait à la Commission. Ce qu'il voulait dire était qu'il établirait par écrit une proposition à l'intention du Comité de rédaction qui se réunirait à la session suivante. Il pense que le débat sur ce projet d'article a été épuisé en séances plénières et qu'il ne servirait à rien de le reprendre. Au stade actuel, il souhaite simplement que le projet d'article 9 soit renvoyé au Comité de rédaction, après toutefois qu'une discussion officieuse aura été tenue afin de lui permettre de préciser ses vues sur la question.

3. Le PRÉSIDENT ne voit pas d'inconvénient à ce que des consultations officieuses ouvertes à tous les membres de la Commission se tiennent la semaine suivante sur ce projet d'article particulier. En attendant, s'il n'entend pas d'objection, il considérera que la Commission souhaite renvoyer le projet d'article 9 au Comité de rédaction.

Il en est ainsi décidé.

4. M. DUGARD (Rapporteur spécial), présentant la première partie de son deuxième rapport sur la protection diplomatique (A/CN.4/514), concernant les projets d'articles 10 et 11, dit que l'épuisement des recours internes est une règle bien établie du droit international coutumier, qui a été réaffirmée à maintes reprises par la CIJ, notamment dans les affaires *Interhandel* et *ELSI*. Il est généralement admis que l'État dans lequel un étranger subit un dommage doit se voir donner la possibilité de réparer ce dommage avant que l'affaire ne soit portée devant une juridiction internationale. Cette règle est fondée sur le respect que l'on doit à la souveraineté de l'État d'accueil et à ses organes judiciaires. Les membres de la Commission se souviendront qu'à l'origine un article sur la règle de l'épuisement des recours internes figurait dans le projet d'articles sur la responsabilité des États adopté en première lecture (art. 22)⁴. La Commission a toutefois décidé de ne pas le retenir dans le projet d'articles actuel sur la responsabilité des États pour en traiter dans le cadre du projet d'articles sur la protection diplomatique. Pourtant, dans ses commentaires sur le projet d'article 22 figurant dans son deuxième rapport⁵, le Rapporteur spécial sur la responsabilité des États avait émis de fortes critiques sur le projet d'article 22 proposé à l'origine par Ago dans son sixième rapport⁶. Comme il l'indique dans ses propres propositions, le Rapporteur spécial juge lui aussi qu'il est difficile d'accepter cette ancienne disposition.

5. Le projet d'article 10 qu'il propose a essentiellement un caractère introductif, et vise à poser le décor dans lequel s'inscriront les autres articles sur l'épuisement des recours internes. Le paragraphe 1 énonce clairement

⁴ Voir 2665^e séance, note 5.

⁵ *Annuaire... 1999*, vol. II (1^{re} partie), A/CN.4/498 et Add.1 à 4.

⁶ Voir *Annuaire... 1977*, vol. II (1^{re} partie), A/CN.4/302 et Add.1 à 3, par. 113, p. 47.

qu'il existe une règle généralement admise en matière d'épuisement des recours internes et qu'elle s'applique tant aux personnes physiques qu'aux personnes morales. Elle ne s'applique cependant pas aux diplomates ou aux entreprises publiques qui accomplissent des *acta jure imperii* puisque leur causer un préjudice reviendrait à causer directement un préjudice à l'État, auquel la règle de l'épuisement des recours internes n'est pas applicable.

