Document:-
A/CN.4/SR.2689

Compte rendu analytique de la 2689e 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)

Copyright © Nations Unies

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.

2689e 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. Opertti Badan, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Sepúlveda, M. Simma, M. Tomka.

Protection diplomatique[1] *(suite)* [A/CN.4/506 et Add.1[2], A/CN.4/513, sect. B, A/CN.4/514[3]]

[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, 2617e séance, par. 1, p. 38.

[2] Voir *Annuaire... 2000*, vol. II (1re partie).

[3] Reproduit dans *Annuaire... 2001*, vol. II (1re partie).

ticle devrait-il aussi exiger du tribunal qu'il se prononce sur une éventuelle exception préliminaire invoquant le non-épuisement des recours internes, puisque telle est la procédure qui a été suivie dans l'affaire *Interhandel*.

3. De même, un certain nombre de facteurs doivent être pris en considération pour décider ce que l'on entend par préjudice direct, indirect et mixte. L'ouvrage de M. Brownlie, *Principles of Public International Law*[4], jette quelque lumière sur le rôle de l'épuisement des recours internes dans la protection diplomatique et sur ses conséquences s'agissant d'établir l'existence d'un préjudice direct ou indirect.

4. Les parties sont parfois à bon droit peu enclines à porter une affaire devant les tribunaux internes car, bien que l'indépendance de la magistrature soit garantie dans certains pays, dans d'autres les tribunaux défèrent à l'exécutif et les affaires peuvent n'être pas jugées selon leurs mérites conformément au droit. De fait, M. Goco a personnellement connu d'affaires dans lesquelles le jury n'était peut-être pas impartial. Des accords internationaux qui indiquent la juridiction compétente permettent d'éviter les éventuels différends sur l'épuisement des recours internes.

5. M. Goco est quelque peu préoccupé par la décision rendue dans l'*Arbitrage relatif aux navires finlandais* selon laquelle les recours internes doivent avoir été épuisés alors même que le droit d'appel serait illusoire et ineffectif. Le droit d'appel est un facteur qui mérite d'être examiné lorsqu'on se penche sur tous les aspects de l'épuisement des recours internes.

6. Il ressort de la lecture des projets d'article que le principe de l'épuisement des recours internes ne s'applique qu'en matière civile. S'il ne s'applique pas en matière pénale, c'est semble-t-il parce qu'un tribunal qui juge un national d'un autre État accusé d'une infraction à la législation pénale interne est seul compétent pour connaître de l'affaire. La protection diplomatique a-t-elle sa place en matière pénale ? Après tout, le national mérite la protection de l'État auquel il doit allégeance. Lorsque les États ont tenté d'exercer leur protection diplomatique en matière pénale, ils ont dû le faire en l'absence de toute règle établie, parfois attendre jusqu'à ce que leur national ait été reconnu coupable et emprisonné avant de pouvoir intervenir au plus haut niveau pour obtenir sa libération.

7. Pour M. Goco, les articles 10 et 11 devraient être renvoyés au Comité de rédaction pour des modifications mineures.

8. M. PELLET dit que l'épuisement des recours internes est assurément une règle ou un principe bien fondé du droit international coutumier qui doit être consacré dans les projets d'articles sur la protection diplomatique, car l'épuisement des recours internes, avec le lien de nationalité, constitue l'une des deux conditions traditionnelles incontestées de l'exercice de cette protection.

9. On peut regretter que le rapport ne contienne que quatre projets d'article sur la protection diplomatique alors que le Rapporteur spécial en annonce cinq au paragraphe 4 de son rapport. Il est ainsi difficile de se faire une idée d'ensemble, d'autant plus que l'article 10 renvoie à un article 15 inexistant, dont on peut supposer qu'il portera sur l'efficacité potentielle des recours. De plus, M. Pellet ne voit pas la nécessité de mentionner expressément cet article au paragraphe 1 de l'article 10*. Là encore, pourquoi les personnes morales sont-elles tout d'un coup mentionnées à l'article 10 mais pas dans les dispositions qui précèdent ? L'expression « personne physique ou morale » devrait être supprimée, car il est parfaitement clair que les deux articles s'appliquent aux deux catégories de personnes à moins qu'ils n'en disposent autrement. La même observation vaut pour le paragraphe 2 du même article. Moyennant ces réserves, M. Pellet approuve l'article 10.

10. D'autre part, l'argument théorique concernant la distinction entre règles primaires et règles secondaires qui figure aux paragraphes 7 à 10 du rapport n'est guère utile et ne concerne pas l'article 10. De plus, c'est à tort que le Rapporteur spécial conteste ce qui s'est révélé une distinction utile et sans laquelle la Commission n'aurait jamais achevé l'élaboration du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. Il faut avoir cette distinction à l'esprit sans nécessairement adopter une conception trop rigide de la question dans la poursuite des travaux sur le sujet.

11. Il n'est pas souhaitable d'introduire la notion de déni de justice dans le projet. Comme l'ont déclaré plusieurs membres, la règle de l'épuisement des recours internes présuppose non seulement que ces recours soient disponibles mais aussi qu'ils soient efficaces. Peut-être devrait-on le dire à l'article 10. Il semblerait que le Rapporteur spécial ait l'intention d'énoncer cette condition dans d'autres articles, dont le contenu est décrit dans ses grandes lignes au paragraphe 67 du rapport. S'il y a déni de justice, cela signifie que les recours internes sont inefficaces. Cette inefficacité peut avoir de nombreuses causes, mais les conséquences en sont les mêmes. Soit le principe de l'épuisement des recours internes ne s'applique pas, soit ces recours ont été épuisés. En cas de déni de justice, même si les recours sont inefficaces, la règle s'applique. On voit mal l'intérêt qu'il y aurait à se lancer dans l'étude de la question complexe de savoir ce qui, du point du droit international, constitue un déni de justice en droit interne. L'important est de savoir si les recours internes ont été épuisés, ou si des recours internes raisonnablement efficaces existaient bien. M. Pellet ne voit pas l'intérêt qu'il y a à tenter de codifier la notion de déni de justice en tant que telle. Ce n'est qu'un exemple des situations dans lesquelles les recours sont inefficaces. Il n'est pas certain non plus qu'opérer une distinction entre règles primaires et règles secondaires soit de quelque utilité pour trancher cette question.

12. Quant à la présentation du projet d'article par le Rapporteur spécial, M. Pellet est troublé par l'utilisation du mot « tribunal » dans la première phrase du paragraphe 14 du rapport, puisque le recours en question serait un recours devant une autorité administrative et non un

[4] I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 5e éd., Oxford University Press, 1998.

* Le rapport a été rectifié comme suit : quatrième paragraphe, dernière phrase : remplacer les mots « pas moins de cinq articles » par « plusieurs articles », et projet d'article 10, paragraphe 1 : remplacer « l'article 15 » par « l'article 14 » (A/CN.4/514/Corr.1).

tribunal. La phrase devrait être corrigée parce qu'un recours devant un fonctionnaire ou un médiateur est aussi un recours interne et doit être pris en considération.

