

Chapitre VII

PROTECTION DIPLOMATIQUE

A. – Introduction

158. À sa quarante-huitième session, en 1996, la Commission a inclus le sujet de la « Protection diplomatique » au nombre des trois sujets dont elle a jugé qu'ils se prêtaient à la codification et au développement progressif¹¹²¹. Cette même année, l'Assemblée générale, dans sa résolution 51/160 du 16 décembre 1996, a invité la Commission à examiner plus avant le sujet et à en indiquer la portée et le contenu en se fondant sur les commentaires et observations qui avaient été faits au cours du débat à la Sixième Commission, ainsi que sur les commentaires que les gouvernements pourraient souhaiter soumettre par écrit. À sa quarante-neuvième session, en 1997, la Commission, en application de cette résolution, a constitué, à sa 2477^e séance, un groupe de travail sur le sujet¹¹²². Le Groupe de travail a présenté un rapport au cours de ladite session, que la Commission a fait sien¹¹²³. Le Groupe de travail s'est efforcé *a)* de préciser autant que possible la portée du sujet et *b)* de déterminer les questions à étudier dans le contexte du sujet. Il a présenté un schéma pour l'examen du sujet, que la Commission a recommandé au Rapporteur spécial de prendre pour base de travail pour établir son rapport préliminaire¹¹²⁴.

159. À sa 2510^e séance, le 11 juillet 1997, la Commission a désigné M. Mohamed Bennouna rapporteur spécial sur le sujet¹¹²⁵.

160. Au paragraphe 8 de sa résolution 52/156 du 15 décembre 1997, l'Assemblée générale a approuvé la décision de la Commission d'inscrire à son ordre du jour le sujet intitulé « Protection diplomatique ».

161. À sa cinquantième session, en 1998, la Commission était saisie du rapport préliminaire du Rapporteur spécial¹¹²⁶. À la même session, la Commission a constitué un groupe de travail à composition non limitée chargé d'étudier les conclusions éventuelles qui pourraient être tirées de l'examen de la façon d'aborder le sujet¹¹²⁷.

162. À sa cinquante et unième session, en 1999, la Commission a nommé M. Christopher John Robert Dugard rapporteur spécial sur le sujet¹¹²⁸, M. Bennouna ayant été élu juge au Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie.

163. À sa cinquante-deuxième session, en 2000, la Commission était saisie du premier rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/506 et Add.1). Elle a reporté l'examen du document A/CN.4/506/Add.1 à la session suivante, faute de temps. Lors de la même session, la Commission a décidé que les projets d'articles 1, 3 et 6 feraient l'objet de consultations officieuses ouvertes à tous, sous la présidence du Rapporteur spécial¹¹²⁹. La Commission a ensuite décidé, à sa 2635^e séance, le 9 juin 2000, de renvoyer les projets d'articles 1, 3 et 5 à 8 ainsi que le rapport sur les consultations officieuses au Comité de rédaction.

B. – Examen du sujet à la présente session

164. À la présente session, la Commission était saisie de l'additif au premier rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/506/Add.1) ainsi que de son deuxième rapport (A/CN.4/514). La Commission a examiné le chapitre III (Continuité de la nationalité et cessibilité des réclamations) à sa 2680^e séance et de sa 2685^e à sa 2687^e séances, tenues respectivement le 25 mai et du 9 au 11 juillet 2001. La Commission a également examiné le deuxième rapport du Rapporteur spécial de sa 2688^e à sa 2690^e séances, tenues du 12 au 17 juillet 2001. Faute de temps, la Commission n'a pu examiner que les parties du deuxième rapport relatives aux projets d'articles 10 et 11, et a décidé de reporter l'examen du reste du rapport, concernant les projets d'articles 12 et 13, à la session suivante.

165. La Commission a décidé de renvoyer au Comité de rédaction le projet d'article 9, à sa 2688^e séance tenue le 12 juillet 2001, ainsi que les projets d'articles 10 et 11, à sa 2690^e séance tenue le 17 juillet 2001.

166. À sa 2688^e séance, la Commission a décidé que le projet d'article 9 ferait l'objet de consultations officieuses ouvertes à tous, sous la présidence du Rapporteur spécial.

¹¹²¹ *Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), doc. A/51/10, par. 248, p. 105, et annexe II, additif 1, p. 150.

¹¹²² *Annuaire... 1997*, vol. II (2^e partie), par. 169, p. 61.

¹¹²³ *Ibid.*, par. 171.

¹¹²⁴ *Ibid.*, par. 189 et 190, p. 63 et 64.

¹¹²⁵ *Ibid.*, par. 190, p. 64.

¹¹²⁶ *Annuaire... 1998*, vol. II (1^{re} partie), doc. A/CN.4/484.

¹¹²⁷ Pour les conclusions du Groupe de travail : *ibid.*, vol. II (2^e partie), par. 108, p. 50.

¹¹²⁸ *Annuaire... 1999*, vol. II (2^e partie), doc. A/54/10, par. 19, p. 18.

¹¹²⁹ Le rapport sur les consultations officieuses est reproduit dans l'*Annuaire... 2000*, vol. II (2^e partie), doc. A/55/10, par. 495, p. 89.