6. Le projet d'article 10 et les autres projets d'articles formulés jusqu'à présent entrent dans la catégorie des règles secondaires. Toutefois, aux paragraphes 7 à 10 de son deuxième rapport, le Rapporteur spécial marque bien qu'il n'est peut-être pas possible de maintenir une distinction entre les règles secondaires et les règles primaires dans l'ensemble du projet d'articles. Cette distinction justifiée dans le cadre de la responsabilité des États n'aurait pas le même objet en ce qui concerne la protection diplomatique, et plus particulièrement la règle de l'épuisement des recours internes. La raison en est que la notion de déni de justice occupe une place prééminente dans la plupart des tentatives de codification de cette règle. À un stade ultérieur, probablement au cours du quinquennat suivant, le Rapporteur spécial demandera à la Commission de le guider sur la question de savoir s'il doit inclure dans son projet une disposition sur le déni de justice ou non. Au stade actuel, il souhaite simplement lui faire savoir qu'il juge très difficile d'admettre une distinction entre les règles primaires et les règles secondaires aux fins de l'épuisement des recours internes, surtout si l'on considère que la distinction entre ces deux types de règles n'est pas claire. Rien n'empêche donc la Commission d'examiner certaines règles primaires dans le contexte de l'épuisement des recours internes, notamment en ce qui concerne le déni de justice. À la cinquante-deuxième session, M. Sepúlveda a vigoureusement plaidé en faveur de l'établissement d'une étude du déni de justice⁷. Le Rapporteur spécial, comme la plupart des membres de la Commission, pensait alors qu'il s'agissait d'une règle primaire qui ne devrait pas être examinée. Après réflexion toutefois, il est parvenu à la conclusion que la Commission devrait réexaminer la question – non pas à la session en cours mais peut-être à un stade ultérieur.

7. Au paragraphe 2 du projet d'article 10, le Rapporteur spécial tente de définir les recours internes et de déterminer quels sont les recours qui doivent être épuisés. Il est tout à fait clair que tous les recours juridiques doivent être épuisés avant qu'une réclamation internationale ne puisse être introduite. La définition de l'expression « recours juridique » fait toutefois difficulté. À l'évidence, cette notion comprend les recours judiciaires ainsi que les recours administratifs ouverts en droit mais pas les recours administratifs qui ont un caractère discrétionnaire ou gracieux. La sentence rendue dans la célèbre affaire *Ambatielos* soulève quelques difficultés à cet égard. Dans cette affaire, le plaignant n'avait pas cité un témoin crucial devant les tribunaux britanniques et, de ce fait, n'avait pas obtenu gain de cause. En considérant qu'il n'avait pas épuisé tous les recours internes, le tribunal avait estimé qu'il incombait à l'étranger concerné d'user de toutes les procédures que le droit interne mettait à sa disposition devant les juridictions nationales. On ne sait pas exactement ce que cela signifie et il est très difficile

de tirer un principe clair de la décision rendue dans cette affaire. Elle constitue cependant une mise en garde pour le plaignant, qui doit savoir que s'il ne présente pas sa cause de façon appropriée devant les juridictions internes, soit parce qu'il a manqué de préparation, soit parce qu'il a été mal conseillé, il ne peut espérer faire réexaminer son cas au niveau international. Un autre principe qui semble généralement accepté est que l'étranger doit avoir présenté devant les juridictions internes tous les arguments qu'il a l'intention de faire valoir au plan international. Cette règle n'est pas incorporée dans le paragraphe 2 du projet d'article 10, mais le Rapporteur spécial en traite dans ses commentaires, ainsi qu'il convient. Le paragraphe 2 indique clairement que les recours internes doivent être disponibles, en théorie comme en pratique. La question de savoir si ces recours sont disponibles est cependant une question de fait qui doit être décidée dans chaque cas particulier.

8. Le projet d'article 11 traite de la distinction entre réclamations directes et réclamations indirectes aux fins de la règle de l'épuisement des recours internes. Fondamentalement, le problème est celui de l'application de la règle lorsque le dommage est subi à la fois par le national de l'État et l'État lui-même. Il est nécessaire d'inclure une règle à ce sujet dans le présent projet d'articles afin d'indiquer tout à fait clairement les cas de figure qui entrent pleinement dans le champ d'application du projet. C'est d'ailleurs la suggestion qui avait été faite par le Rapporteur spécial sur la responsabilité des États dans son deuxième rapport. Le principe fondamental est que la règle de l'épuisement des recours internes ne s'applique que lorsqu'il y a eu un dommage subi par un national d'un État, en d'autres termes lorsque l'État est lésé par l'intermédiaire d'un de ses nationaux, c'est-à-dire indirectement. La règle ne s'applique pas en cas de dommage direct à l'État lui-même. La difficulté vient de ce que, dans de nombreux cas, ou pourra considérer que des éléments de dommage à la fois direct et indirect sont présents. Le Rapporteur spécial en cite plusieurs exemples au paragraphe 19 du rapport à l'examen.