13. M. Pellet doute que le principe mentionné au paragraphe 16 du rapport, à savoir que tous les moyens invoqués dans le cadre de la procédure internationale doivent aussi l'avoir été au plan interne, soit aussi établi et bien fondé que l'affirme le Rapporteur spécial. Le but de la règle de l'épuisement des recours internes n'est pas de faire des tribunaux internationaux des cours d'appel des décisions des tribunaux internes. Le texte ignore la différence inhérente existant entre droit interne et droit international. Une décision qui est conforme au droit interne peut très bien être illicite en droit international et vice versa. La déclaration faite par l'arbitre dans l'*Arbitrage relatif aux navires finlandais*, que le Rapporteur spécial a cité, mais en renvoyant à une note de page erronée, est inexacte, parce que ce ne sont pas les arguments mais les conclusions qui doivent être identiques au plan interne et au plan international. Des arguments différents sont naturellement avancés devant les tribunaux internes et devant les tribunaux internationaux. Pour M. Pellet, le raisonnement qui sous-tend l'*Arbitrage relatif aux navires finlandais* est défectueux et ne saurait constituer un précédent valide.

14. Certaines modifications rédactionnelles doivent être apportées à l'article 11. Au paragraphe 31 du rapport, le Rapporteur spécial dit qu'il doute qu'il soit opportun de conserver la phrase figurant entre crochets, mais cette phrase énonce des critères plus qu'elle ne donne des exemples, et comme toute décision sur la question est assez subjective et repose sur une combinaison de facteurs assez complexes, il est parfaitement légitime de la conserver. Les principales critiques de M. Pellet s'adressent davantage à l'explication donnée par le Rapporteur spécial et à la terminologie qu'il emploie qu'au texte du projet d'article lui-même. En plusieurs occasions, on a distingué entre préjudice direct et préjudice indirect et même entre réclamation directe et réclamation indirecte. Pour M. Pellet, cette terminologie est source de confusion et doit être évitée à tout prix. Un préjudice indirect ne découle pas directement d'un fait internationalement illicite, ce dernier n'étant qu'un facteur y contribuant, alors qu'un préjudice direct est le résultat direct d'un tel fait. Mais ce n'est pas ce dont il s'agit ici et il serait préférable d'utiliser un vocabulaire différent. Dans le monde francophone, les théoriciens du droit distinguent entre « dommage médiat » et « dommage immédiat ». Le dommage « immédiat » est celui qui est subi directement par l'État. Le dommage « médiat », ou éloigné, est celui qui est subi par l'État en la personne de ses nationaux. Si ce sont les types de dommage visés dans le projet d'article, la Commission s'accroche malheureusement à la fiction *Mavrommatis* et, si tel est le cas, la terminologie française serait nettement préférable à celle utilisée par le Rapporteur spécial.

15. Le passage de l'arrêt rendu par la CIJ dans l'affaire *Interhandel* cité au paragraphe 26 du rapport montre combien la fiction *Mavrommatis* est artificielle. La déclaration de la Cour selon laquelle « un seul et même intérêt » [p. 29] est la seule cause de la procédure reflète la réalité de manière infiniment plus convaincante, en ce que les affaires de protection diplomatique concernent uniquement l'intérêt de la personne protégée.

16. Enfin, si du point de vue de la théorie du droit M. Pellet n'est pas d'accord avec le Rapporteur spécial, il approuve les projets d'article et propose de les renvoyer au Comité de rédaction.

17. M. HERDOCIA SACASA, décrivant le rapport comme bien équilibré et sans surprise majeure, note qu'il envisage le sujet de manière assez traditionnelle. Les projets d'articles 10 et 11 constituent une bonne base pour le débat. L'épuisement des recours internes est une règle bien établie et un principe important du droit international coutumier.

18. La Convention relative aux droits des étrangers signée à Mexico en 1902[5] dispose que, lorsque des étrangers formulent des réclamations à l'encontre des États, ces réclamations ne doivent pas être présentées par la voie diplomatique sauf s'il y a eu déni de justice manifeste par un tribunal, un retard inhabituel dans la procédure ou une violation évidente de principes du droit international. Ce principe a été exprimé en termes similaires en 1925 dans le projet n° 16 relatif à la protection diplomatique de l'Institut américain de droit international[6]. La septième Conférence internationale des États américains, tenue à Montevideo en 1933, a adopté la même position dans sa résolution relative à la « responsabilité internationale de l'État »[7].

19. On a dit à juste titre durant les débats sur l'article 9 qu'il y avait des différences entre la protection des droits de l'homme et la protection diplomatique, mais il est important d'établir quelles sont ces différences. Dans le cas de la protection des droits de l'homme, l'épuisement des recours internes renvoie au droit international : les nouvelles règles de la Commission interaméricaine des droits de l'homme disposent que la Commission s'assure que les recours internes ont été épuisés conformément aux principes généralement reconnus du droit international. Il y a eu une disposition similaire dans la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme). Dans l'affaire *Velásquez Rodríguez*, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a souligné que le renvoi aux principes du droit international montre notamment que ces principes sont pertinents non seulement s'agissant de déterminer dans quelles situations les recours internes n'ont pas à être épuisés mais aussi parce qu'il s'agit d'éléments nécessaires à la Cour pour analyser les problèmes relatifs à la preuve du non-épuisement des recours internes ou la question de la charge de cette preuve, ou même le sens de l'expression « recours internes ».

20. Des commissions et des tribunaux ont élaboré des principes relatifs à l'efficacité, l'adéquation et la nature des recours internes. Dans son troisième rapport sur la

[5] Reproduite en partie dans *Annuaire... 1956*, vol. II, A/CN.4/96, annexe 5, p. 226; voir aussi *Recueil international des traités du xxe siècle*, textes réunis par le baron Descamps et Louis Renault, Paris, Arthur Rousseau, 1902, p. 96.

[6] Voir 2680e séance, note 6.

[7] Reproduite dans *Annuaire... 1956*, vol. II, A/CN.4/96, annexe 6, p. 227.

responsabilité des États[8], García Amador a demandé ce qui se passerait si les recours internes étaient inefficaces, ou n'existaient pas, ou si leur exercice était assujetti à un trop long délai. L'article 10 ne le dit pas, ne parlant que de l'épuisement de tous les recours internes disponibles. Il y a un écart entre cet article et le projet d'article 45 sur la responsabilité de l'État aux termes duquel la responsabilité d'un État ne peut être invoquée si la réclamation est assujettie à la règle de l'épuisement des recours internes et si des recours internes efficaces et disponibles n'ont pas été épuisés. Les notions de disponibilité et d'efficacité sont d'une importance cruciale et doivent être mentionnées dans le projet d'article. Il est dit, dans le commentaire de l'article 45 du projet sur la responsabilité de l'État, que seules les voies de recours internes qui sont « disponibles et efficaces » doivent être épuisées avant d'invoquer la responsabilité d'un État. En d'autres termes, le mot « tous », qui figure à l'article 10, imposerait une charge excessive à la personne lésée, même si on peut penser que la possibilité qu'une personne lésée soit empêchée d'épuiser les recours internes sera prévue dans un futur projet d'article.