1. ARTICLE 9¹³⁰a) *Présentation par le Rapporteur spécial*

167. Le Rapporteur spécial, en présentant le chapitre III de son premier rapport, relatif au projet d'article 9 sur la continuité de la nationalité, a fait observer que si le droit de la protection diplomatique constituait un domaine où il existait un important corpus de pratique étatique, de jurisprudence et de doctrine, ces sources de droit semblaient aller dans différentes directions. Dans une large mesure, l'exercice incombant à la Commission consistait moins à formuler des règles nouvelles qu'à faire des choix entre plusieurs règles. La question de la continuité de la nationalité illustre bien cela.

168. Selon le point de vue traditionnel, un État ne pouvait exercer la protection diplomatique qu'en faveur d'une personne qui possédait la nationalité de cet État au moment de la survenance du dommage sur lequel se fondait la réclamation et qui avait continué de posséder cette nationalité jusques et y compris la date de la présentation de la réclamation. Cette conception traditionnelle était étayée par une pratique étatique et on la retrouvait dans de nombreux accords. Sa raison d'être était notamment d'empêcher les particuliers de rechercher l'État offrant la protection la plus avantageuse, en empêchant ainsi les États puissants de se transformer en « agences de réclamation ».

169. Or, la règle traditionnelle avait été critiquée pour plusieurs motifs : elle était difficilement conciliable avec la fiction de Vattel selon laquelle un préjudice causé à un particulier était un préjudice causé à l'État lui-même; plusieurs décisions judiciaires avaient remis en cause sa validité en tant que règle générale; son contenu était incertain en raison du flou qui entourait des notions clefs comme la « date du dommage » (*dies a quo*) et la date jusqu'à laquelle la nationalité devait avoir continué (*dies ad quem*); sa raison d'être n'était plus valable dès lors que les États étaient très prudents en matière d'attribution de leur nationalité, et que, comme la CIJ l'avait relevé dans l'affaire *Nottebohm*¹³¹, un État requérant devait aussi démontrer l'existence d'un lien effectif avec le national au

nom duquel il présentait une réclamation; la règle était injuste dans la mesure où elle pouvait aboutir à un déni de protection diplomatique à l'égard de personnes qui avaient changé de nationalité involontairement, soit pour cause de succession d'États soit pour d'autres raisons, comme un mariage ou une adoption; et elle ne tenait pas compte du fait que c'était en définitive l'individu qui était le bénéficiaire de la protection diplomatique. Étant donné ces critiques, il a semblé nécessaire que la Commission réexamine la conception traditionnelle et adopte une règle plus souple, qui intègre mieux l'idée que c'est en fin de compte l'individu qui est le bénéficiaire de la protection diplomatique.

170. Le Rapporteur spécial a en outre indiqué que l'on pouvait envisager un maintien de la règle en l'assortissant d'une dérogation en cas de changement involontaire de nationalité, mais que cela serait insuffisant. Il a donc proposé de renoncer à la règle traditionnelle en faveur d'une nouvelle approche selon laquelle un État pourrait présenter une réclamation au nom d'une personne qui en avait acquis de bonne foi la nationalité après la date du dommage imputable à un État autre que l'État de nationalité précédent, pour autant que l'État de nationalité d'origine n'ait pas exercé ou ne soit pas en train d'exercer la protection diplomatique à raison de ce dommage. Plusieurs moyens de prévenir les risques d'abus étaient maintenus : maintien de la priorité accordée à l'État de nationalité d'origine; application de l'exigence de bonne foi concernant l'acquisition de la nationalité et de la condition d'un lien effectif entre l'État requérant et son national; et impossibilité d'exercer la protection diplomatique contre l'État de nationalité antérieur à raison d'un dommage subi par une personne qui possédait alors la nationalité de cet État – ce qui permettait d'éviter les difficultés créées, notamment, par la loi Helms-Burton¹³² des États-Unis concernant les réclamations de Cubains naturalisés Américains contre le Gouvernement cubain à raison de faits survenus alors qu'ils étaient encore nationaux de Cuba. Le paragraphe 2 du projet d'article 9 étendait la nouvelle règle à la cession de réclamations.

b) *Résumé du débat*

171. Le Rapporteur spécial a été félicité pour son approche impartiale du sujet dans son rapport. Il a toutefois été observé qu'il s'était attelé à la tâche délicate de contester une règle établie du droit international coutumier. De fait, l'idée que la règle de la continuité de la nationalité faisait partie du droit international coutumier a été fortement appuyée par les membres de la Commission.

172. Certains membres ont également exprimé leur appui pour le maintien de la règle traditionnelle, dès lors notamment que les arguments en sa faveur, entre autres le souci d'éviter tout abus de la part de personnes ou d'États, restaient applicables. D'autres membres ont souligné que la principale raison d'être de la règle de la continuité n'était pas tant le risque d'abus par la recherche de la protec-

¹³⁰ L'article 9 proposé par le Rapporteur spécial est ainsi libellé :

« Article 9

1. Si une personne lésée a changé de nationalité de bonne foi après avoir subi un dommage, le nouvel État de nationalité peut exercer la protection diplomatique à l'égard de cette personne pour ce dommage, à condition que l'État de nationalité d'origine n'ait pas exercé ou ne soit pas en train d'exercer la protection diplomatique à l'égard de cette personne à la date du changement de nationalité.

2. Cette règle s'applique dans le cas où la réclamation a été cédée de bonne foi à une personne ou des personnes possédant la nationalité d'un autre État.