9. Mais la question qui se pose dans des affaires de ce genre est de savoir selon quels critères décider que la règle de l'épuisement des recours internes s'applique ou non et comment faire la distinction entre dommage direct et dommage indirect. Le projet d'article 11 propose deux critères extrêmement proches l'un de l'autre, le critère de la prépondérance et celui de la condition *sine qua non*. On doit se demander si le dommage est causé de manière prépondérante au national de l'État auteur de la réclamation, auquel cas il s'agit d'un dommage indirect et la règle de l'épuisement des recours internes s'applique. On peut aussi appliquer le critère de la condition *sine qua non* et se demander si la réclamation aurait été introduite si le national de l'État auteur de la réclamation n'avait pas subi de dommage. D'autres critères ont été proposés, par exemple celui de l'objet du litige, selon lequel si l'individu lésé est un citoyen ordinaire, la réclamation doit être considérée comme indirecte et si l'individu lésé est un agent diplomatique ou consulaire, elle doit être considérée comme directe. Selon le critère de la nature de la réclamation, on se préoccuperait de savoir si la réclamation est d'ordre public ou privé. Selon le critère de la nature de la réparation demandée, si l'État déclare

⁷ Voir *Annuaire... 2000*, vol. I, 2626^e séance, par. 52, p. 124.

pouvoir se contenter d'un simple jugement déclaratif et ne demande pas que le dommage causé à un individu soit réparé, on pourrait conclure que le dommage est direct et non indirect. La difficulté est que, dans de nombreux cas, l'État demande non seulement un jugement déclaratif, mais encore une indemnisation du dommage causé à un individu, et le tribunal a alors à décider quel est le facteur prépondérant. Il convient dans ce cas d'éviter qu'un État puisse demander un jugement déclaratif en sa faveur, qui passerait en force de « chose jugée », dans le simple but d'éviter que ne s'applique la règle de l'épuisement des recours internes. C'est pourquoi l'article 11 fait clairement ressortir que la demande de jugement déclaratif ne saurait exempter un État de se conformer à la règle de l'épuisement des recours internes. Pour le Rapporteur spécial, l'objet du litige, la nature de la réclamation et la nature de la réparation recherchée sont des facteurs dont il pourrait être tenu compte pour décider du caractère essentiellement direct ou essentiellement indirect de la réclamation. Ce ne sont pas des facteurs distincts qui méritent d'être mentionnés dans le projet d'articles. S'il les a évoqués en les plaçant entre crochets, c'est parce qu'il n'a pas d'idée préconçue en la matière. En tout état de cause, il estime qu'il faudrait en parler dans le commentaire.

10. M. LUKASHUK dit qu'avec le projet d'article 10 le Rapporteur spécial a réussi à formuler une disposition précise énonçant le principe général selon lequel les recours internes doivent avoir été épuisés. Cette disposition est suffisamment étayée par ses commentaires. Cela dit, la critique que fait le Rapporteur spécial de la distinction entre règles primaires et règles secondaires, qui a joué son rôle dans la codification du droit de la responsabilité des États, est loin d'être justifiée dans tous les cas. Par contre, c'est à juste titre qu'il souligne que l'épuisement des recours internes est une règle bien établie du droit international coutumier. C'est avec raison également que le projet d'article 10 fait entrer dans la notion de recours juridiques internes les recours ouverts non seulement devant les tribunaux mais aussi devant les autorités administratives. Cette position est généralement acceptée dans la pratique comme dans la doctrine. Il est regrettable toutefois que le Rapporteur spécial l'interprète de façon trop étroite dans ses commentaires en considérant que les recours administratifs et autres qui ne sont pas judiciaires ni quasi judiciaires ne sont pas couverts par la règle de l'épuisement des recours internes (par. 14). On sait que, dans de nombreux systèmes juridiques, il existe un ordre administratif dont la finalité est de donner réparation dans certains domaines. Ces recours administratifs entrent bien dans la catégorie des recours juridiques internes. Il existe donc une certaine contradiction entre le projet d'article 10 et les commentaires du Rapporteur spécial, alors qu'il reconnaît lui-même que la doctrine englobe les recours administratifs dans la notion de recours juridiques internes.

