

Document:-
A/CN.4/SR.2714

Compte rendu analytique de la 2714e séance

sujet:
Protection diplomatique

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

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

dans le cas d'affaires complexes, en particulier celles qui mettent en jeu des personnes morales. Elle pourrait certes être jointe à l'exception visée à l'alinéa *a*, mais elle mérite d'être maintenue sous forme de disposition séparée à titre d'avertissement à l'adresse de l'État défendeur afin qu'il ne retarde pas abusivement la saisine de ses tribunaux.

40. S'agissant enfin de l'alinéa *f* de l'article 14, qui prévoit que les recours internes n'ont pas à être épuisés lorsque l'État défendeur empêche l'individu lésé d'avoir accès à ses institutions qui administrent ces recours internes, il s'impose dans l'actualité : en effet, il n'est pas rare qu'un État défendeur refuse l'accès à ses tribunaux à un étranger lésé en alléguant des raisons de sécurité ou en refusant de lui délivrer un visa d'entrée sur son territoire. La jurisprudence des droits de l'homme va dans le sens de cette proposition.

41. Le Rapporteur spécial attend avec intérêt les observations des membres de la Commission.

42. M. PELLET se demande pourquoi l'article 14 est ainsi présenté de façon fragmentaire et sans qu'il soit question de l'article 15 (charge de la preuve), qui n'est justement pas sans rapport avec les alinéas *a*, *e* et *f*. Pour sa part, il ne saurait procéder à une analyse de ces dispositions sans se référer à l'article 15.

43. M. DUGARD (Rapporteur spécial) considère que la démarche qu'il a choisie est la meilleure : les questions visées aux alinéas *a*, *e* et *f* de l'article 14 (respectivement, futilité, retard abusif et refus d'accès) sont différentes de celles visées aux alinéas *b*, *c* et *d* de l'article (respectivement, renonciation et estoppel, lien volontaire et lien de rattachement territorial). Il se conformera aux vœux des membres de la Commission, si ceux-ci veulent attendre la présentation de l'article 15 pour se prononcer.

44. Le PRÉSIDENT pense qu'il serait plus judicieux que le Rapporteur spécial aille plus avant dans la présentation de son rapport.

45. M. SIMMA ne trouve rien à redire à cette présentation parcellaire du rapport à l'étude, mais estime, comme M. Pellet, que la question de la charge de la preuve a un lien avec celles de la futilité, du retard abusif et du refus d'accès aux tribunaux. Il serait illogique de traiter séparément les alinéas *a*, *e* et *f* de l'article 14 pour y revenir lors de l'examen de l'article 15. Toutes ces dispositions devraient être examinées ensemble; quant à celles des alinéas *b*, *c* et *d* de l'article 14, il est vrai qu'elles n'ont rien à voir avec la question de la charge de la preuve.

46. M. DUGARD (Rapporteur spécial) croit en effet que les alinéas *b*, *c* et *d* de l'article 14 peuvent être examinés séparément des alinéas *a*, *e* et *f* de ce même article. Il se déclare prêt à présenter à la séance suivante l'article 15.

Organisation des travaux de la session (suite)

[Point 2 de l'ordre du jour]

47. M. CANDIOTI (Président du Groupe de planification) indique que le Groupe de planification sera composé

des membres suivants : M. Addo, M. Al-Marri, M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Chee, M. Comissário Afonso, Mme Escarameia, M. Fomba, M. Galicki, M. Kateka, M. Kemicha, M. Koskeniemi, M. Mansfield, M. Momtaz, M. Niehaus, M. Opertti Badan, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Tomka et M. Kuznetsov, membre de droit.

La séance est levée à 12 h 50.

2714^e SÉANCE

Jeudi 2 mai 2002, à 10 heures

Président : M. Robert ROSENSTOCK

Présents : M. Addo, M. Al-Marri, M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Daoudi, M. Dugard, Mme Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kateka, M. Kuznetsov, M. Mansfield, M. Momtaz, M. Niehaus, M. Opertti Badan, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Simma, M. Tomka, Mme Xue, M. Yamada.

Hommage à la mémoire de Paul Szasz

1. Le PRÉSIDENT dit que c'est avec une profonde tristesse qu'il lui faut annoncer que Paul Szasz, collègue et ami de nombreux membres de la Commission, est décédé.

À l'invitation du Président, les membres de la Commission observent une minute de silence.

Organisation des travaux de la session (suite)

[Point 2 de l'ordre du jour]

2. Le PRÉSIDENT annonce que la Commission a été félicitée pour le travail qu'elle accomplit par M. Sergei Ordzhonikidze, Secrétaire général adjoint, Directeur général de l'Office des Nations Unies à Genève, et par M. Hans Corell, Secrétaire général adjoint aux affaires juridiques, Conseiller juridique. Le Groupe de planification de la Commission a fait des progrès lors de sa première réunion, mais il n'a pas fini ses travaux, en particulier

s'agissant de choisir un nouveau sujet en plus de la responsabilité des organisations internationales et de la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (*liability*). Il encourage les membres de la Commission qui ne sont pas membres du Groupe de planification à envisager de participer au choix du nouveau sujet et à étudier, à cette fin, l'annexe du rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa cinquante-deuxième session¹, qui contient la liste des sujets possibles ainsi qu'un bref aperçu de leur contenu éventuel.