3. Ni le changement de nationalité de la personne lésée ni la cession de la réclamation au national d'un autre État n'affectent le droit qu'a l'État de nationalité d'origine de présenter une réclamation en son nom propre pour le préjudice qu'il a subi dans ses intérêts généraux du fait du dommage causé à la personne lésée quand cette personne avait encore sa nationalité.

4. Le nouvel État de nationalité ne peut exercer sa protection diplomatique contre un État de nationalité antérieur à raison d'un dommage subi par une personne qui possédait alors la nationalité de ce dernier État. »

¹³¹ *Nottebohm, deuxième phase* (voir *supra* note 207), p. 4.

¹³² *Cuban Liberty and Democratic Solidarity (Libertad) Act of 1996* (loi pour la liberté et la solidarité démocratique à Cuba) [loi Helms-Burton], *ILM*, vol. 35, n° 2 (mars 1996), p. 359. Pour le texte français de cette loi, voir *Documents d'actualité internationale*, Paris, Ministère des affaires étrangères, n° 16, 15 août 1996, p. 674.

tion la plus avantageuse que la conception de la protection diplomatique énoncée dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine*¹¹³³, à savoir que l'État faisait en réalité valoir ses propres droits, ce qui supposait qu'au moment de la violation la personne devait avoir la nationalité de l'État présentant la réclamation. De plus, la vigueur de la pratique étatique et l'absence de preuve de l'apparition d'un nouveau principe ou d'une nouvelle pratique militaient contre un changement de la règle.

173. Par ailleurs, il a été dit que si la Commission devait suivre la proposition du Rapporteur spécial, il faudrait ajouter une condition, à savoir que l'obligation était en vigueur, au moment de la violation, entre l'État défendeur et l'État présentant la réclamation au nom de la personne ayant par la suite acquis sa nationalité, car il était possible que l'État requérant allègue la violation d'une obligation qui se serait produite à un moment où cette obligation ne lui était pas due.

174. Inversement, certains ont appuyé la proposition du Rapporteur spécial concernant l'article 9. Tout en concédant qu'il existait une telle règle coutumière, ils ont mentionné les doutes qui étaient apparus à propos de cette règle au cours du temps, comme cela ressortait de nombreuses décisions et des écrits de plusieurs auteurs. Il a été dit que même des règles bien établies pouvaient être changées lorsqu'elles n'étaient plus adaptées à l'évolution de la société internationale, et que la Commission resterait dans son rôle de développement progressif du droit international en proposant de tels changements. Dès lors, d'un point de vue pratique, il y avait un intérêt à assurer une évolution positive de l'institution pour que celle-ci protège mieux les intérêts des personnes et des citoyens. De même, l'idée que les États se laisseraient aisément abuser a été contestée, nombre d'entre eux s'étant dotés de procédures complexes d'attribution de leur nationalité.

175. Un aspect fondamental du débat a concerné la relation entre la protection diplomatique et la protection des personnes en droit international. Les membres favorables à la nouvelle approche proposée par le Rapporteur spécial ont souscrit à sa proposition selon laquelle la règle de la continuité de la nationalité n'avait plus d'utilité dans un monde où les droits individuels étaient reconnus par le droit international, en faisant observer que l'État qui exerçait la protection diplomatique ne faisait pas valoir ses propres droits mais cherchait au contraire à faire respecter les droits de la personne. On a même dit que seule importait, en fait, la nationalité au moment de la réclamation.

176. D'autres membres ont estimé que la tendance générale, en droit international, à protéger les personnes ne justifiait pas que l'on change la règle de la continuité de la nationalité. Ils ont souligné que l'État qui exerçait cette protection devait certes prendre en considération les droits fondamentaux de la personne lésée, mais que la protection diplomatique n'était pas une institution de protection des droits de l'homme en soi. La protection diplomatique n'était pas non plus le meilleur mécanisme de protection des droits de l'homme, vu son caractère intrinsèquement discrétionnaire. Il a été également souligné que la protec-

tion diplomatique moderne, fondée en grande partie sur des traités, dépendait beaucoup des négociations entre États dans le cadre desquelles le rôle de l'État en tant que « législateur » d'une relation était indissociable de son rôle de garant ultime des droits en cause. Le problème était de savoir comment garantir les droits de l'individu et ceux de l'État sans compromettre l'équilibre délicat entre eux.

177. On s'est toutefois accordé à reconnaître que la règle devait être assouplie afin d'éviter certains résultats inéquitables. Tandis que les membres favorables à la proposition du Rapporteur spécial en ont déduit qu'il fallait réviser la règle elle-même, la plupart des membres ont exprimé leur préférence pour un moyen terme consistant à maintenir la règle traditionnelle mais en l'assortissant de certaines exceptions pour les cas où la personne ne disposerait par ailleurs d'aucune possibilité d'obtenir la protection d'un État. Il a été proposé de prévoir comme dérogation fondamentale les cas de changements involontaires de nationalité de la personne protégée résultant d'une succession d'États, d'un mariage et d'une adoption. Il a été aussi suggéré d'étendre cette règle à d'autres cas où différentes nationalités intervenaient à la suite d'une cession de la réclamation résultant par exemple d'une succession et d'une subrogation. Il a également été proposé de prévoir d'autres exceptions pour les apatrides et pour les cas où il serait impossible d'appliquer la règle de la continuité en raison, par exemple, de la disparition de l'État de nationalité d'origine par suite de dissolution ou de démembrement. Des doutes ont néanmoins été exprimés, par exemple quant à la distinction entre les cas de changement de nationalité « involontaire » et « volontaire ».