11. La formule « Les diplomates ou les entreprises publiques qui accomplissent des *acta jure imperii* » (par. 6) n'est pas claire. Le Rapporteur spécial ne l'explique pas dans ses commentaires, alors qu'il s'agit d'une disposition d'une importance primordiale. Le renvoi au paragraphe 27 n'apporte aucun éclaircissement. Par ailleurs, on peut regretter que le Rapporteur spécial ne se soit pas

suffisamment appuyé sur la pratique de la Cour européenne des droits de l'homme, qui, bien plus que toute autre juridiction, a eu à se pencher sur le problème de l'épuisement des recours internes. Enfin, on ne sait ce que signifie l'expression « réclamation internationale » employée dans le projet d'article 10. On ne trouve aucune précision dans les commentaires sur le sens de cette expression qui est pourtant d'une importance déterminante pour tout le projet d'articles. Il semble néanmoins que, pour l'essentiel, le projet d'article 10 puisse être renvoyé au Comité de rédaction.

12. Quant au projet d'article 11, il soulève malheureusement d'importantes difficultés. On y retrouve les problèmes liés à la notion de « réclamation internationale », qualifiée ici de « procédure judiciaire ». De quoi s'agit-il ? La protection diplomatique ne revêt pas toujours le caractère d'une procédure judiciaire. Cela montre une fois de plus à quel point il importe de définir d'emblée ce que l'on entend par moyens et méthodes de protection diplomatique.

13. Quant à la thèse selon laquelle la réclamation ne doit pas avoir été engagée en l'absence d'un préjudice causé à un national, on se demande ce qu'elle vaut. En l'absence de préjudice, le problème de la responsabilité ou de la protection diplomatique ne se pose tout simplement pas. Un tel critère n'est donc pas acceptable. Si l'on prend l'hypothèse où, par ses actes, un État A viole les droits d'un citoyen d'un État B, que ce citoyen tient d'un accord commercial entre les deux États, la violation de l'accord engage automatiquement la responsabilité de l'auteur de la violation. Le fait qu'il s'agisse de droits de l'homme n'élimine en rien cette responsabilité. Par conséquent, contrairement à ce qui ressort de l'article 11, l'État lésé est en droit d'exiger immédiatement la cessation de la violation de l'accord. La règle généralement acceptée de l'épuisement préalable des recours internes est décidément inapplicable dans ce cas. L'État lésé a le droit d'exiger la cessation de la violation de l'accord en même temps que l'octroi à son ressortissant lésé de la possibilité d'user des recours internes. L'État du national lésé ne peut entrer dans le détail de l'indemnisation. Il ne peut se substituer à son national dans le règlement du différend juridique. C'est là, selon M. Lukashuk, le sens de la position qu'a prise la CIJ dans l'affaire *Interhandel* sur laquelle s'appuie le Rapporteur spécial mais qu'il n'interprète pas correctement. En fait, le Rapporteur spécial reconnaît la logique de cette position lorsqu'il déclare au paragraphe 29 de son rapport qu'un État peut demander un jugement déclaratif sur l'interprétation d'un traité au sujet du traitement de nationaux sans que les recours internes aient été épuisés, à condition qu'il ne cherche pas à obtenir également l'indemnisation de ses nationaux ou une restitution en leur faveur. C'est là une disposition très précise et très claire qui, selon M. Lukashuk, devrait servir de base. Il est regrettable que le Rapporteur spécial n'y soit pas favorable, ainsi qu'il l'a confirmé dans son exposé introductif. Il convient donc que le projet d'article 11 soit remanié par le Rapporteur spécial.