21. La règle de l'épuisement des recours internes est loin d'être un dogme et il peut y avoir des dérogations liées à l'efficacité et à l'opportunité des recours. L'article 22 du projet sur la responsabilité de l'État initialement proposé par Ago[9] visait les recours internes « efficaces ».

22. Dans la version espagnole, le paragraphe 1 de l'article 10 dispose qu'un État ne peut engager une « action » *(acción)* internationale à raison d'un préjudice causé à un national. L'article 45 sur la responsabilité de l'État utilise le mot « réclamation » *(reclamación)*, et M. Herdocia Sacasa se demande ce qu'en pense le Rapporteur spécial. Il estime avec ce dernier qu'il y a un lien étroit entre l'épuisement des recours internes et le déni de justice, et il faut donc se demander s'il ne convient pas de procéder à une analyse souple de la distinction entre règles primaires et règles secondaires.

23. S'agissant de l'article 11, M. Herdocia Sacasa pense avec d'autres membres que la phrase entre crochets, ou à tout le moins les éléments qui y sont mentionnés, devrait être conservée.

24. M. OPERTTI BADAN dit que les recours internes doivent être disponibles et efficaces, et que leur épuisement dans chaque État postule le respect de la souveraineté et de la juridiction de l'État en cause. C'est pourquoi il s'agit de décider quels recours doivent être épuisés. Chaque État réglemente ses recours selon ses propres procédures, qui sont fonction de la famille juridique à laquelle il appartient. Souvent, c'est le droit constitutionnel qui établit les principes en matière de garanties procédurales. Lorsqu'on examine les recours et leur épuisement, il est essentiel de trouver les moyens de distinguer entre les recours qui sont par définition des mécanismes de défense au service de la justice et ceux qui sont des mécanismes visant à contrôler l'activité législative de l'État, ainsi que ses effets et sa portée.

25. À la session précédente, M. Brownlie a déclaré que la protection diplomatique pouvait être exercée si un étranger était en mesure de prévenir le préjudice en question grâce à un acte législatif encore à l'examen. Il s'agit là d'un exemple typique d'un recours qui n'est pas *stricto sensu* disponible et efficace pour l'auteur de la réclamation. Il faut veiller, lorsqu'on parle de l'épuisement des recours internes, à ne pas renvoyer à d'autres mécanismes : les recours doivent être disponibles pour tout citoyen intéressé et pas seulement pour les personnes lésées.

26. Le remède de la cassation, qui est différent selon les systèmes juridiques, est disponible dans certains cas mais il concerne le droit et non les faits. Ce recours porte sur la régularité ou l'irrégularité de la loi appliquée ou de son application, et il ne peut être assimilé à une troisième instance car il n'est pas obligatoire. Le recours doit être disponible afin que la personne concernée puisse décider s'il est opportun de l'utiliser.

27. Un autre élément important à prendre en compte est celui des arguments. Au paragraphe 16 de son rapport, le Rapporteur spécial dit que tous les arguments de fait et de droit doivent avoir été exhaustivement présentés au plan interne. Les arguments qui fondent une réclamation constituent naturellement un tout unitaire et il ne doit pas y avoir d'innovation lorsque l'on soumet cette réclamation à la juridiction internationale. Mais il est clair qu'au plan international il faut compléter les arguments avancés au plan interne lorsque l'on formule une réclamation. Ainsi, la référence à l'identité des arguments doit être nuancée afin de tenir compte de la diversité des juridictions devant lesquelles les réclamations sont portées. Devant les tribunaux internes, par exemple, une réclamation épuisera nécessairement les arguments au plan interne mais non ceux qui peuvent être avancés dans l'exercice de recours internationaux.

28. S'agissant de l'origine du préjudice, les paragraphes 18 et 19 du rapport vont au cœur du problème. M. Opertti Badan pense avec M. Pellet et d'autres qu'il serait préférable et assurément plus clair de parler de dommage « immédiat » et « médiat » plutôt que de dommage « direct » et « indirect ». Quoi qu'il en soit, les termes ne doivent pas renvoyer à l'effet mais au fait qui a donné lieu à la réclamation. À l'évidence, un préjudice qui est « immédiatement » causé par le fait illicite d'un État nécessite l'épuisement des recours internes, et tant que ceux-ci n'ont pas été épuisés la protection diplomatique ne peut être exercée. Telle est l'idée de déni de justice, mais on ne doit pas établir de lien entre l'épuisement des recours internes et le déni de justice parce que ce dernier n'implique pas en lui-même l'épuisement des recours; il peut découler du non-épuisement de ces recours. Il s'agit d'une hypothèse autonome qui ne doit pas, du point de vue conceptuel, être rigidement liée au principe de l'épuisement.

29. La protection diplomatique n'ajoute pas un degré de juridiction aux recours internes, et le fait de l'État ne peut établir un *litis consortio* actif entre le plaideur privé et l'État. C'est l'État qui définit son statut d'auteur de la réclamation, et cela est en rapport avec le caractère discrétionnaire de l'exercice de la protection. Il s'agit en partie de droit politique. Un État peut conclure qu'il est

[8] *Annuaire... 1958*, vol. II, A/CN.4/111, p. 49.
[9] Voir 2688e séance, note 6.

opportun et raisonnable d'exercer sa protection, mais il peut aussi en décider autrement. Il met en balance l'acte et sa portée et l'opportunité d'intervenir. La protection diplomatique doit être clairement distinguée des autres moyens de protection des droits de l'homme, dont les mécanismes n'ont plus un caractère discrétionnaire et dans le cadre desquels c'est la personne qui est investie du droit, et non l'État, l'individu étant le sujet de la réclamation.

30. Enfin, il est tout à fait clair que la protection des personnes morales ouvre un domaine trop large à la protection diplomatique dans le cadre de la mondialisation. Il est impossible de raisonner comme on le faisait il y a quelques années, et la Commission doit bien se garder d'utiliser les termes qui assimileraient la protection diplomatique des personnes morales à celle des personnes physiques. La question est très délicate et le texte, directement ou indirectement, mentionne les personnes morales comme si elles pouvaient être assimilées à des personnes physiques. Il risque ce faisant d'étendre la protection diplomatique d'une manière qui cause des difficultés aux États. Pour M. Opertti Badan, il serait préférable de laisser les références aux personnes morales entre crochets.

31. M. HAFNER, se référant à l'article 10, dit qu'il ne peut approuver certaines des conclusions tirées par le Rapporteur spécial en ce qui concerne le déni de justice. Il faut distinguer clairement entre le déni de justice et la règle de l'épuisement des recours internes du point de vue de l'accès aux recours internes. Dans le cadre des règles primaires, les États ont une obligation d'ouvrir des recours internes, mais l'accès à de tels recours est aussi une obligation procédurale pour l'exercice de la protection diplomatique. L'accès aux recours peut ainsi être l'objet de deux problèmes juridiques différents, d'abord le déni de justice, l'État ayant une obligation, et l'épuisement des recours internes, l'obligation étant à la charge de l'auteur de la réclamation. Il pourrait s'agir d'un problème purement académique; néanmoins, il n'est nul besoin de traiter du déni de justice dans le cadre de la protection diplomatique.