178. À propos du paragraphe 1 de l'article 9 proposé par le Rapporteur spécial, il a été suggéré de le reformuler pour énoncer la règle traditionnelle. Il a été dit en outre que la condition de bonne foi concernant le changement de nationalité était trop subjective et posait des problèmes, en particulier dans le cas de changement de nationalité de personnes morales, alors que l'exigence d'un lien « effectif », tel que consacrée dans l'affaire *Nottebohm*¹¹³⁴, serait une garantie suffisante contre les abus. Il a été par ailleurs proposé de préciser la notion de changement de nationalité en indiquant que cela supposait la perte de la nationalité d'origine, afin d'éviter d'éventuelles réclamations concurrentes. Il a été également observé que le libellé n'était pas satisfaisant car il ne précisait pas la loi applicable ni les conditions du changement de nationalité.

179. À propos du paragraphe 2, il a été proposé de faire une distinction entre les cessions de réclamations opérées entre personnes morales et celles opérées entre personnes physiques, et d'exclure les personnes morales du champ d'application des projets d'article. Il a cependant été rappelé qu'à sa session précédente la Commission avait estimé qu'elle pourrait ultérieurement réexaminer l'opportunité d'inclure dans les projets d'article la protection des personnes morales¹¹³⁵. Le Rapporteur spécial a confirmé que, selon lui, son mandat s'étendait au traitement des personnes morales, mais non à la protection accordée par

¹¹³³ Voir *supra* note 236.

¹¹³⁴ *Nottebohm, deuxième phase* (voir *supra* note 207), p. 4.

¹¹³⁵ *Annuaire... 2000*, vol. II (2^e partie), doc. A/55/10, par. 495, p. 89.

des organisations internationales. Il a indiqué son intention d'élaborer des dispositions spécifiques sur la règle de la continuité de la nationalité et la cessibilité des réclamations dans le cas de personnes morales. Des doutes ont par ailleurs été exprimés sur le bien-fondé même de ces notions de nationalité et de cession des réclamations.

180. Il a été dit que la question de la cessibilité des réclamations devait être davantage approfondie que ce n'était le cas dans le rapport. Selon un avis, le paragraphe 2 devait être plus restrictif de telle sorte que la règle de la continuité ne soit écartée que dans les cas de cession involontaire de réclamations, par exemple le décès de la personne lésée, et non dans le cas de cessions volontaires. Il a été également proposé de préciser l'expression « réclamation internationale ».

181. À propos du paragraphe 3, il a été jugé inopportun de dissocier l'intérêt général de l'État qui présente la réclamation de celui de la personne lésée. De même, il a été affirmé que le paragraphe pouvait être source de confusion car il semblait concerner autant la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite que la protection diplomatique.

182. Le paragraphe 4 a été approuvé, mais il a été proposé de le reformuler en termes plus généraux. Il a été également souligné que cette disposition pouvait poser problème puisque, selon la législation interne de certains États, des nationaux ne pouvaient perdre leur nationalité. S'agissant de la loi Helms-Burton, il a été dit que le caractère éventuellement illicite de cette loi tenait peut-être davantage à son application extraterritoriale qu'à son incompatibilité avec la règle exprimée dans le paragraphe.

183. Il a été proposé que la Commission examine les autres questions ci-après relatives à la question de la nationalité des réclamations : a) le cas des organisations internationales exerçant tant la protection fonctionnelle que la protection diplomatique pour un de leurs fonctionnaires (comme il est envisagé dans l'avis consultatif relatif à l'affaire de la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*¹¹³⁶); b) le droit de l'État de nationalité d'un navire ou d'un aéronef de présenter une réclamation au nom de l'équipage et éventuellement aussi des passagers, quelle que soit la nationalité des personnes concernées¹¹³⁷; c) le cas où un État exerce la protection diplomatique à l'égard d'un national d'un autre État, ce dernier ayant délégué au premier son droit de le faire; et d) le cas où un État ou une organisation internationale administre ou contrôle un territoire.

c) Conclusions du Rapporteur spécial

184. Le Rapporteur spécial a réaffirmé son point de vue selon lequel la fiction juridique de Vattel d'après laquelle l'État protégeait son propre intérêt lorsqu'il agissait pour le compte de son ressortissant n'était pas le fondement de la règle de la continuité de la nationalité car elle impli-

quait que seul l'État de nationalité au moment du dommage pouvait être l'État requérant, indépendamment de la question de savoir si la personne lésée possédait encore la nationalité de cet État au moment où la réclamation était présentée. Il a reconnu le caractère novateur de sa proposition d'article 9 et admis que, si certains orateurs avaient exprimé leur appui à cette proposition, ils constituaient une minorité. Tous les membres s'étaient néanmoins accordés à reconnaître la nécessité d'un assouplissement et d'une modification sous une forme ou une autre. Cet objectif pourrait être atteint si l'on assortissait la règle d'exceptions raisonnables, en particulier dans le cas de succession d'États et de mariage. Le Comité de rédaction devrait aussi examiner si la naturalisation suivant une longue période de résidence pouvait constituer une exception à la règle. Le Rapporteur spécial a également rappelé que plusieurs critiques valables avaient été émises, concernant entre autres la notion de changement de nationalité de bonne foi et que, de l'avis de certains orateurs, la question de la cessibilité des réclamations avait été insuffisamment étudiée. Il a aussi noté la nécessité de revoir les questions du *dies a quo* et du *dies ad quem*.