14. M. GAJA fait observer que la structure du projet d'article 10 n'est pas pleinement satisfaisante. En effet, il faudrait selon lui commencer par définir précisément la règle de l'épuisement des recours internes, puis présenter des dispositions plus détaillées concernant des aspects

particuliers ainsi que les exceptions éventuelles à la règle. La définition élaborée en 1956 par l'Institut de droit international⁸ et reprise à l'article 45 (Recevabilité de la demande) du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite associe l'existence des recours internes et leur efficacité. Non seulement la rédaction adoptée pour l'article 10, qui prévoit que « tous les recours juridiques internes disponibles » doivent avoir été épuisés, est trop large, mais elle n'introduit pas l'idée que ces recours doivent être efficaces.

15. Par ailleurs, et malgré une rédaction quelque peu maladroite, l'article 22 du projet d'articles sur la responsabilité des États adopté par la Commission en première lecture, qui énonçait la règle de l'épuisement des recours internes, comportait un élément intéressant qui ne figure pas dans le projet d'article 10, à savoir la raison d'être des recours internes. En effet, dans certains cas, ceux-ci visent à prévenir un dommage et, dans beaucoup d'autres, uniquement à fournir une réparation. C'est ce deuxième type de recours qui est le plus fréquent. Cependant, les premiers, lorsqu'ils existent, sont bien plus importants, dans la mesure où la prévention est préférable à la réparation.

16. Au paragraphe 16 des commentaires relatifs à l'article 10, il est fait référence à l'*Arbitrage relatif aux navires finlandais* ainsi qu'à la sentence rendue dans l'affaire *Ambatielos*, d'où il ressort en particulier qu'il faut considérer comme fondés les arguments de fait présentés par l'État demandeur. Dans le cas contraire, en effet, il n'y aurait pas lieu à réparation. Dans la première affaire, l'arbitre a indiqué que tout argument pertinent, fondé ou non, avancé par l'État demandeur dans le cadre d'une procédure internationale devait avoir fait l'objet d'une enquête approfondie et donné lieu à un jugement prononcé par la juridiction interne compétente la plus élevée. Pour M. Gaja, cette disposition ne concerne pas uniquement les modalités d'épuisement des recours internes; l'approche adoptée par le tribunal arbitral dans cette affaire est également pertinente pour déterminer si des recours sont disponibles. Il faudrait l'indiquer clairement, si ce n'est dans le corps même de l'article, du moins dans le commentaire.

17. En ce qui concerne l'article 11, M. Gaja approuve globalement la position du Rapporteur spécial, laquelle semble refléter la pratique actuelle. Cependant, la proposition relative à l'emploi de deux critères permettant de déterminer si une réclamation est « directe » ou « indirecte » et, partant, de décider si une réclamation relève ou non de la protection diplomatique ne le convainc pas pleinement. En effet, tel qu'il est actuellement rédigé, l'article 11 semble envisager une application cumulative de ces deux critères. Mais ce qui gêne surtout M. Gaja, c'est que le Rapporteur spécial laisse entendre qu'il faudrait d'abord examiner si la réclamation « repose principalement sur un préjudice causé à un national et si elle aurait été introduite même en l'absence de préjudice » (par. 26). Selon M. Gaja, ce second critère, celui de la condition *sine qua non*, est très subjectif et difficilement applicable. On pourrait s'interroger sur les raisons qui ont

poussé la Suisse et les États-Unis à présenter une réclamation dans l'affaire *Interhandel* et dans l'affaire *ELSI*, respectivement. Dans l'affaire *Interhandel*, on pourrait trouver quelques arguments en faveur du critère subjectif, comme le rappelle le Rapporteur spécial au paragraphe 26. Toutefois, dans ces deux affaires, l'élément déterminant pour la CIJ, et cela devrait apparaître dans le projet d'article, a été celui de savoir s'il s'agissait d'un seul et même différend, et si ce différend concernait un préjudice causé à un national. Si tel est le cas, toute tentative de la part de l'État demandeur pour scinder la réclamation et faire valoir un dommage direct, en vue de contourner la règle de l'épuisement des recours internes, devrait être vouée à l'échec.