Protection diplomatique² (suite) [A/CN.4/514³, A/CN.4/521, sect. C, A/CN.4/523 et Add.1⁴, A/CN.4/L.613 et Rev.1]

[Point 4 de l'ordre du jour]

DEUXIÈME ET TROISIÈME RAPPORTS
DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (suite)

3. M. DUGARD (Rapporteur spécial), poursuivant la présentation de son troisième rapport (A/CN.4/523 et Add.1), dit que les alinéas *a*, *e* et *f* de l'article 14 concernent la futilité ou l'inefficacité, en d'autres termes les situations dans lesquelles un État n'est pas tenu d'épuiser les recours internes, par exemple lorsque ceux-ci sont manifestement futiles, lorsqu'ils n'offrent aucune perspective raisonnable de succès ou n'offrent aucune possibilité raisonnable d'obtenir une réparation effective devant les tribunaux de l'État défendeur. Il a été demandé aux membres de la Commission d'envisager ces trois situations afin de décider laquelle donnait le mieux effet à la règle de la futilité ou de l'inefficacité. Le Rapporteur spécial est, quant à lui, favorable au troisième critère. M. Pellet a suggéré qu'il serait utile que le Rapporteur spécial présente l'article 15, qui concerne la charge de la preuve, parce qu'il va de pair avec les alinéas *a*, *e* et *f* de l'article 14. Néanmoins, deux autres aspects de l'article 14 doivent encore être présentés : la renonciation, qui fait l'objet de l'alinéa *b*, et le lien volontaire et le rattachement territorial, qui font l'objet des alinéas *c* et *d*, respectivement. Ils soulèvent des problèmes très différents et peut-être est-il préférable de les laisser de côté pour le moment.

4. Dans un procès international, la charge de la preuve concerne ce qui doit être prouvé et la désignation de la partie qui doit le prouver. C'est un sujet difficile à codifier, d'abord parce qu'il n'existe pas, en droit international, de règles détaillées comparables à celles qui existent dans la plupart des systèmes juridiques nationaux et, deuxièmement, parce que les circonstances varient d'une affaire à l'autre et qu'il est difficile d'énoncer des règles générales applicables dans tous les cas. Le sujet est néanmoins important du point de vue de l'épuisement des recours internes et le projet doit contenir une règle sur ce

point. Quelles règles peuvent être dégagées de la doctrine et de la jurisprudence sur le sujet ?

5. Un principe général semble être largement admis, qui entre dans la catégorie des principes de droit acceptés par les nations civilisées, à savoir qu'il incombe à la partie qui affirme quelque chose de le prouver. Ce principe est consacré au paragraphe 1 de l'article 15. Le Rapporteur spécial indique qu'il a cité au paragraphe 102 de son rapport un certain nombre d'adages latins qui étayaient ce principe, même s'il faut informer les nouveaux membres qu'il n'y a pas au sein de la Commission de consensus quant à l'opportunité d'utiliser des formules latines.

6. Cependant, le principe général ne suffit pas. La Commission doit aller plus loin et essayer de fixer d'autres règles. Pour le Rapporteur spécial, deux autres principes sont importants, et il les a énoncés au paragraphe 2 de l'article 15. Ils ont trait à la charge de la preuve du point de vue de la disponibilité et de l'efficacité des recours internes. Lors des précédentes tentatives de codification de la règle de l'épuisement des recours internes, on s'est appliqué à résister à la tentation d'élaborer des dispositions sur ces principes. L'article 22 du projet d'articles sur la responsabilité des États adopté par la Commission à sa quarante-huitième session⁵ est muet sur ce point. Néanmoins, comme indiqué au paragraphe 103 du rapport⁶, Juliane Kokott a le mérite d'avoir tenté d'énoncer les principes.

7. Le sujet a aussi été examiné de manière assez approfondie par les organes chargés de surveiller l'application des traités relatifs aux droits de l'homme, et leur jurisprudence étaye deux propositions, à savoir que l'État défendeur doit prouver qu'un recours était ouvert que l'État demandeur n'a pas épuisé, et que, si des recours sont disponibles, l'État demandeur doit prouver que ces recours étaient inefficaces ou que la règle de l'épuisement des recours internes n'était pas applicable pour d'autres raisons. Cette jurisprudence est néanmoins dictée par les instruments ayant créé les organes en question et l'on peut douter que les principes énoncés par ces derniers constituent tels quels des principes généraux de la protection diplomatique.

8. Quant aux décisions judiciaires et arbitrales, dans les principales affaires concernant la règle de l'épuisement des recours internes, le sujet a été soit abordé directement par le tribunal soit commenté par l'une des parties dans ses écritures. Le Rapporteur spécial indique que les principes qu'il a retenus sont dans une certaine mesure confirmés par les décisions rendues dans l'affaire du *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, l'*Arbitrage relatif aux navires finlandais*, les affaires *Ambatielos*, *ELSI*, de l'*Incident aérien du 27 juillet 1955* et des *Emprunts norvégiens*. Bien que le discours tenu par le conseil ou le tribunal dans ces affaires ne soit pas toujours clair, on peut tirer deux conclusions. Premièrement, la charge de la preuve incombe à l'État défendeur, en ce que celui-ci doit prouver qu'il existait des recours internes, et, deuxièmement, cette charge passe ensuite à l'État demandeur, à qui il appartient de prouver, s'il existe des recours internes, qu'ils ne

¹ *Annuaire... 2000*, vol. II (2^e partie), p. 141.

² 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 et 39.

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

⁴ Reproduit dans *Annuaire... 2002*, vol. II (1^{re} partie).

⁵ Voir 2712^e séance, note 7.

⁶ *Ibid.*, note 9.

sont pas efficaces ou qu'une autre exception s'applique, par exemple qu'un préjudice direct lui a été causé.

9. Il est pourtant difficile d'énoncer des règles générales, car les faits de chaque espèce peuvent appeler une solution différente. L'affaire des *Emprunts norvégiens*, fréquemment citée sur le sujet, illustre ce point. La France avait pris fait et cause pour des Français dont elle alléguait qu'ils avaient subi un préjudice du fait de la Norvège. La Norvège avait admis qu'il lui appartenait de prouver l'existence de recours internes disponibles mais arguait que la France devait prouver, si elle déclarait que ces recours étaient inefficaces, que tel était bien le cas. La France faisait valoir que la législation l'empêchait de porter l'affaire devant les tribunaux norvégiens et que cette législation, *prima facie*, rendait les recours internes futiles. C'est dans ce contexte que le juge Lauterpacht a posé quatre principes qui bénéficient d'un appui considérable en doctrine : il appartient à l'État demandeur de prouver qu'il n'existe pas de recours efficace susceptible d'être exercé; cette preuve n'est pas nécessaire s'il existe une loi qui, à première vue, prive les demandeurs particuliers d'un recours; dans ce cas, il appartient à l'État défendeur de démontrer que, nonobstant l'absence apparente d'un recours, son existence peut raisonnablement être présumée; et la charge de la preuve ne doit pas être indûment stricte.