2. ARTICLE 10¹¹³⁸

a) Présentation par le Rapporteur spécial

185. Le Rapporteur spécial, en présentant le projet d'article 10 et la règle de l'épuisement des recours internes en général, a dit qu'il s'agissait incontestablement d'une règle coutumière du droit international, comme l'avait affirmé la CIJ dans les affaires *Interhandel*¹¹³⁹ et *ELSI*¹¹⁴⁰. Cette règle était fondée sur le respect dû à la souveraineté de l'État d'accueil et à ses organes judiciaires. Il a rappelé qu'un projet d'article sur l'épuisement des recours internes figurait dans le projet d'articles sur la responsabilité des États (projet d'article 22) tel qu'il avait été adopté en première lecture à la quarante-huitième session¹¹⁴¹, mais que la Commission avait ensuite décidé de traiter la question dans le cadre du projet d'articles sur la protection diplomatique.

186. Le projet d'article 10 visait à établir le cadre dans lequel s'inscriraient les autres articles relatifs à l'épuisement des recours internes. Le paragraphe 1 posait le principe de la règle et de son application tant aux personnes physiques qu'aux personnes morales. N'étaient cependant pas concernés les préjudices causés à des diplomates ou à des entreprises publiques accomplissant des *acta jure im-*

¹¹³⁸ L'article 10 proposé par le Rapporteur spécial est ainsi libellé :

« Article 10

1. Un État ne peut formuler une réclamation internationale découlant d'un préjudice causé à l'un de ses nationaux, personne physique ou morale, avant que le national lésé ait, sous réserve de l'article 14, épuisé tous les recours juridiques internes disponibles dans l'État dont il est allégué qu'il est responsable du préjudice.

2. Par "recours juridiques internes" on entend les recours ouverts de droit aux personnes physiques ou morales devant les tribunaux ou autorités judiciaires ou administratifs ordinaires ou spéciaux. »

¹¹³⁹ *Interhandel* (voir *supra* note 684), p. 6.

¹¹⁴⁰ *ELSI* (voir *supra* note 85), p. 15.

¹¹⁴¹ *Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), doc. A/51/10, par. 65, p. 65.

¹¹³⁶ *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies* (voir *supra* note 38), p. 174.

¹¹³⁷ Voir l'affaire du navire « *Saiga* » (*supra* note 515), par. 172.

perii qui étaient censés être des préjudices causés directement à l'État, auxquels la règle d'épuisement des recours internes n'étaient donc pas applicable.

187. Le Rapporteur spécial a en outre observé qu'il n'était pas toujours possible de maintenir la distinction entre règles primaires et règles secondaires dans l'ensemble du projet d'articles sur la protection diplomatique. Cette distinction, importante pour le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, l'était cependant moins à l'égard de la protection diplomatique, en raison de la place prééminente de la notion de déni de justice dans la plupart des tentatives de codification de la règle de l'épuisement des recours internes. Alors que le Rapporteur spécial était auparavant d'avis que la question du déni de justice mettait en cause une règle primaire et ne devait pas être examinée, il était depuis lors parvenu à la conclusion que la Commission devait examiner la question.

188. Le paragraphe 2 traitait du contenu de la règle d'épuisement des recours internes. Tous les recours juridiques devaient être épuisés avant qu'une réclamation ne puisse être présentée à l'échelon international. La définition de l'expression « recours juridiques » était cependant délicate. À l'évidence, cette notion comprenait tous les recours judiciaires ouverts en droit interne ainsi que les recours administratifs ouverts en droit, mais elle ne comprenait pas les recours administratifs ayant un caractère discrétionnaire ou gracieux. Le Rapporteur spécial a en outre fait observer que la sentence rendue dans l'affaire *Ambatielos* avait soulevé des difficultés en imposant au plaignant d'épuiser toutes les procédures disponibles devant les juridictions nationales¹¹⁴². La décision constituait une mise en garde : un plaignant qui ne présentait pas sa cause de façon appropriée devant les juridictions internes ne pouvait espérer la faire réexaminer au niveau international. Le Rapporteur spécial a aussi mentionné le principe selon lequel l'étranger devait avoir présenté devant les juridictions internes tous les arguments qu'il entendait faire valoir au plan international. Enfin, il résultait du paragraphe 2 que, pour que la règle s'applique, les recours internes devaient être disponibles en théorie comme en pratique.

b) Résumé du débat

189. Il a été reconnu que la règle d'épuisement des recours internes était une règle bien établie du droit international coutumier. L'idée du Rapporteur spécial de traiter le sujet, non pas dans un long article, mais dans plusieurs articles, a été également appuyée; il a toutefois été suggéré que l'article 10 pourrait être reformulé sous la forme d'une définition synthétique de la règle qui serait suivie de dispositions plus détaillées. Il a été néanmoins observé que ces dispositions seraient limitées, l'application de la règle d'épuisement des recours internes dépendant beaucoup du contexte.

¹¹⁴² *Ambatielos*, 1956, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII (numéro de vente : 63.V.3), p. 120.