32. Beaucoup plus importante est la définition des « recours juridiques internes ». M. Hafner pense avec M. Lukashuk qu'il faut étudier davantage la riche pratique de la Cour européenne des droits de l'homme, avec M. Gaja que l'article 10 devrait s'étendre davantage sur ces recours et avec M. Pellet que l'expression « recours juridiques » doit être précisée. Elle englobe assurément les procédures administratives, même si la première phrase du paragraphe 14 du rapport est trompeuse en ce qu'elle utilise le mot « tribunal ». Les autorités administratives ne sont pas des tribunaux, sauf pour ce qui est des tribunaux administratifs. La dernière phrase du paragraphe est de même trompeuse, car elle donne à penser que nombre de procédures administratives communes dans de nombreux pays ne relèvent pas de la règle des recours internes.

33. On pourrait se demander ce que signifie « juridiques ». Le Rapporteur spécial a indiqué qu'il ne s'agissait pas des recours discrétionnaires, mais bien des recours exercés devant toutes les institutions juridiques desquelles l'individu était habilité à obtenir une décision, qu'elle soit négative ou positive. On a déjà posé des questions au sujet du mot « internes » : englobe-t-il une plainte devant la Cour européenne des droits de l'homme ? Une demande de décision préliminaire par la Cour européenne des droits de l'homme ? Actuellement, un individu ne peut porter plainte directement contre un État devant cette dernière, mais cette possibilité est à l'étude.

34. Il faut tenir compte des changements intervenus dans l'ensemble du système de droit international. L'instrument que constitue la protection diplomatique, y compris la règle de l'épuisement des recours internes, a été établi à une époque où les individus n'avaient pas accès à des institutions internationales pour formuler des réclamations contre les États, mais la situation est en train de changer. La Commission doit réagir à ce changement ou, à tout le moins, en tenir compte, en particulier parce que la doctrine s'y est déjà intéressée. On ne doit pas nécessairement considérer que les recours internes comprennent les institutions internationales ouvertes aux individus, mais il conviendrait de réfléchir à la question.

35. Le droit international de l'environnement présente des particularités du point de vue de la définition des recours internes. Un individu qui a subi un dommage transfrontière découlant d'actes imputables à un État voisin est-il tenu d'épuiser les recours internes dans cet État avant que la protection diplomatique puisse être exercée ? La question a déjà été traitée en doctrine. On pourrait arguer que la règle doit être appliquée puisque l'on donne ainsi la possibilité à l'État de réparer le préjudice initial. On peut néanmoins attaquer cette position en disant qu'il est injuste que l'individu soit tenu d'aller devant les autorités judiciaires ou administratives d'un pays différent, avec les coûts et les risques que cela entraînerait. On peut aussi dire que c'est injuste dans la mesure où l'individu ne s'est pas volontairement placé sous l'influence juridique ou factuelle de l'État mais s'y trouve par nécessité, à savoir en raison de la proximité de la frontière. On pourrait donc considérer que la règle ne s'applique pas dans un tel cas.

36. Toutefois, divers instruments internationaux récents disposent qu'il y a obligation d'ouvrir aux étrangers l'accès aux institutions judiciaires et administratives en cas de dommage transfrontière. L'État d'origine du dommage peut facilement arguer que, parce qu'il est tenu d'ouvrir des recours internes, l'individu est tenu de les épuiser. Il faut néanmoins tenir compte du dommage transfrontière se produisant sur de grandes distances, une situation dans laquelle il serait extrêmement difficile de recourir aux institutions de l'État d'origine, même si elles sont ouvertes aux étrangers. Pour le moment, M. Hafner est enclin à dire que les recours internes n'ont pas à être épuisés dans de telles situations et à considérer que la règle ne s'applique que si le préjudice a son origine et s'est produit aux frontières de l'État. Il serait pourtant intéressant de connaître l'avis du Rapporteur spécial sur ce point. Le rapport ne dit pas grande-chose des circonstances dans lesquelles les recours internes doivent ou ne doivent pas être épuisés, et pourtant la question est décisive.

37. L'article 11 porte sur une question complexe et M. Hafner propose une solution radicale, à savoir la suppression de cet article, qui sort du champ de la protection diplomatique. Dans la situation qu'il envisage, différentes réclamations peuvent être présentées simultanément pour

deux types de dommage, comme M. Pellet l'a souligné. La question serait de savoir si ces réclamations distinctes peuvent être réunies. Dans certaines affaires relatives à des incidents aériens, par exemple, des réclamations différentes ont été présentées à raison d'un seul et même incident par des personnes privées ainsi que par l'État. On pourrait considérer que l'État lui-même avait subi un préjudice du fait de l'attaque menée contre un aéronef lui appartenant, mais un dommage de nature différente avait de même été causé à des individus. C'est pourquoi M. Hafner n'est pas convaincu de la nécessité d'un projet d'article sur le sujet, mais si l'on estime qu'il en faut un, il pense avec M. Gaja qu'un seul critère devrait être utilisé pour décider si les recours internes doivent ou non être épuisés.

38. L'article 10 devrait être renvoyé au Comité de rédaction, et M. Hafner ne s'opposera pas à ce que l'article 11 le soit aussi si la Commission le souhaite.

39. M. LUKASHUK souhaite réagir à une observation qu'a faite M. Hafner sur la nature double des recours internes lors de son intervention détaillée et incisive. Les recours internes sont définis par le système juridique de l'État, mais ils comprennent aussi les mesures administratives. Par exemple, la libération d'un étranger injustement placé en détention est une mesure administrative, pas une mesure judiciaire. Le Rapporteur spécial devrait expliquer brièvement ce point dans le commentaire.

40. M. PELLET, se référant à l'observation de M. Hafner concernant la saisine d'institutions régionales de protection des droits de l'homme, lui demande si l'on envisage de compléter la règle de l'épuisement des recours internes, à savoir en prévoyant l'épuisement des recours régionaux en matière de droits de l'homme. Si tel est le cas, l'idée est attrayante mais elle doit être étudiée plus avant. La règle de l'épuisement des recours internes ne semble pas du tout intervenir si un État s'oppose à l'exercice de la protection diplomatique au motif que les recours régionaux n'ont pas été épuisés : l'État serait lié par le traité créant la cour régionale des droits de l'homme.

41. M. HAFNER dit qu'il approuve pleinement l'observation de M. Lukashuk selon laquelle la définition des recours juridiques doit être développée ou des critères supplémentaires envisagés : c'est précisément sur ces points qu'il souhaitait ouvrir un débat. L'expérience de l'application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme peut être judicieusement mise à profit s'agissant de la définition des tribunaux et des recours internes. Répondant à M. Pellet, il dit qu'il ne pense pas que l'épuisement des recours internes englobe le dépôt d'une plainte, par exemple, devant la Cour européenne des droits de l'homme, mais la possibilité doit néanmoins être mentionnée dans le commentaire, puisqu'elle a déjà été évoquée par la doctrine.