18. M. HE note que l'épuisement des recours internes est une règle bien établie du droit international coutumier, confirmée par des traités bilatéraux et multilatéraux, la pratique des États, des décisions de tribunaux internationaux et nationaux, diverses tentatives de codification, et par la doctrine. Comme le Rapporteur spécial, il juge préférable de traiter cette question dans plusieurs articles, plutôt que dans un seul.

19. En ce qui concerne l'article 10, le fait d'avoir ajouté le membre de phrase « épuisé tous les recours juridiques internes disponibles » renforce la clarté du texte. Le mot clef est ici l'adjectif « juridiques ». Les recours juridiques comprennent évidemment les recours judiciaires, ainsi que les recours devant des organes administratifs, mais non les recours extrajudiciaires, tels que les recours gracieux ou ceux dont le but est d'obtenir une faveur et non de faire valoir un droit. Comme l'indique le Rapporteur spécial à la fin du paragraphe 14 de son rapport, les recours administratifs et autres qui ne sont pas judiciaires ni quasi judiciaires ne sont donc pas couverts par la règle de l'épuisement des recours internes. Cette observation est importante, mais il conviendrait de préciser le sens exact du mot « quasi judiciaire ».

20. L'article 11 ne s'applique que dans les cas où l'État demandeur a été « indirectement » lésé en la personne d'un de ses nationaux, et pas s'il a été « directement » lésé par le fait illicite d'un autre État. Pour déterminer si le dommage est direct ou indirect, il faut tenir compte d'un certain nombre de facteurs, tels que la réparation recherchée, la nature de la réclamation et l'objet du litige, qui sont mentionnés entre crochets à la fin de l'article 11. Selon M. He, ces facteurs devraient figurer dans le commentaire plutôt que dans le corps de l'article.

21. Dans la pratique, il est difficile de déterminer si une réclamation est « directe » ou « indirecte » lorsque l'affaire dont il s'agit est « mixte », c'est-à-dire lorsqu'un dommage est causé à la fois à l'État et à un ressortissant de cet État. Dans le cas d'une réclamation « mixte », c'est aux tribunaux qu'il appartiendra de déterminer quel est l'élément prépondérant. Si la réclamation est principalement indirecte, les recours internes doivent être épuisés. Le critère de la condition *sine qua non* est étroitement lié à celui de la prépondérance et l'article 11 retient les deux critères en tant que facteurs déterminants pour l'application du principe de l'épuisement des recours internes.

22. Les articles 10 et 11 portant tous deux sur l'application de ce principe, considéré sous deux angles différents,

⁸ Projet relatif à la « responsabilité internationale des États à raison des dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers », *Annuaire... 1956*, vol. II, A/CN.4/96, annexe 8, p. 228.

M. He propose de les fusionner en un seul article composé de deux paragraphes; le premier traiterait de l'épuisement de tous les recours internes juridiques disponibles, et le second de la réclamation, qui devrait être principalement fondée sur le dommage causé au national.

23. M. SEPÚLVEDA dit que le principe de l'épuisement des recours internes fait partie du droit international coutumier, comme cela est attesté par un grand nombre de décisions judiciaires nationales et internationales et de traités bilatéraux et multilatéraux, par la pratique des États et par la doctrine. Il repose sur un certain nombre d'arguments incontestés, notamment celui avancé par la CIJ dans l'affaire *Interhandel*, à savoir que l'État où le dommage s'est produit doit pouvoir y remédier dans le cadre de son ordre juridique interne. Ce n'est qu'en cas de déni de justice qu'intervient la protection diplomatique ou qu'une réclamation peut être présentée devant une juridiction internationale.