10. Pour le Rapporteur spécial, le fait que Lauterpacht a énoncé quatre principes ne nuit pas à sa propre position, qui consiste à en retenir deux, car Lauterpacht s'est prononcé compte tenu des circonstances inhabituelles de l'affaire des *Emprunts norvégiens*. L'hypothèse retenue par le Rapporteur spécial est appuyée par Jiménez de Aréchaga dans un de ses cours⁷, cité au paragraphe 115 du rapport. Le Rapporteur spécial estime donc qu'il existe essentiellement deux règles sur la disponibilité et l'efficacité des recours internes, et elles sont énoncées aux alinéas *a* et *b* du paragraphe 2 de l'article 15.

11. La Commission est maintenant saisie des articles 12, 13 et 15 et de certaines parties de l'article 14, qui concernent la futilité, le retard abusif et le refus d'accès. Le Rapporteur spécial invite de nouveau les membres de la Commission à limiter leurs observations à ces dispositions, en laissant de côté les parties de l'article 14 qui concernent la renonciation, le lien volontaire et le rattachement territorial, qu'il présentera ultérieurement.

12. M. MOMTAZ, remerciant le Rapporteur spécial de son excellent rapport, distribué suffisamment à l'avance pour permettre aux membres de l'étudier avec soin, dit qu'il souhaite en premier lieu faire des observations sur la direction que doivent prendre les travaux futurs. Le Rapporteur spécial a proposé de limiter la portée du sujet en vue d'achever l'examen du projet d'articles en seconde lecture d'ici la fin du quinquennat. Cette intention est louable et ne peut que renforcer la crédibilité de la Commission, mais elle ne doit pas amener celle-ci à prendre des raccourcis nuisibles à l'évolution du droit international dans ce domaine. Le projet d'articles devrait par ailleurs énoncer des directives sur la protection fonction-

nelle des fonctionnaires des organisations internationales afin que les États puissent régler les problèmes pouvant éventuellement se poser à cet égard. Une organisation internationale est-elle habilitée à exercer sa protection fonctionnelle si l'État dont le fonctionnaire concerné est un national exerce sa protection diplomatique ? L'État peut-il se voir accorder la priorité dans ce domaine et l'organisation internationale est-elle, peut-être, placée dans une position inférieure ? Telles sont les questions qu'a soulevées la CIJ dans son avis consultatif du 11 avril 1949 en ce qui concerne la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies* et ces questions n'ont toujours pas reçu de réponses.

13. L'évolution du droit international se caractérise par un souci de respect des droits de l'homme de plus en plus marqué. Le droit de l'État de nationalité d'un navire ou d'un aéronef de formuler une réclamation au nom de l'équipage, s'il ne mérite peut-être pas un article distinct, pourrait être mentionné dans le commentaire de l'article 8. Il pourrait en être de même en ce qui concerne la situation des individus vivant sur un territoire administré par une organisation internationale à la suite d'abus ou d'atrocités commis par certains États. Des événements survenus récemment fournissent des exemples de telles situations.

14. Quant à la doctrine des « mains propres », mentionnée par M. Candioti, au sujet de laquelle M. Brownlie et M. Pellet ont engagé un débat très intéressant, M. Momtaz penche en faveur de la thèse avancée par M. Brownlie pour un certain nombre de raisons. S'il est vrai que les étrangers ont droit aux garanties d'une procédure régulière dans leurs pays de résidence, et qu'ils sont tenus, en contrepartie, de respecter les lois et règlements de ces pays, dans certains cas, la législation interne de l'État en cause pourrait être contraire au droit international. À l'évidence, dans une telle situation, la théorie des « mains propres » n'a pas de raison d'être. Les plaidoiries de Paul Reuter devant la CIJ dans l'affaire de la *Barcelona Traction* étayaient également la thèse de M. Brownlie. Reuter a souligné le caractère hétérogène de cette condition de recevabilité des réclamations internationales et a fait observer que la théorie des « mains propres » restait à élaborer. On peut aussi citer, à l'appui de la thèse de M. Brownlie, une étude publiée dans les années 60 par Jean Salmon, un juriste belge, à la suite d'une étude poussée des sentences arbitrales et des décisions des commissions de réclamations⁸.

15. Pour ce qui est de la question de l'épuisement des recours internes et plus particulièrement de celle de savoir s'il s'agit d'une condition de procédure ou de fond, M. Momtaz rejoint ceux qui ont exprimé des doutes sur la nécessité de s'engager dans cette voie. Comme le Rapporteur spécial le montre dans son dernier rapport, la distinction s'est posée initialement durant la codification du droit de la responsabilité de l'État, plus particulièrement lorsqu'on a voulu déterminer à partir de quel moment un fait internationalement illicite pouvait engager la responsabilité de l'État auteur. En d'autres termes, la question se posait de savoir si la responsabilité de l'État pouvait être engagée dès que le fait illicite avait été commis, et ce,

⁷ E. Jiménez de Aréchaga, "International responsibility", *Manual of Public International Law*, textes réunis par M. Sørensen, Londres, Macmillan, 1968, p. 531.

⁸ J. J. A. Salmon, « Des "mains propres" comme condition de recevabilité des réclamations internationales », *Annuaire français de droit international*, vol. X (1964), p. 225.

indépendamment de l'épuisement des recours internes. La réponse à cette question varie suivant que l'on considère l'épuisement des recours internes comme une condition de procédure ou comme une condition de fond. Pour M. Momtaz, cette question ne concerne pas la protection diplomatique, domaine dans lequel on postule l'existence d'un fait internationalement illicite. M. Momtaz souscrit aux observations de M. Pellet sur ce point. Il est seulement nécessaire d'énoncer la règle de l'épuisement des recours internes qui s'appliquera, comme le Rapporteur spécial l'a fait observer, lorsque le préjudice causé à un étranger résulte d'une violation du droit interne. Dans un tel cas, l'épuisement des recours internes sera incontestablement une condition de fond, non une condition de procédure, mais il n'est nul besoin de le dire dans le projet d'articles. D'autre part, lorsque le préjudice découle d'une violation du droit international, l'épuisement des recours internes est uniquement une condition de procédure. L'exercice de la protection diplomatique peut même être envisagé à défaut du respect de la règle de l'épuisement des recours internes et ce, d'autant plus que, dans certains cas, l'acte en question peut n'être pas interdit par le droit interne; en l'occurrence, le recours à la règle est manifestement futile.