42. M. GOCO dit que l'expression « recours internes » est généralement comprise tant par les juristes que par l'homme de la rue comme renvoyant à l'ensemble du système de protection juridique d'un ordre interne.

43. M. BROWNLIE dit que le rapport est utile et très fouillé. Bien que les articles 10 et 11 lui posent quelques difficultés, il est favorable à leur renvoi au Comité de rédaction. Il souscrit aux propositions de M. Gaja en ce qui concerne une démarche plus synthétique et en particulier le remplacement, pour qualifier les recours, de « disponibles » par « efficaces ».

44. Chacun reconnaît qu'une règle coutumière existe, et pourtant il y a une limite à la spécificité que l'on peut exiger de la règle de droit dans ce domaine. L'application de la règle de l'épuisement des recours internes dépend fortement du contexte, comme il ressort des diverses décisions pertinentes, y compris l'*Arbitrage relatif aux navires finlandais*, qui remonte aux années 1930.

45. La relation que fait le Rapporteur spécial au paragraphe 27 de son rapport entre le dommage direct et la demande de jugement déclaratif par un État met M. Brownlie mal à l'aise, parce qu'il n'est pas convaincu que cette relation existe. Toutefois, ce qui le trouble le plus, c'est que nul ne semble avoir étudié le fondement de principe de la règle de l'épuisement des recours internes, et il souhaiterait connaître les vues des autres membres sur cette question. Pour lui, la règle est justifiée par une raison autrement pragmatique : les fonctionnaires des ministères des affaires étrangères sont très occupés et ne souhaitent pas voir des réclamations privées entraver l'action du gouvernement, en particulier dans ses relations avec d'autres États, et ils cherchent dans la mesure du possible à renvoyer ces réclamations privées aux tribunaux internes.

46. Le résultat est très similaire à celui de l'activité de la juridiction établie par la Convention européenne des droits de l'homme, même si les principes en jeu sont différents. Cette juridiction n'est pas un système d'appel des décisions des tribunaux internes mais bien un mécanisme de supervision. On assume, comme l'indique l'article 13 de la Convention, que les États doivent ouvrir des recours internes et que la Convention s'applique au plan interne, mais uniquement pour corriger la situation créée par la législation nationale. La Convention ne se substitue pas à la juridiction interne ni n'empiète sur celle-ci, à tout le moins pas en droit, du fait de son caractère conventionnel. Les exemples tirés de son application peuvent être intéressants, mais ils doivent être utilisés avec prudence, précisément en raison de la différence dans les principes qu'elle reflète. Étudier les principes qui fondent la protection diplomatique pourrait aussi faciliter les ajustements auxquels il faut procéder en ce qui concerne des questions comme celles de savoir si l'auteur privé d'une réclamation doit avoir un lien volontaire avec la juridiction en cause pour que la règle de l'épuisement des recours internes soit applicable.

47. M. LUKASHUK dit que la déclaration de M. Brownlie a cristallisé une idée qui prenait forme dans son esprit : il pourrait être utile de prévoir dans un article distinct une obligation positive, à la charge des États, d'ouvrir des recours efficaces en cas de violation des droits des étrangers.

48. M. ECONOMIDES dit que le rapport est clair, détaillé et très utile. L'article 10 pose certains problèmes, mais ils sont de nature purement rédactionnelle. À qui, par exemple, un État doit-il présenter une réclamation internationale : à un autre État, à une organisation internationale ou à un tribunal interne ou international ?

Assurément, cette réclamation doit être présentée à l'État qui, par son fait internationalement illicite, a causé un préjudice à un national, personne physique ou morale, de l'État qui exerce la protection diplomatique, mais il faudrait le préciser clairement au paragraphe 1 de l'article 10.

49. S'agissant de l'expression française « formuler une réclamation internationale », M. Economides préférerait que l'on utilise l'expression « présenter une requête de protection diplomatique ». Il pense comme d'autres membres que l'expression « recours juridiques internes disponibles » devrait être expliquée. Roberto Ago, à l'origine de l'article 22 du projet d'articles sur la responsabilité des États, qui est cité au paragraphe 4 du rapport, parlait de « recours internes efficaces et disponibles ». M. Economides pense avec M. Herdocia Sacasa que seuls les recours efficaces, et non tous les recours théoriquement ouverts, sont concernés. Le mot « juridiques » qui qualifie « recours » est superflu et pourrait être supprimé aux paragraphes 1 et 2, car la suite du paragraphe 2 indique clairement que les recours en question sont de nature juridique.

50. L'article 11 est extrêmement complexe et il sera difficile, voire impossible de l'appliquer. La prépondérance du dommage causé à un État par opposition au dommage causé à un national est une notion difficile, comme l'a fait observer M. Goco. Là encore, la référence à une demande de jugement déclaratif en ce qui concerne la réclamation ne fait que compliquer les choses. Cette disposition devrait être radicalement simplifiée en mettant l'accent sur les points essentiels. Premièrement, il faudrait indiquer clairement que les recours internes ne doivent être épuisés que dans les cas de protection diplomatique, mais cela est déjà indiqué de manière suffisamment claire à l'article 10, et il n'y a pas besoin de le répéter. Il faudrait indiquer, à l'article 11, ou ailleurs, que si la principale victime est en fait l'État qui a subi le préjudice, le national de cet État n'étant affecté que de manière secondaire ou incidente, la règle de l'épuisement des recours internes ne s'applique pas, puisqu'il s'agit d'une situation de responsabilité directe entre États.

51. Une troisième situation peut exister en l'absence de prépondérance lorsque le dommage subi par l'État est équivalent ou quasiment équivalent à celui subi par l'individu. Cette situation n'est pas envisagée dans le rapport et, à la connaissance de M. Economides, il n'existe pas de règle de droit international en la matière. La prépondérance peut être donnée au dommage subi par l'État, auquel cas la règle de l'épuisement des recours internes ne s'applique pas, ou au dommage subi par l'individu, auquel cas elle s'applique. Des réclamations parallèles pourraient aussi être envisagées, à savoir une réclamation de l'État dans le cadre de la responsabilité internationale et une réclamation du national dans le cadre de la protection diplomatique.

52. M. Economides pense avec M. Lukashuk que l'article 11 doit être revu pour être simplifié ou même pour être supprimé, comme le propose M. Hafner. Enfin, cet article devrait envisager l'importante question du déni de justice.

Les réserves aux traités[10] *(suite*)* [A/CN.4/508 et Add.1 à 4[11], A/CN.4/513, sect. D, A/CN.4/518 et Add.1 à 3[12], A/CN.4/L.603 et Corr.1]

[Point 5 de l'ordre du jour]

CINQUIÈME ET SIXIÈME RAPPORTS DU RAPPORTEUR SPÉCIAL *(suite*)*

53. M. PELLET (Rapporteur spécial), présentant son sixième rapport (A/CN.4/518 et Add. 1 à 3), regrette, pour diverses raisons et notamment parce qu'il se rend de plus en plus compte de la complexité du sujet, de ne pas avoir pu achever sa tâche. La décision de la Commission de s'occuper en priorité d'autres sujets rend néanmoins ce retard moins important. Le Comité de rédaction n'aura pas le temps d'examiner l'ensemble des 14 projets de directive, mais le Rapporteur spécial espère que la Commission les renverra au moins au Comité, qui pourra les examiner sous l'égide de la Commission nouvellement élue.