24. M. Sepúlveda partage l'avis du Rapporteur spécial selon lequel il ne faut pas appliquer des critères trop rigides pour classer les règles primaires et les règles secondaires. Roberto Ago, qui avait invoqué ces deux catégories de règles dans le contexte de la responsabilité des États, avait prévu une disposition large en matière d'épuisement des recours internes, sans toutefois s'attacher à définir ces règles. Ces deux catégories de règles étant difficiles à distinguer, il est préférable de se demander si cette distinction est utile dans tous les cas. M. Sepúlveda pense que le maintien de cette distinction, si elle avait pour conséquence de supprimer l'article sur l'épuisement des recours internes, nuirait au traitement de la question dans la mesure où on ne comprendrait pas pourquoi un aspect fondamental de la protection diplomatique en a été exclu. En outre, cette exclusion risquerait d'entraîner celle d'autres aspects essentiels de cette question, en particulier la notion de déni de justice qui est étroitement liée à la règle de l'épuisement des recours internes. Ces deux éléments constituent, conjointement, une base importante de l'étude de la protection diplomatique.

25. Pour terminer, M. Sepúlveda appelle l'attention sur deux erreurs importantes dans la version espagnole du rapport. Tout d'abord, au paragraphe 67, dans le texte du projet d'article 14, il faudrait remplacer les mots *Es necesario agotar* par *No es necesario agotar*, conformément à ce qui est dit dans la version originale anglaise. En outre, au début du paragraphe 1 du projet d'article 10, le mot *acción* devrait être remplacé par le mot *reclamación*.

La séance est levée à 11 h 10.

2689^e SÉANCE

Vendredi 13 juillet 2001, à 10 h 5

Président : M. Peter KABATSI

Présents : M. Addo, M. Brownlie, M. Candioti, M. Dugard, M. Economides, M. Elaraby, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Herdocia Sacasa, M. Kateka, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Melescanu, M. Momtaz, M. Operti Badan, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Sepúlveda, M. Simma, M. Tomka.

Protection diplomatique¹ (suite) [A/CN.4/506 et Add.1², A/CN.4/513, sect. B, A/CN.4/514³]

[Point 3 de l'ordre du jour]

PREMIER ET DEUXIÈME RAPPORTS DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (suite)

1. M. GOCO note que le deuxième rapport sur la protection diplomatique (A/CN.4/514) est une étude approfondie d'une règle bien établie du droit international coutumier, la règle de l'épuisement des recours internes. Si ce principe n'est pas respecté, la réclamation sera rejetée par le tribunal international, car il convient de donner à l'exécutif de l'État la possibilité de corriger ou de réparer son erreur avant de porter l'affaire devant une juridiction internationale. Les articles 10 et 11 consacrent cette règle, et l'article 14 énonce les exceptions. Toutefois, dans le cadre de la protection diplomatique, la règle ne s'applique que lorsque l'État auteur de la réclamation a été lésé indirectement par le préjudice subi par son national. Mais comme il est difficile de distinguer entre préjudice direct et préjudice indirect et qu'il existe même un préjudice « mixte », qui participe du préjudice causé à l'État et de celui causé à son national, il est alarmant que l'on ne puisse conclure sur ce sujet tant que le tribunal ou l'organe arbitral n'a pas abouti à une décision, parce que l'affaire *Ambatielos* a posé un précédent très important, à savoir que c'est l'ensemble du système de protection juridique qui doit avoir été mis à l'épreuve avant qu'on puisse affirmer que tous les recours internes ont été épuisés.

2. Toute une série de critères peuvent être utilisés pour déterminer si une réclamation est directe ou indirecte et M. Goco pense que l'on doit conserver les mots figurant entre crochets à l'article 11, une disposition qui devrait également viser les parties en cause. Peut-être cet ar-

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, 2617^e séance, par. 1, p. 38.

² Voir *Annuaire... 2000*, vol. II (1^{re} partie).

³ Reproduit dans *Annuaire... 2001*, vol. II (1^{re} partie).