16. M. PELLET dit qu'il juge la position de M. Momtaz sur la doctrine des « mains propres » quelque peu difficile à comprendre. Ce qu'il en a dit semble exact, mais il aboutit à une conclusion erronée. Certes, la théorie n'a pas encore été développée dans le contexte de la protection diplomatique, mais peut-être le moment de le faire est-il précisément venu. Le sujet intrigue les juristes depuis longtemps, et plutôt que d'examiner le problème puis de s'en détourner, le moment est venu pour la Commission de le régler. Il est vrai que, dans certains cas, la législation interne peut être contraire au droit international, et la question est alors de savoir si la personne lésée est tenue de respecter le droit interne. Elle ne serait probablement pas considérée comme ayant les « mains sales », mais comme ayant les « mains propres », et le problème ne se poserait donc pas. Pourtant, il s'agit d'une exception à la règle des « mains propres » et M. Pellet ne voit pas comment l'on peut y voir une raison de ne pas étudier le problème. Il pense également que le droit interne est généralement réputé conforme au droit international.

17. M. GAJA, se référant d'abord à l'article 14, dit qu'il pense avec le Rapporteur spécial que le fait de qualifier d'« efficaces » les recours devant être épuisés en application de l'article 10 ne rendrait pas inutile une disposition plus précise sur l'efficacité. C'est ce que vise l'article 14 aux alinéas *a*, *e* et *f*. M. Gaja exprime sa préférence pour l'option 2 à l'alinéa *a*; celui-ci pourrait certes être mieux rédigé, mais il traduit bien l'idée fondamentale selon laquelle un recours ne doit être épuisé que s'il existe une perspective raisonnable de succès. Il serait également préférable de parler de « recours » au singulier, car c'est l'efficacité de chaque recours disponible qui doit être évaluée.

18. L'exception prévue à l'alinéa *e*, à savoir celle du retard abusif, renvoie à un aspect de l'efficacité qui mérite peut-être une mention spéciale. Pour M. Gaja, plutôt que de parler d'un « retard abusif dans l'administration d'un recours interne », le texte devrait viser la situation où le tribunal a statué avec retard sur un recours exercé. Le pro-

blème est que les tribunaux prennent un temps abusivement long pour statuer.

19. Quant à l'alinéa *f*, si l'accès à un recours est empêché, il est légitime de conclure qu'il n'y a pas de recours. Le texte de cet alinéa n'exprime pas ce que l'on veut exprimer. Les paragraphes 100 et 101 du troisième rapport visent une situation différente, celle dans laquelle un étranger se voit refuser l'entrée du territoire de l'État auteur ou dans laquelle la sécurité de l'étranger est en péril s'il entre sur ce territoire. De tels éléments seront rarement décisifs dans le cadre des recours civils. Normalement, la présence physique du demandeur sur le territoire de l'État dans lequel il souhaite exercer un recours civil n'est pas requise. L'exception devrait être limitée aux cas dans lesquels sa présence semble être une condition du succès de son recours. Peut-être est-il suffisant de mentionner une telle possibilité dans le commentaire comme relevant du critère plus général de l'efficacité tel qu'énoncé à l'alinéa *a*.

20. Pour ce qui est de l'article 15, M. Gaja n'est pas convaincu que les règles régissant l'administration de la preuve relèvent en tant que telles du sujet. Si elles en relèvent, la Commission doit aussi examiner les questions touchant la preuve de la nationalité. Quoiqu'il en soit, les règles coutumières en matière de preuve, s'il en existe, sont difficiles à établir. Les principes les plus fondamentaux en la matière, y compris la charge de la preuve, sont différents dans les pays de *common law* et dans les pays de droit civil. Les pays de droit civil n'ont pas de système de preuve *prima facie*, et cela a un impact devant les cours et les tribunaux internationaux. Les règles régissant la preuve varient aussi énormément suivant le type de procédure internationale. La procédure devant la CIJ est extrêmement différente de celle qu'appliquent les organes créés par les traités relatifs aux droits de l'homme. De plus, le même organe conventionnel peut avoir des règles de preuve différentes à chaque stade de la procédure. Par exemple, la Cour européenne des droits de l'homme peut déclarer une requête irrecevable parce que les recours internes n'ont pas été épuisés même sans le notifier à l'État défendeur. Si l'État défendeur fait l'objet d'une notification, son attitude à cet égard devient alors pertinente, parce que, s'il n'a pas objecté que les recours internes n'ont pas été épuisés, la Cour n'examinera pas la question d'office. Dans ce contexte, on pourrait également dire que, si un État fait valoir que les recours internes n'ont pas été épuisés, la charge de la preuve qui lui incombe est plus lourde que ce qu'imposent à l'État défendeur d'autres procédures internationales. Toute disposition relative à la charge de la preuve, quelle qu'elle soit, est soumise aux principes et règles applicables à certaines procédures.

21. Rappeler le principe général selon lequel la partie qui affirme quelque chose doit le prouver, comme au paragraphe 1 de l'article 15, n'est guère utile. Il s'agit d'une maxime ancienne qui n'était de toute façon pas exacte. Ce qui importe n'est pas vraiment l'allégation, mais l'intérêt que peut avoir la partie à établir un certain fait qui semble être pertinent. Bien que le paragraphe 1 évoque l'épuisement des recours internes, une proposition générale de ce type est totalement déplacée dans un projet d'articles sur la protection diplomatique.