190. À propos du paragraphe 1, on a dit qu'il fallait préciser la notion de « réclamation internationale » et revoir plus attentivement l'expression « recours [...] disponible ». De plus, on a fait observer qu'il manquait le critère de l'efficacité qui constituait traditionnellement un élément de la règle. L'idée a été émise que, sans le qualificatif « efficace », la référence à « tous les » recours juridiques internes disponibles serait trop générale et imposerait une charge excessive à la personne lésée. Inversement, des doutes ont été émis quant à l'inclusion d'une condition d'« efficacité », un tel critère pouvant se révéler extrêmement subjectif et soulevant inévitablement la question du procès équitable, qui était assez controversée en droit international. Il a par ailleurs été proposé de supprimer l'expression « personne physique ou morale », étant entendu que les projets d'article s'appliqueraient tant aux personnes physiques qu'aux personnes morales, sauf indication expresse contraire.

191. S'agissant de la définition des « recours juridiques internes » au paragraphe 2, il a été observé que chaque État organisait ses recours conformément à ses propres règles de procédure et, dans de nombreux cas, à son droit constitutionnel. Il a été proposé d'indiquer dans le paragraphe l'objet des recours à épuiser : dans certains cas, les recours internes visaient à prévenir un préjudice, tandis que dans d'autres ils ne tendaient qu'à une réparation.

192. À propos du mot « juridiques », il a été dit qu'il pouvait couvrir toutes les institutions juridiques dont la personne était en droit d'attendre une décision, un jugement ou une décision administrative. Selon un autre avis, le mot « juridiques » était superflu. La position du Rapporteur spécial selon laquelle il convenait d'exclure du champ d'application de la règle d'épuisement des recours internes les recours extrajudiciaires ou discrétionnaires a été appuyée, mais il a été fait observer que ce qui importait était le résultat et non les moyens par lesquels on y parvenait. La question a été posée de savoir si le mot « internes » pouvait couvrir la saisine d'un mécanisme régional de protection des droits de l'homme, comme la Cour européenne des droits de l'homme.

193. Il a été dit que le Rapporteur spécial avait donné une interprétation trop étroite des « recours administratifs ». Des explications ont été demandées à propos de la référence, au paragraphe 14 du rapport, à des recours administratifs devant un tribunal, nombre de ces recours ne relevant pas de tribunaux. Il a aussi été demandé si le recours à un médiateur serait considéré comme un « recours interne » administratif.

194. Des membres ont exprimé leur appui au point de vue du Rapporteur spécial selon lequel la distinction entre règles primaires et règles secondaires n'était pas nécessaire dans tous les cas, une adhésion stricte à cette distinction pouvant aboutir à l'exclusion du concept de déni de justice. Inversement, il a été dit qu'il n'était pas nécessaire de prévoir une disposition sur le déni de justice, car il s'agissait d'un exemple, entre autres, de cas dans lesquels les recours internes n'étaient pas « efficaces ».

195. Des doutes ont été exprimés à propos de la « règle » énoncée dans la sentence arbitrale rendue dans l'affaire des navires finlandais¹¹⁴³, selon laquelle le plaignant devait formuler devant les tribunaux nationaux tous les moyens qu'il entendait faire valoir au niveau international. Il a été observé qu'il convenait d'appliquer la règle de façon souple pour tenir compte du fait que, si un moyen pouvait suffire à étayer une demande au plan interne, il se pouvait qu'il ne soit pas suffisant au niveau international.

c) Conclusions du Rapporteur spécial

196. Le Rapporteur spécial a noté que l'article 10 avait été largement accepté par les membres qui s'étaient exprimés, mais que plusieurs propositions rédactionnelles avaient été faites qui seraient examinées par le Comité de rédaction. Il a admis les critiques concernant l'expression « personne physique ou morale ». Il a également indiqué qu'il avait l'intention de traiter de la question de l'efficacité dans un article distinct. Il a toutefois reconnu qu'il serait quand même nécessaire d'indiquer à l'article 10 que le recours devait être disponible et efficace, afin de refléter le point de vue dominant en droit international. Certes, dans de nombreux cas, le critère de la disponibilité était suffisant, mais il existait des exemples de cas (comme dans l'affaire *Robert E. Brown*¹¹⁴⁴) où il était nécessaire d'examiner l'efficacité du recours interne dans le cadre du système judiciaire de l'État défendeur, ce qui obligeait à s'interroger sur les normes en vigueur dans cet État.

197. Le Rapporteur spécial a en outre expliqué qu'il s'était efforcé, dans le paragraphe 2, d'élaborer une définition générale des recours internes pour indiquer que la personne devait épuiser toute la gamme des recours juridiques disponibles. Le point essentiel n'était pas le caractère ordinaire ou extraordinaire du recours juridique, mais la question de savoir s'il offrait la possibilité d'un moyen de réparation efficace.

198. Il a en outre relevé que la « règle » selon laquelle le plaideur étranger devait formuler dans le cadre de la procédure interne tous les moyens qu'il entendait faire valoir à l'échelon international avaient été critiquées, et il a admis qu'elle soulevait des difficultés. C'était pour cette raison qu'il ne l'avait pas fait figurer dans la disposition elle-même.

199. S'agissant du maintien de la distinction entre règles primaires et règles secondaires et de l'opportunité de prévoir une disposition sur le déni de justice, il a noté que différents points de vue avaient été exprimés à ce propos.

¹¹⁴³ *Arbitrage relatif aux navires finlandais (Finnish Ships Arbitration)* [supra note 103], p. 1484.

¹¹⁴⁴ *Robert E. Brown* (voir supra note 295), p. 120.