54. L'introduction du rapport vise à présenter les développements les plus récents en la matière. En particulier, les paragraphes 20 à 23 contiennent les informations les plus récentes sur la difficulté qui semble être apparue entre la Commission du droit international et la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme, qui, dans sa résolution 1999/27 du 26 août 1999, a nommé Mme Françoise Hampson rapporteur spécial chargé d'établir une étude complète concernant les réserves aux traités relatifs aux droits de l'homme. Pour autant que le Rapporteur spécial le sache, ce rapport n'est pas encore paru. De plus, étant donné le manque d'enthousiasme suscité parmi les membres de la Commission par l'idée que le Rapporteur spécial contacte directement Mme Hampson, il n'a pas donné suite à cette idée au cours des deux derniers mois. Le chapitre premier fournit aussi des indications concernant les derniers développements en matière de réserves aux traités. Dans ce contexte, il demande aux membres qui ont connaissance de décisions de jurisprudence, de pratiques ou d'études qui ne sont pas mentionnées dans le rapport de l'en informer.

55. Le chapitre II du rapport examine la question relativement mineure, bien qu'étonnamment complexe puisque, comme l'a dit M. Brownlie, le diable est dans les détails, de la formulation des réserves. Le Rapporteur spécial souligne que, pour le moment, seules les réserves sont envisagées; l'acceptation ou les objections seront examinées à la prochaine session. Certains des projets de directive qui figurent dans l'annexe au sixième rapport, qui contient le texte consolidé de l'ensemble des projets de directives consacrés à la formulation des réserves et des déclarations interprétatives proposés dans les cinquième (A/CN.4/508 et Add.1 à 4) et sixième rapports, sont déjà obsolètes, car le Comité de rédaction a, au grand regret du Rapporteur spécial, supprimé certains d'entre eux. Cette annexe sera néanmoins utile en ce qu'elle indique comment le Rapporteur spécial a procédé.

* Reprise des débats de la 2679e séance.

[10] Pour le texte des projets de directives provisoirement adoptés par la Commission à ses cinquantième, cinquante et unième et cinquante-deuxième sessions, voir *Annuaire... 2000*, vol. II (2e partie), par. 662.

[11] Voir *supra* note 2.

[12] Voir *supra* note 3.

56. Le Rapporteur spécial se propose de commencer par présenter les projets de directive 2.1.1 à 2.1.4, 2.4.1 et 2.4.2, qui comprennent deux projets « *bis* » (2.1.3 *bis* et 2.4.1 *bis*) qui sont actuellement entre crochets et pourront être supprimés dans la version finale. Il présente aussi deux variantes pour le projet de directive 2.1.3.

57. Le projet de directive 2.1.1 a trait à la forme des réserves, lesquelles doivent être écrites. Il n'y a pas de disposition équivalente en ce qui concerne les déclarations interprétatives, bien que la forme écrite soit exigée dans le projet de directive 2.4.2 relatif aux déclarations interprétatives conditionnelles. Le projet de directive 2.1.1 reproduit le texte de la première phrase du paragraphe 1 de l'article 23 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986. Le Rapporteur spécial estime que le Guide de la pratique doit se suffire à lui-même. Il doit donc contenir toutes les informations nécessaires pour formuler et mettre en œuvre des réserves et des déclarations interprétatives, que ces informations figurent dans les Conventions de Vienne ou non. Cela implique que, si des dispositions relatives aux réserves aux traités figurent dans les Conventions de Vienne, elles doivent être reproduites à l'identique dans le Guide. Les paragraphes 40 à 47 du rapport rappellent les travaux préparatoires des Conventions de Vienne et il faut constater à cet égard que l'accord a été pratiquement unanime pour considérer la règle selon laquelle les réserves devaient être formulées par écrit comme allant de soi. « Pratiquement » unanime, parce que la question s'était posée durant les débats à la Commission de savoir si une réserve pouvait être formulée oralement. Ce n'est pas impossible mais, comme sir Humphrey Waldock l'a fait observer, cela n'a pas une grande importance pratique puisque, en vertu du paragraphe 2 de l'article 23 des Conventions de Vienne, une réserve doit être confirmée formellement au moment de l'expression du consentement définitif à être lié. Cela implique, à n'en pas douter, que la confirmation doit être écrite, ce que précise le projet de directive 2.1.2 (Forme de la confirmation formelle). Certaines réserves sont « parfaites » et n'ont pas à être confirmées lorsqu'elles ont été formulées au moment de la signature d'un traité qui n'est pas sujet à ratification. Toutefois, dans de tels cas, il est manifestement essentiel que la réserve soit écrite dès le départ. Il n'est pas besoin de consacrer une directive distincte à cette question : la forme écrite est requise en vertu du projet de directive 2.1.1 et de nouveau reprise dans le projet de directive 2.2.3 (Non-confirmation des réserves formulées lors de la signature [d'un accord en forme simplifiée] [d'un traité entrant en vigueur du seul fait de sa signature]), qui a été conservé par le Comité de rédaction.

58. Il reste à savoir si ces règles, dont le Rapporteur spécial doute qu'elles posent des problèmes particuliers, peuvent être transposées aux déclarations interprétatives. La question est envisagée, et des solutions sont recherchées, aux paragraphes 83 à 90. La pratique, qui est loin d'être accessible, n'est pas très utile à cet égard. Il faut distinguer entre les déclarations interprétatives « simples » et les déclarations interprétatives conditionnelles. Les premières – conformément à la définition figurant dans le projet de directive 1.2 – ont pour seul objet de préciser ou d'expliciter le sens ou la portée que l'auteur donne au traité ou à certaines de ses dispositions. Il n'y a aucune raison d'exiger qu'elles prennent une forme particulière et les rares décisions existant en la matière ne le font pas. C'est pourquoi le projet de directive 2.4.1 n'énonce aucune condition quant à la forme des déclarations interprétatives. Le problème est toutefois fort différent s'agissant des déclarations interprétatives conditionnelles, que le projet de directive 1.2.1 définit comme des déclarations par lesquelles l'État ou l'organisation internationale subordonne son consentement à être lié à une interprétation spécifique du traité ou de certaines dispositions de celui-ci. Dans de tels cas, il n'y aucune raison d'écarter la règle acceptée pour les réserves selon laquelle un État ou une organisation internationale qui fait une déclaration interprétative conditionnelle souhaite opposer son interprétation à celles des autres parties. Ces dernières doivent bien évidemment en être informées et être prêtes à réagir si nécessaire. C'est la raison pour laquelle on exige que les réserves soient formulées par écrit, et il doit donc en être de même pour des déclarations interprétatives conditionnelles, comme le prévoit le projet de directive 2.4.2.