22. La distinction « norvégienne » faite au paragraphe 2 de l'article 15 entre la disponibilité d'un recours, que doit établir l'État défendeur, et son inefficacité, que l'État demandeur doit prouver, est quelque peu artificielle. Un recours qui n'offre aucune chance de succès, c'est-à-dire qui n'est pas efficace, n'a pas besoin d'être épuisé. Ainsi, l'intérêt de l'État défendeur va plus loin que l'établissement de l'existence d'un recours. Cet État doit aussi montrer que le recours avait une chance raisonnable d'aboutir. Des passages de l'arrêt *ELSI* semblent donner à penser que l'État défendeur doit uniquement démontrer qu'un recours est disponible. Mais il n'est guère contesté que le recours existait; ce qui était en cause était l'efficacité du recours en l'absence de jurisprudence pertinente au moment du préjudice invoqué. Il s'agissait d'une question d'efficacité plus que de disponibilité.

23. On pourrait trouver dans la doctrine et dans la jurisprudence des exemples montrant que la charge de la preuve incombe à l'État défendeur en ce qui concerne l'épuisement des recours internes et qu'elle est plus lourde que d'autres aspects concernant la recevabilité ou des questions de fond. Mais M. Gaja se demande si cela découle de quelque chose qui est propre à l'épuisement des recours internes ou d'un raisonnement différent. Il est très difficile pour la Cour internationale de Justice, par exemple, de décider si un recours efficace existe dans un État. L'État défendeur est dans une bien meilleure position que les juges ou le demandeur pour démontrer l'existence de recours. De même, l'État de nationalité est mieux placé pour fournir des preuves de la nationalité d'un individu. Dans un tel cas, la charge de la preuve incombe à l'État demandeur. Ainsi, la position de l'État, demandeur ou défendeur, semble être moins importante que l'existence de preuves.

24. M. BROWNLIE dit qu'il souhaite d'emblée dissiper l'impression qu'il a pu donner lors de son intervention précédente, à savoir qu'il était très critique à l'égard du troisième rapport du Rapporteur spécial, lequel est en fait un modèle du genre.

25. Dans l'ensemble, il approuve la démarche adoptée à l'article 14, mais non la manière dont est énoncée la condition de lien volontaire à l'alinéa *c*, parce qu'il y est dit que les recours internes n'ont pas à être épuisés lorsqu'il n'y a pas de lien volontaire entre l'individu lésé et l'État défendeur. Le contenu effectif du commentaire du Rapporteur spécial est assez hésitant. Au paragraphe 70, il est dit que la jurisprudence hésite sur l'exigence d'un lien volontaire. Cela est exact, mais M. Brownlie ne voit pas ce qu'il faut en conclure. La Commission peut faire œuvre de développement progressif, et elle le ferait dans le contexte d'un grand nombre de principes qui existent déjà. Il ne s'agirait pas de partir de zéro, parce qu'en ce qui concerne les recours internes, la matière est considérable. C'est exactement le type de question sur lequel la Commission doit se prononcer clairement. Les paragraphes 84 et 85, qui semblent donner à penser que la question ne se pose pas très souvent, concernent des situations dans lesquelles on peut arguer que, de toute façon, un préjudice direct a été causé à l'État et que, de ce fait, la règle de l'épuisement des recours internes ne s'applique pas. Mais, ce faisant, on élude la question de savoir si un lien volontaire est nécessaire. Le paragraphe 89 lui aussi contient une conclusion assez hésitante, mais pour l'essentiel négative, sur la question

de savoir si l'existence d'un lien volontaire doit être une condition de l'application de la règle de l'épuisement des recours internes. Il est décevant que le Rapporteur spécial évite de s'engager sur les questions de principe. C'est ce que M. Brownlie reprochait à la distinction condition de procédure/condition de fond – non qu'elle fût faite mais qu'il s'agît de la seule question théorique ou de principe qui semblait avoir été examinée. La Commission devrait se pencher plus directement sur les questions de principe. M. Brownlie n'est pas d'accord avec ce qui est dit implicitement dans le commentaire, à savoir que la question du lien volontaire est une question académique. Les circonstances de l'affaire de l'*Incident aérien du 27 juillet 1955* ne sont malheureusement pas si exceptionnelles, et il y a bien là une question grave à examiner.

26. C'est à bon droit que M. Gaja estime qu'il n'est pas nécessaire d'avoir un alinéa *f* distinct à l'article 14. La teneur de cet alinéa relève de la question générale de l'efficacité.

27. Quant à l'article 15, comme M. Gaja, M. Brownlie juge qu'une telle disposition n'est pas nécessaire. Il sera difficile de parvenir à un accord sur son contenu. Il semble, de plus, superflu d'avoir un article distinct sur la charge de la preuve, qui est une question qui se pose de toute façon et à laquelle il doit être répondu dans chaque cas d'espèce; il est inutile d'inclure une disposition sur le sujet à chaque fois que l'on envisage un problème.

28. M. MOMTAZ se félicite que M. Pellet reconnaisse que la doctrine des « mains propres » n'a pas encore pris forme. Cette question relève non de la codification mais bien du développement progressif du droit international.

29. M. DUGARD (Rapporteur spécial) dit qu'il serait préférable que les membres s'abstiennent pour le moment de commenter l'alinéa *c* de l'article 14, qui n'a pas encore été présenté. S'agissant de l'observation de M. Brownlie, il est évident que quiconque accepte d'être rapporteur spécial s'expose inévitablement à des critiques sévères des autres membres. Telle est après tout la nature des débats de la Commission.

30. M. Brownlie et M. Gaja ont soulevé une question qui devrait être examinée de manière plus approfondie, celle de savoir s'il est vraiment nécessaire de parler des règles de procédure. M. Gaja a évoqué le conflit entre la *common law* et le droit civil à cet égard. Actuellement, dans le domaine du droit pénal, par exemple devant les tribunaux spéciaux ou la Cour pénale internationale, trouver un terrain d'entente est un problème majeur. Le Rapporteur spécial se demande si le moment n'est pas venu pour la Commission de tenter d'identifier, en matière de preuve, des principes qui valent aussi bien dans les systèmes de droit civil que dans les systèmes de *common law*.