3. ARTICLE 11¹¹⁴⁵

a) Présentation par le Rapporteur spécial

200. Le Rapporteur spécial a expliqué que le projet d'article 11 traitait de la distinction entre réclamation « directes » et réclamations « indirectes » aux fins de la règle de l'épuisement des recours internes. Il était nécessaire d'inclure une telle disposition dans le projet d'articles afin d'indiquer clairement les cas entrant dans le champ d'application du projet. Le principe fondamental était que la règle ne s'appliquait que lorsqu'il y avait eu un préjudice subi par un national de l'État, c'est-à-dire lorsque ce dernier avait été « indirectement » lésé par l'intermédiaire d'un de ses nationaux. La règle ne s'appliquait pas en cas de dommage direct à l'État lui-même.

201. Deux critères étaient proposés afin de déterminer le type de préjudice en cause : a) le critère de la prépondérance et b) le critère de la condition *sine qua non*. De l'avis du Rapporteur spécial, il pouvait être suffisant de n'adopter que l'un des critères. Au regard du premier critère, la question était de savoir si le dommage avait été causé principalement au national de l'État auteur de la réclamation, auquel cas il s'agissait d'un préjudice indirect et la règle de l'épuisement des recours internes s'appliquait. Par contre, au regard du critère de la condition *sine qua non*, il fallait établir si la réclamation aurait été introduite si le national de l'État auteur de la réclamation n'avait pas subi de préjudice. Le Rapporteur spécial a fait observer que d'autres critères avaient été également proposés dans la doctrine, dont celui de l'« objet » du litige, celui de la « nature de la réclamation », et celui de la nature de la réparation demandée. Par exemple, si un État ne réclamait qu'un jugement déclaratif, cela pourrait indiquer que le dommage était direct. Néanmoins, dans les cas où un État demandait un jugement déclaratif ainsi qu'une indemnisation du dommage causé à la personne, il appartiendrait à la Cour de décider quel était le facteur prépondérant. Il fallait en outre éviter qu'un État puisse demander un jugement déclaratif dans le seul but de se soustraire à l'application de la règle d'épuisement des recours internes. De l'avis du Rapporteur spécial, il fallait examiner les trois autres facteurs pour décider si la réclamation était « principalement » directe ou indirecte. En tant que tels, ces facteurs ne méritaient pas d'être mentionnés séparément dans le projet d'article. Le Rapporteur spécial les avait cependant laissés entre crochets, en vue d'obtenir des indications de la Commission quant à leur inclusion.

b) Résumé du débat

202. Il a été dit que le projet d'article 11, qui reflétait la pratique dominante, devait être appuyé, même s'il méri-

¹¹⁴⁵ L'article 11 proposé par le Rapporteur spécial est ainsi libellé :

« Article 11

Les recours internes doivent être épuisés lorsqu'une réclamation internationale, ou une demande de jugement déclaratif liée à la réclamation, repose principalement sur un préjudice causé à un national et que la procédure judiciaire en question n'aurait pas été engagée en l'absence d'un tel préjudice. [Pour trancher ce point, on tiendra compte de facteurs tels que le remède recherché, la nature de la réclamation et l'objet du litige.] »

tait plus ample réflexion. Il a été notamment proposé de fusionner les projets d'articles 10 et 11, ou de supprimer totalement le projet d'article 11, qui dépassait le cadre de la protection diplomatique.

203. Il a été observé que les termes « direct » et « indirect » pour qualifier le préjudice étaient trompeurs. Il a été fait référence à la distinction opérée dans la doctrine francophone entre « dommage médiate » et « dommage immédiat ». Un dommage « immédiat » était subi directement par l'État. Un dommage « médiate » ou éloigné était subi par l'État dans la personne de ses nationaux.

204. Selon un avis, les principales difficultés de l'article tenaient à l'évaluation de la « prépondérance » en cas de réclamation mixte. Il a été en outre souligné que le critère de la prépondérance n'était parfois pas applicable parce que le dommage subi par l'État était équivalent à celui subi par la personne. On a également dit que les deux critères ne devaient pas être perçus comme cumulativement applicables et que le critère de la prépondérance ne devait pas être nécessairement appliqué avant celui de la condition *sine qua non*. Il a été en outre souligné que si l'on pouvait trouver quelque argument dans l'affaire *ELSI*¹¹⁴⁶ en faveur d'un critère subjectif, ce qui avait été jugé pertinent en l'espèce, comme dans l'affaire *Interhandel*¹¹⁴⁷, était la question de savoir si, en substance, il y avait un

seul et même différend, et s'il concernait un préjudice causé à un national.

205. S'agissant de la question du recours à un jugement déclaratoire, il a été observé qu'un État lésé avait le droit d'exiger la cessation de la violation de l'accord, sans être tenu à l'épuisement préalable des recours internes.

206. À propos de la liste de facteurs supplémentaires à prendre en considération, il a été dit qu'elle pouvait être supprimée car ce n'était pas une pratique établie d'inclure des exemples illustratifs dans un texte de codification. Selon un avis contraire, dès lors que la phrase entre crochets énonçait des critères, et non des exemples, et que toute décision en la matière était intrinsèquement subjective, il serait utile de conserver la phrase entre crochets.

c) *Conclusions du Rapporteur spécial*

207. Le Rapporteur spécial a rappelé que plusieurs propositions rédactionnelles avaient été faites et a en outre signalé d'autres questions qui devraient être examinées par le Comité de rédaction, notamment la possibilité de ne retenir que le critère de la prépondérance. Il a relevé une divergence d'opinion à propos des facteurs mentionnés entre crochets, et il a également pris note de la critique des termes « direct » et « indirect » pour qualifier le dommage. Il a souligné que, si ces termes étaient employés dans son rapport, ils ne figuraient pas dans le projet d'article lui-même.