59. À cet égard, le Rapporteur spécial fait observer que les règles applicables aux déclarations interprétatives conditionnelles sont identiques à celles applicables aux réserves, même si les définitions des unes et des autres ne le sont pas. Certains membres du Comité de rédaction ont donc estimé superflu de consacrer les dispositions spécifiques aux déclarations interprétatives conditionnelles. Bien que cela puisse être vrai, le Rapporteur spécial engage la Commission à attendre d'avoir examiné les effets des réserves et des déclarations interprétatives conditionnelles avant de prendre une décision décisive. Ce n'est qu'alors, si l'on conclut que les unes et les autres obéissent aux mêmes règles, que le Rapporteur spécial sera pleinement d'accord pour supprimer toutes les directives concernant spécifiquement les déclarations interprétatives conditionnelles et pour adopter une directive unique indiquant que les règles relatives aux réserves s'appliquent aussi *mutatis mutandis* aux déclarations interprétatives conditionnelles. Dans l'intervalle, il serait prudent de ne pas changer de direction de manière abrupte. Le Rapporteur spécial reconnaît que certains membres de la Commission sont plus savants que lui en ce qui concerne le droit des réserves et des déclarations interprétatives, mais il demande néanmoins à la Commission de ne pas compromettre le sérieux du projet de Guide de la pratique en prenant une décision qu'elle pourrait regretter ultérieurement.

60. Revenant à son rapport, le Rapporteur spécial indique que les conséquences de la formulation d'une réserve ou d'une déclaration interprétative conditionnelle sont envisagées, respectivement, aux paragraphes 53 à 82 et aux paragraphes 85 et 86 et 89 à 95. La Commission n'est pas liée par les Conventions de Vienne de 1969 et 1986 à cet égard, puisque celles-ci ne mentionnent aucune conséquence. Sir Humphrey Waldock a toutefois proposé avec succès en 1962, dans le projet d'article 17 sur le droit des traités[13], de préciser non seulement le type d'instruments dans lequel devraient figurer les réserves – il est inutile que le Guide de la pratique aborde la question puisque la liste n'est pas limitative et que sir Waldock a reconnu qu'il n'y avait pas de règles particulières à cet égard – mais aussi la personne ou l'organisation compétente pour

[13] *Annuaire... 1962*, vol. II, A/CN.4/144, p. 69.

le faire. Comme indiqué au paragraphe 54 du rapport, la définition proposée par Waldock n'est pas satisfaisante, en ce qu'elle est à la fois répétitive, non limitative et quelque peu tautologique. À cet égard, le Rapporteur spécial appelle l'attention sur une erreur qui figure dans la note de bas de page de ce paragraphe : le paragraphe 43, qui y est visé, contient le propre texte de la Commission, qui est muet sur la question de la compétence. (La note aurait dû renvoyer au texte du projet d'article proposé par le Rapporteur spécial[14].)

61. La Commission n'est néanmoins pas totalement démunie de directives, puisque les réserves ont un effet non sur l'instrument formel que constitue le traité, lequel n'est pas affecté, mais sur les parties, ou sur le *negotium* lui-même. Il paraît dès lors logique de reconnaître la compétence pour formuler des réserves au nom d'un État ou d'une organisation internationale aux mêmes autorités que celles qui ont compétence pour engager l'État ou l'organisation internationale par le traité lui-même, et à elles seules. Or, ces autorités sont exhaustivement énumérées par l'article 7 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986. Cette analyse est pleinement confirmée par la pratique du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, qui demande systématiquement que les réserves qui lui sont envoyées par une autorité autre que les « trois autorités » visées à l'article 7 soit régularisées soit par l'une de ces autorités, soit par la délivrance par l'une d'elles des pleins pouvoirs à une autre autorité. Cela étant, comme indiqué aux paragraphes 63 et 64 du rapport, on peut se demander si cette pratique n'est pas abusivement restrictive et rigide et, en particulier, si l'on ne devrait pas admettre que les ambassadeurs auprès de l'État dépositaire d'une part, et les représentants permanents auprès de l'organisation internationale dépositaire d'autre part, soient considérés comme compétents, *ipso facto* et sans pouvoirs spéciaux, pour formuler une réserve, et cela d'autant plus que telle est la pratique de l'Organisation des États américains et du Conseil de l'Europe, qui sont, après tout, d'importants dépositaires. Le Rapporteur spécial indique qu'il s'est demandé longuement s'il convenait de proposer un assouplissement des règles de l'article 7, lesquelles, incidemment, ne portent pas formellement sur les réserves, ou s'il valait mieux s'en tenir aux « trois autorités », lesquelles, en réalité, sont plus que trois dans le cadre de la Convention de Vienne de 1986, énumérées au paragraphe 2 de l'article 7. Il souhaiterait connaître l'avis de la Commission sur ce point.

62. En attendant, trois projets alternatifs sont proposés pour le projet de directive 2.1.3, qui figurent aux paragraphes 69 et 70, qui sont des projets bâtards consistant à reproduire les règles de l'article 7 mais précédés de la formule « Sous réserve des pratiques habituellement suivies au sein des organisations internationales dépositaires ». Cette solution a l'avantage de ne remettre en cause ni les principes de l'article 7 ni les pratiques du Conseil de l'Europe et de l'Organisation des États américains – et celle, croit savoir le Rapporteur spécial, de l'Organisation maritime internationale – qui semblent n'avoir pas posé de problèmes particuliers, à en juger par les réponses données par ces organisations au questionnaire sur les réserves. Le Rapporteur spécial est tout à fait ouvert sur ce point, les deux solutions ont leurs avantages et leurs inconvénients. Une décision doit néanmoins être prise dans un sens ou dans un autre.

63. Le Rapporteur spécial souhaiterait aussi avoir l'avis de la Commission sur les deux projets de directive 2.1.3. Il préfère quant à lui la version longue figurant au paragraphe 70, laquelle, moyennant l'ajout déjà mentionné, reproduit le texte de la Convention de Vienne de 1986; le Guide de la pratique doit se suffire à lui-même et, si l'on adopte la version courte, l'utilisateur devra se reporter aux Conventions de Vienne. Il serait possible si l'on retient cette version longue d'omettre l'alinéa *d* du paragraphe 2 qui est emprunté à l'article 7 de la Convention de Vienne de 1986 mais qui porte sur une hypothèse marginale. Cela dit, si l'on veut le conserver par souci d'exhaustivité, le Rapporteur spécial n'y voit aucun inconvénient.

64. Les considérations relatives aux réserves s'appliquent également, *mutatis mutandis*, aux déclarations interprétatives, qu'elles soient conditionnelles ou non, bien que les déclarations interprétatives « simples » n'appellent pas le même formalisme que les réserves. Elles ne peuvent en elles-mêmes engager l'État ou l'organisation internationale qui les formule que si elles émanent d'une personne compétente pour le faire. Et, pour éviter tout abus, cette compétence doit être limitée aux personnes ou organes ayant compétence pour représenter l'État pour l'adoption ou l'authentification d'un traité, ou pour exprimer le consentement à être lié. Cette notion est exprimée dans le projet de directive 2.4.1.