31. LE PRÉSIDENT remercie le Rapporteur spécial pour son approche exhaustive du sujet.

32. Mme XUE dit que les questions visées au paragraphe 16 du troisième rapport devraient être exclues du sujet de la protection diplomatique. C'est le principe de la nationalité, c'est-à-dire le lien entre un État et ses nationaux à l'étranger, qui est au cœur de la protection diplomatique. Lorsqu'un État fait valoir un intérêt juridique à exercer sa protection diplomatique à raison d'un fait internationale-

ment illicite ayant causé un préjudice à un de ses nationaux, le lien entre l'intérêt juridique et l'État doit être la nationalité du ressortissant. Dans l'ensemble, ce principe a jusqu'ici été observé dans tout le projet. Si, par contre, les questions visées au paragraphe 16 étaient envisagées, même à titre d'exception, elles affecteraient inévitablement la nature des règles relatives à la protection diplomatique, en étendant indûment le droit des États d'intervenir. Étant donné l'application de ce droit au cours de l'histoire, il n'y a aucune exagération à le dire.

33. Il est compréhensible que l'on veuille protéger les fonctionnaires des organisations internationales mais Mme Xue se demande si l'on peut dans ce domaine parler de protection diplomatique. Si la Commission a décidé d'exclure la protection des agents diplomatiques et consulaires du champ de l'étude, la même logique voudrait que l'on en exclue les fonctionnaires des organisations internationales. De même, les membres des forces armées sont normalement protégés par l'État qui dirige ces forces, et cette protection n'est pas considérée comme relevant de la protection diplomatique. Comme le Rapporteur spécial, Mme Xue estime que cette protection fonctionnelle, si elle doit être envisagée, doit l'être séparément.

34. Dans le cas de l'équipage d'un navire ou d'un aéronef, la question n'est pas de savoir comment l'État doit protéger ses nationaux à l'étranger, mais plutôt comment éviter des réclamations concurrentes émanant de différents États. Si le navire bâte un pavillon de complaisance, l'État de l'immatriculation n'aura pas d'intérêt à exercer sa protection diplomatique si les gouvernements dont les membres de l'équipage ont la nationalité ne le font pas. Quoi qu'il en soit, de tels cas relèvent du droit maritime ou du droit aérien, si cette protection présente un problème en droit international.

35. En pratique, il y a des cas dans lesquels un État délègue le droit d'exercer la protection diplomatique de ses nationaux ou de ses intérêts économiques à un autre État lorsque les relations diplomatiques ont été suspendues ou en cas d'urgence, mais une telle demande relèverait plutôt de la représentation par anticipation que de la protection diplomatique. Mme Xue pense avec M. Mansfield qu'il serait difficile d'imaginer qu'une telle délégation puisse aboutir à une procédure judiciaire à laquelle l'État qui l'a accordée ne participerait pas directement.

36. Le dernier cas évoqué au paragraphe 16 du troisième rapport semble impliquer qu'un État ou une organisation internationale qui administre ou contrôle un territoire devrait avoir le droit d'exercer sa protection diplomatique au profit des habitants de ce territoire lorsque ceux-ci se trouvent à l'étranger. Quoi qu'il en soit, en pratique, une telle administration ou un tel contrôle sont souvent établis à titre temporaire jusqu'à ce qu'un gouvernement légitime puisse être mis en place; une représentation de ce type, même lorsqu'elle est exercée pour protéger les droits de l'homme, ne devrait pas être définie comme la protection diplomatique.

37. La principale préoccupation de Mme Xue au sujet des articles 12 et 13 est la distinction qui est faite entre les violations du droit interne et les violations du droit international. L'article 13 devrait être réexaminé et, de préférence, supprimé, tandis que le libellé de l'article 12

devrait être renforcé, afin de rendre la règle de l'épuisement des recours internes obligatoire, que ce soit du point de vue de la procédure ou du point de vue du fond, si l'on doit faire une telle distinction. Il sera dans ce cas indispensable de définir quelles dérogations à cette règle peuvent être admises.

38. Le commentaire du Rapporteur spécial sur l'article 14 est très utile, et s'il y a de nombreux cas de déni procédural de justice et d'études académiques à ce sujet, il n'y a pas de consensus en la matière. De plus, certaines des clauses de la règle relative à la futilité laissent peut-être trop de place au jugement subjectif du demandeur, et l'alinéa *b* de l'article 14, relatif à la renonciation, pourrait être encore amélioré par une étude plus approfondie de la renonciation implicite et de l'estoppel.

39. En ce qui concerne l'article 15, M. Gaja a noté à juste titre qu'étant donné les différences existant dans les systèmes juridiques, il est difficile d'établir des règles générales en droit international.

40. Enfin, Mme Xue hésite beaucoup à s'engager dans le débat sur la doctrine des « mains propres »; du point de vue des principes, nul ne doit pouvoir utiliser la protection diplomatique pour se soustraire à la responsabilité juridique qu'il encourt parce qu'il a commis des actes qui sont illicites au regard du droit interne auquel il s'est volontairement assujéti.

41. M. BROWNLIE dit que la distinction entre protection diplomatique et protection fonctionnelle joue dans certaines situations, comme la CIJ l'a démontré dans son avis consultatif en l'affaire de la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*. Toutefois, il n'est pas pleinement convaincu par l'utilisation que fait Mme Xue de cette distinction dans le cadre de la protection diplomatique exercée au profit de membres des forces armées. De tels cas représentent une application des intérêts juridiques de l'État auquel appartiennent les troupes en question; il en est de même des équipages de navires ou d'aéronefs, comme l'a reconnu une jurisprudence récente.