¹¹⁴⁶ *ELSI* (voir *supra* note 85), p. 15.

¹¹⁴⁷ *Interhandel* (voir *supra* note 684), p. 6.

Chapitre VIII

ACTES UNILATÉRAUX DES ÉTATS

A. – Introduction

208. Dans son rapport sur les travaux de sa quarante-huitième session, en 1996, la Commission a proposé à l'Assemblée générale d'inscrire le droit des actes unilatéraux des États au nombre des sujets se prêtant à la codification et au développement progressif du droit international¹¹⁴⁸.

209. Au paragraphe 13 de sa résolution 51/160 du 15 décembre 1996, l'Assemblée générale a, notamment, invité la Commission à examiner plus avant le sujet « Actes unilatéraux des États » et à en indiquer la portée et le contenu.

210. À sa quarante-neuvième session, en 1997, la Commission a créé un groupe de travail sur ce sujet, qui a fait rapport à la Commission sur l'opportunité et la faisabilité d'une étude de ce sujet, sa portée et son contenu possibles, et sur un schéma pour l'étude du sujet. À la même session, la Commission a examiné et approuvé le rapport du Groupe de travail¹¹⁴⁹.

211. Toujours à sa quarante-neuvième session, la Commission a nommé M. Víctor Rodríguez Cedeño rapporteur spécial pour le sujet¹¹⁵⁰.

212. Au paragraphe 8 de sa résolution 52/156 du 15 décembre 1997, l'Assemblée générale a approuvé la décision de la Commission d'inscrire le sujet à son ordre du jour.

213. À sa cinquantième session, en 1998, la Commission était saisie du premier rapport du Rapporteur spécial sur le sujet¹¹⁵¹ et l'a examiné. Au terme de son débat, la Commission a décidé de convoquer à nouveau le Groupe de travail sur les actes unilatéraux des États.

214. Le Groupe de travail a fait rapport à la Commission sur les questions touchant la portée du sujet, son optique, la définition de l'acte unilatéral et les travaux futurs du

¹¹⁴⁸ *Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), doc. A/51/10, par. 248, p. 105, et annexe II, p. 146, et additif 3, p. 154.

¹¹⁴⁹ *Annuaire... 1997*, vol. II (2^e partie), par. 194 et 196 à 210, p. 65 à 67.

¹¹⁵⁰ *Ibid.*, par. 212 et 234, p. 67 et 72.

¹¹⁵¹ *Annuaire... 1998*, vol. II (1^{re} partie), doc. A/CN.4/486.

Rapporteur spécial. À la même session, la Commission a examiné et approuvé le rapport du Groupe de travail¹¹⁵².

215. À sa cinquante et unième session, en 1999, la Commission était saisie du deuxième rapport du Rapporteur spécial sur le sujet¹¹⁵³ et l'a examiné. À l'issue du débat, la Commission a décidé de convoquer de nouveau le Groupe de travail sur les actes unilatéraux des États.

216. Le Groupe de travail a fait rapport à la Commission sur : a) les éléments fondamentaux d'une définition opératoire des actes unilatéraux comme point de départ de la poursuite des travaux sur le sujet et le recensement de la pratique des États en la matière; b) la formulation de principes directeurs généraux à suivre pour effectuer ce recensement; et c) la direction dans laquelle le Rapporteur spécial devrait poursuivre ses travaux. À propos du point b ci-dessus, le Groupe de travail a élaboré les principes directeurs en vue de la mise au point d'un questionnaire que le Secrétariat devait adresser aux États en consultation avec le Rapporteur spécial pour leur demander des renseignements au sujet de leur pratique en la matière et de leur position sur certains aspects de l'étude du sujet entreprise par la Commission.

217. À sa cinquante-deuxième session, en 2000, la Commission a examiné le troisième rapport du Rapporteur spécial sur le sujet¹¹⁵⁴ ainsi que le texte des réponses reçues des États¹¹⁵⁵ au questionnaire sur le sujet qui leur avait été adressé le 30 septembre 1999. À sa 2633^e séance, le 7 juin 2000, la Commission a décidé de renvoyer les projets d'articles révisés 1 à 4 au Comité de rédaction et le projet d'article révisé 5 au Groupe de travail sur le sujet.

B. – Examen du sujet à la présente session

218. À la présente session, la Commission était saisie du quatrième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/519).

219. La Commission a examiné le quatrième rapport du Rapporteur spécial à ses 2693^e, 2695^e et 2696^e séances les 20, 25 et 26 juillet 2001, respectivement.

¹¹⁵² *Ibid.*, vol. II (2^e partie), par. 192 à 201, p. 61.

¹¹⁵³ *Annuaire... 1999*, vol. II (1^{re} partie), doc. A/CN.4/500 et Add.1.

¹¹⁵⁴ *Annuaire... 2000*, vol. II (1^{re} partie), doc. A/CN.4/505.

¹¹⁵⁵ *Ibid.*, doc. A/CN.4/511.