65. Les réserves et les déclarations interprétatives sont, comme les traités eux-mêmes, à l'« interface » entre droit interne et droit international. Avant d'être formulées au plan international, les réserves le sont au plan interne. Cette vérité d'évidence a amené le Rapporteur spécial à se demander si le Guide de la pratique devrait comprendre des directives sur les procédures internes relatives à la formulation des réserves et des déclarations interprétatives et, en particulier, sur la compétence requise. Les réponses au questionnaire sur les réserves montrent qu'il n'y a pas de règles générales; les États et les organisations internationales ont des pratiques très divergentes et le droit international est muet sur le sujet. Le Rapporteur spécial indique que par acquit de conscience il a rédigé deux projets de directives sur cette question – la directive 2.1.3 *bis* pour les réserves et la directive 2.4.1 *bis* pour les déclarations interprétatives –, mais il doute qu'elles soient réellement nécessaires. Les utilisateurs du Guide ne devraient pas être illettrés juridiquement et ces projets de directive expriment une évidence. Même si le droit international est muet sur les procédures internes, il n'en demeure pas moins qu'une violation des règles internes peut entacher la réserve, ou la ratification, au plan international. L'article 46 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986 règle le problème de manière admirablement pragmatique en disant que la violation d'une disposition du droit interne relatif à la compétence pour conclure des traités ne vicie pas, au plan international, l'expression par l'État de son consentement à être lié sauf si la violation est manifeste et concerne une règle de son droit interne d'importance fondamentale. La question est de savoir si cette disposition doit être transposée aux réserves. En l'absence de pratique – le Rapporteur spécial n'en a trouvé aucune –, il est difficile de prendre une position

[14] Ibid.

catégorique. Toutefois, tout bien pesé, il estime que la transposition n'est pas souhaitable. Il serait extrêmement difficile, voire impossible d'établir, conformément à l'article 46, qu'une violation est « objectivement évidente ». Il n'y a pas de « pratique normale » parmi les États et les organisations internationales. De surcroît, les règles relatives à la ratification sont généralement de nature constitutionnelle, accessibles aux autres États, alors que celles relatives à la procédure et à la compétence en matière de réserves sont, dans la plupart des États, empiriques et relèvent plus souvent de la pratique que du droit ou de la constitution. Toutefois, si l'on décide que les réserves ne sont pas soumises aux mêmes règles que les ratifications imparfaites, il faut l'indiquer expressément dans le Guide, car cela n'est pas immédiatement évident. Tel est l'objet du projet de directive 2.1.4 (Absence de conséquence au plan international de la violation des règles internes relatives à la formulation des réserves). Si une violation concernant la compétence pour formuler des réserves a des conséquences au plan international, il en découle qu'il en va de même s'agissant des déclarations interprétatives, qu'elles soient conditionnelles ou non, comme indiqué au paragraphe 2 du projet de directive 2.4.1 *bis*. Mais cela est peut-être trop évident pour qu'il faille le dire. Là encore, le Rapporteur spécial souhaiterait l'avis de la Commission : il reconnaît que, si les raisons qu'il a données ne sont pas nécessairement cartésiennes, son propre enthousiasme pour le cartésianisme n'est pas partagé par tous les membres de la Commission.

66. Le Rapporteur spécial espère que les projets de directives 2.1.1 à 2.1.4, 2.4.1 et 2.4.2 pourront être renvoyés au Comité de rédaction, lequel pourrait les améliorer. Toutefois, durant les débats, il souhaiterait obtenir des réponses à un certain nombre de questions. Premièrement, la Commission doit-elle adopter pour les réserves les règles de l'article 7 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986 sur la compétence pour exprimer le consentement à être lié, ou ces règles doivent-elles être assouplies ? Deuxièmement, laquelle des deux versions proposées pour le projet de directive 2.1.3 fournirait la meilleure base de discussions au Comité de rédaction ? Troisièmement, si, comme le souhaiterait le Rapporteur spécial, c'est la version longue du projet de directive 2.1.3 qui est adoptée, l'hypothèse marginale envisagée à l'alinéa *d* du paragraphe 2 doit-elle être mentionnée ? Quatrièmement, le Guide de la pratique doit-il contenir des directives sur la compétence au niveau interne pour formuler une réserve ou une déclaration interprétative ? Enfin, le Guide doit-il contenir une directive sur les conséquences internationales – ou leur absence – d'une violation des règles internes régissant la formulation des déclarations interprétatives ? En ce qui concerne les réserves elles-mêmes, le Rapporteur spécial ne doute pas que leurs conséquences internationales doivent être mentionnées dans le Guide.

La séance est levée à 13 heures.

2690e SÉANCE

Mardi 17 juillet 2001, à 10 heures

Président : M. Peter KABATSI

Présents : M. Addo, M. Al-Baharna, M. Candioti, M. Dugard, M. Economides, M. Elaraby, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Herdocia Sacasa, M. Illueca, M. Kateka, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Melescanu, M. Momtaz, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Simma, M. Tomka, M. Yamada.

Protection diplomatique[1] *(fin)* [A/CN.4/506 et Add.1[2], A/CN.4/513, sect. B, A/CN.4/514[3]]

[Point 3 de l'ordre du jour]

PREMIER ET DEUXIÈME RAPPORTS DU RAPPORTEUR SPÉCIAL *(fin)*

1. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à poursuivre l'examen des projets d'articles 10 et 11 qui figurent dans le deuxième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/514).

2. M. MOMTAZ dit que la règle de l'épuisement des recours internes énoncée à l'article 10 est incontestablement une règle de droit international coutumier, qui est étayée tant par la jurisprudence et par la doctrine que par la pratique des États, et qui est fondée sur le respect de la souveraineté et de la juridiction de l'État sur le territoire duquel le fait illicite a été commis. Deux questions méritent une attention plus soutenue en raison de leur importance. La première a trait au sens et à la portée de la définition des « recours juridiques internes », tandis que la seconde concerne les conditions dans lesquelles il n'est pas nécessaire que les recours internes aient été épuisés.

3. La réponse apportée par le Rapporteur spécial à la première question est satisfaisante, même si elle demande à être précisée dans le commentaire. Ainsi, le Rapporteur spécial exclut du champ de la disposition les recours administratifs et autres qui ne sont pas judiciaires ni quasi judiciaires et ont un caractère discrétionnaire. M. Momtaz a quelques doutes quant au bien-fondé d'une telle approche. En effet, dans la mesure où les recours internes sont destinés à donner satisfaction à la victime, ce qui compte c'est le résultat et non les moyens par lesquels on y parvient. Il n'y a donc pas de raisons d'exclure les moyens dont les autorités d'un pays disposent pour réparer un préjudice dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire,

---

[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.

[2] Voir *Annuaire... 2000*, vol. II (1re partie).

[3] Reproduit dans *Annuaire... 2001*, vol. II (1re partie).