42. La protection diplomatique est habituellement considérée comme une question mettant en cause la recevabilité des réclamations. Toutefois, en réalité, c'est à la fois une expression d'intérêt juridique et l'instrument par lequel un État défend ces intérêts en formulant une réclamation diplomatique. Lorsqu'une affaire est portée devant la CIJ ou un tribunal arbitral, à supposer qu'il n'y ait pas de problème de compétence ou de recevabilité, l'aspect instrumental est couvert par l'application du droit et la question qui reste est celle des intérêts nationaux. Le principe de la nationalité est bien entendu l'expression principale de l'intérêt juridique liant un État à des personnes physiques ou morales, mais le droit peut reconnaître d'autres fondements pour cet intérêt juridique, par exemple l'appartenance aux forces armées.

43. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO dit que le travail accompli par le Rapporteur spécial sur le sujet complexe de la protection diplomatique appelle l'admiration et le respect. En l'absence de certitude quant aux règles régissant la protection diplomatique, la Commission doit en effet choisir entre des règles concurrentes sur la base de

l'équité dans la société internationale contemporaine; il s'agit de faire œuvre aussi bien de codification que de développement progressif, en tenant compte de l'évolution en cours dans ce domaine.

44. La protection fonctionnelle de leurs fonctionnaires par les organisations internationales (par. 16 du rapport) ne devrait pas être traitée dans le projet d'articles parce qu'il s'agit d'une exception au principe de la nationalité, lequel est fondamental en matière de protection diplomatique. Cette protection fonctionnelle, qui a fait l'objet de nombreux travaux de doctrine et a été analysée par la CIJ, consiste pour une organisation internationale à intervenir au nom de ses fonctionnaires contre l'État territorial, défini comme l'État sur le territoire duquel les fonctionnaires en question ont subi le préjudice – une définition dont l'inclusion devrait être envisagée dans la liste des termes devant être définis dans le projet d'articles. Dans son avis consultatif concernant la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, la CIJ a indiqué clairement que la réclamation formulée par l'Organisation était fondée non sur la nationalité de la victime, mais sur sa qualité d'agent de l'Organisation. De même, dans son jugement en l'affaire *Jurado*, le Tribunal administratif de l'OIT a déclaré que les privilèges et immunités des fonctionnaires de l'OIT leur étaient accordés uniquement dans l'intérêt de l'Organisation.

45. Ces décisions soulèvent des questions intéressantes en ce qui concerne des réclamations concurrentes émanant des États de nationalité et des organisations internationales. Il faut indiquer clairement que, comme la Cour l'a noté dans son avis consultatif, une concurrence entre le droit de l'État d'exercer sa protection diplomatique et celui de l'organisation d'exercer sa protection fonctionnelle ne doit pas aboutir à deux réclamations ou à deux réparations. Ainsi, si M. Rodríguez Cedeño convient que les questions visées aux paragraphes 16 et 17 du troisième rapport ne relèvent pas du sujet à l'examen, il estime pourtant qu'elles pourraient susciter un débat sur la nécessité de limiter les réclamations et les réparations.

46. Il faut réaliser un équilibre entre le principe général selon lequel les recours internes doivent être épuisés, et cela doit être indiqué clairement, et les exceptions à ce principe. La futilité des recours internes est une question complexe parce qu'elle implique un jugement subjectif, et en raison de sa relation avec la charge de la preuve; elle oblige à se demander si un État de nationalité peut formuler une réclamation devant un tribunal international uniquement parce qu'il suppose que le recours interne était pour diverses raisons futile. La question ne peut être laissée de côté, mais il faut l'aborder avec beaucoup de prudence. La Commission ne doit pas sembler établir un principe de compétence complémentaire en conférant compétence à un organe international dans les cas où des recours internes, aux yeux du demandeur, n'existaient pas ou sont inefficaces. Il est important de tenir compte de la position adoptée par la CIJ dans l'affaire du *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis* et de prévenir les interprétations extrêmes en faveur de l'État demandeur ou de l'État territorial. Ainsi, comme l'a conclu le Rapporteur spécial (par. 45 du rapport), la troisième option présentée pour l'alinéa *a* de l'article 14 doit être préférée. Les alinéas *e* et *f* du même article soulèvent des questions qui, aussi

importantes soient-elles, ne sont pas à proprement parler essentielles pour le sujet à l'examen.

47. M. OPERTTI BADAN déclare qu'aucune raison de fond n'a encore été avancée en faveur de l'inclusion ou de l'exclusion des quatre situations visées au paragraphe 16 du troisième rapport. La protection fonctionnelle de leurs fonctionnaires par les organisations internationales est normalement une question réglée par voie d'accord entre les États et les organisations qui opèrent sur leur territoire; la protection diplomatique n'est pas le mécanisme de premier recours. Les réclamations formulées au nom des équipages ou passagers des navires, qu'elles concernent des zones où la pêche est intensive ou les activités des navires de recherche scientifique dans les eaux territoriales, ont soulevé des questions difficiles à résoudre. Un État ne peut déléguer le droit d'exercer la protection diplomatique s'il n'est pas en mesure d'exercer ce droit. Enfin, on peut imaginer une situation dans laquelle un État de nationalité aurait exercé sa protection diplomatique au nom de ses nationaux sous l'administration de la Mission d'administration intérimaire des Nations Unies au Kosovo (MINUK) à la suite de l'action de l'OTAN. Il serait utile que le Rapporteur spécial fournisse des informations sur ces quatre questions afin que la Commission puisse décider en connaissance de cause si elle doit ou non les examiner. Une discussion plus large et plus exhaustive est nécessaire.

48. Mme XUE dit que si elle apprécie les éclaircissements donnés par M. Brownlie, la principale question est celle du lien entre l'État demandeur et l'individu. Il est important de justifier l'exercice par les États de la protection diplomatique. En voyageant à l'étranger, les citoyens établissent un lien volontaire qui les assujettit au droit interne de l'État d'accueil. Toutefois, les fonctionnaires diplomatiques et consulaires n'établissent pas un tel lien, pas plus que les membres des forces armées ou les équipages de navires et d'aéronefs. Il faut aussi indiquer clairement que l'État demandeur ne peut intervenir que si l'État territorial ne protège pas les ressortissants étrangers conformément au droit international. Et si la réparation des dommages subis par les fonctionnaires d'organisations internationales est une question qui relève réellement du droit international, la Commission est surtout concernée par la relation entre le droit interne et le droit international. Il est important de ne pas confondre protection diplomatique et protection fonctionnelle.

49. M. SIMMA note que divers membres ont dit douter qu'il y ait en pratique des situations dans lesquelles un État exerce sa protection diplomatique au profit du national d'un autre État par l'effet d'une délégation (par. 16 du rapport). Il se demande si cette hypothèse ne repose pas sur une interprétation erronée de l'alinéa *c* de l'article 8 du Traité sur l'Union européenne, aux termes duquel chaque citoyen d'un État membre de l'Union, lorsqu'il se trouve dans un pays tiers dans lequel l'État membre dont il est le national n'est pas représenté, a droit à la protection des autorités diplomatiques ou consulaires de tout État membre dans les mêmes conditions que les nationaux de celui-ci. De tels cas ne relèvent pas de la protection diplomatique, mais plutôt de la protection consulaire ordinaire des nationaux.

50. M. DUGARD (Rapporteur spécial) dit qu'il pense également que la délégation de protection au sein de l'Union européenne ne constitue pas la protection diplomatique; de plus, la question a également été traitée au projet d'article 9.

51. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO fait observer que la protection fonctionnelle de leurs fonctionnaires par les organisations internationales repose sur la qualité d'agent de l'organisation des individus en cause – qui a notamment pour conséquence qu'une organisation peut formuler une réclamation contre un État qui n'est même pas un de ses membres – alors que la protection diplomatique repose sur un lien de nationalité.

La séance est levée à 11 h 45.

2715^e SÉANCE

Vendredi 3 mai 2002, à 10 heures

Président : M. Robert ROSENSTOCK

Présents : M. Addo, M. Al-Marri, M. Brownlie, M. Candiotti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Daoudi, M. Dugard, Mme Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kateka, M. Kemicha, M. Koskenniemi, M. Kuznetsov, M. Mansfield, M. Momtaz, M. Niehaus, M. Opertti Badan, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Tomka, Mme Xue, M. Yamada.

Protection diplomatique¹ (suite) [A/CN.4/514², A/CN.4/521, sect. C, A/CN.4/523 et Add.1³, A/CN.4/L.613 et Rev.1]

[Point 4 de l'ordre du jour]

DEUXIÈME ET TROISIÈME RAPPORTS DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (suite)

1. Mme ESCARAMEIA, revenant sur la question de la nature de la règle de l'épuisement des recours internes, telle qu'elle a été soulevée à propos des articles 12

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 et 39.

² Voir *Annuaire... 2001*, vol. II (1^{re} partie).

³ Reproduit dans *Annuaire... 2002*, vol. II (1^{re} partie).

et 13 figurant dans le deuxième rapport (A/CN.4/514), et complétant ses observations formulées à une séance précédente, conçoit, éclairée par le débat, que cette règle, encore qu'appartenant à l'ordre de la procédure, touche aussi au fond dans ses effets pratiques. Elle appelle à ce titre des exceptions pour tenir compte des situations où son application s'avérerait injuste, par exemple dans les cas de changement de nationalité ou de refus d'acceptation de la compétence d'une juridiction internationale. Cela posé, il conviendrait de commencer par déterminer le moment où naît le droit de l'État de faire jouer la protection diplomatique – qui serait probablement le moment où le préjudice est causé à son ressortissant. Passant au troisième rapport (A/CN.4/523 et Add.1) et à l'article 14, notamment son alinéa *a* (futilité), Mme Escarameia se range volontiers à l'avis du Rapporteur spécial et au consensus qui semble se dessiner en faveur de l'option 3, à savoir que les recours internes n'ont pas à être épuisés lorsqu'ils n'offrent aucune possibilité raisonnable d'obtenir une mesure de réparation efficace. Quant aux alinéas *e* (retard abusif) et *f* (refus d'accès), elle les juge pertinents.

2. À propos de l'article 15, Mme Escarameia considère que le paragraphe 1 est utile et qu'il a toute sa place dans le projet. Pour ce qui est du paragraphe 2, elle convient avec M. Gaja que l'important est moins de rapporter la preuve que des recours internes existent que de rapporter la preuve qu'ils sont efficaces. Elle croit comprendre que tel est aussi le sentiment du Rapporteur spécial. Le problème est donc un problème de formulation, qui est du ressort du Comité de rédaction.

3. Se référant à l'orientation future du projet d'articles, et en particulier au paragraphe 16 du troisième rapport, Mme Escarameia partage en partie les vues du Rapporteur spécial sur l'élargissement de la portée du projet. Elle croit par exemple que la question de la délégation à un autre État du droit d'exercer la protection diplomatique est par trop spécifique et exceptionnelle pour pouvoir s'inscrire dans le cadre du projet. En ce qui concerne la question de la protection fonctionnelle par les organisations internationales, Mme Escarameia dit avoir été sensible à l'intervention de M. Momtaz à la séance précédente. Cette question, même si elle a été portée devant des juridictions, n'est toujours pas réglée alors qu'elle se pose avec de plus en plus d'acuité. Elle devrait faire l'objet d'une étude approfondie, peut-être distincte. D'autre part, Mme Escarameia estime que la question de l'élargissement du projet au droit de l'État de nationalité d'un navire ou d'un aéronef de présenter une réclamation au nom de l'équipage, et éventuellement aussi des passagers, quelle que soit la nationalité des personnes concernées, mérite un examen plus approfondi et elle comprend les réserves du Rapporteur spécial actuel et de celui qui l'a précédé. Il reste que l'*Affaire du navire « Saiga »* justifie une réflexion plus poussée sur ce point. En revanche, Mme Escarameia porte un intérêt particulier à la protection dans le cas où une organisation internationale administre un territoire, comme cela a été le cas pour le Kosovo et le Timor oriental. L'organisation internationale est titulaire à ce titre de toutes les fonctions d'un État et doit dès lors exercer une protection à l'égard d'une population livrée à elle-même dont des membres sont parfois apatrides ou n'ont pas une nationalité bien définie.