Chapitre V

PROTECTION DIPLOMATIQUE

A. – Introduction

104. 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 progressif[235]. Cette même année, l'Assemblée générale, au paragraphe 13 de 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 2477e séance, un groupe de travail sur le sujet[236]. Le Groupe de travail a présenté un rapport au cours de ladite session, que la Commission a fait sien[237]. 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 comme base de travail pour établir son rapport préliminaire[238].

105. À sa quarante-neuvième session également, la Commission a désigné M. Mohamed Bennouna rapporteur spécial sur le sujet[239].

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

107. À sa cinquantième session, en 1998, la Commission était saisie du rapport préliminaire du Rapporteur spécial[240]. 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 du débat quant à la façon d'aborder le sujet[241].

108. À sa cinquante et unième session, en 1999, la Commission a nommé M. Christopher John Robert Dugard rapporteur spécial sur le sujet[242], M. Bennouna ayant été élu juge au Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie.

109. À sa cinquante-deuxième session, en 2000, la Commission était saisie du premier rapport du Rapporteur spécial[243]. N'ayant pu, faute de temps, procéder à l'examen du chapitre III, elle l'a reporté à sa session suivante. 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 spécial[244]. La Commission a ensuite décidé, à sa 2635e séance, le 9 juin 2000, de renvoyer au Comité de rédaction les projets d'articles 1, 3 et 5 à 8 ainsi que le rapport sur les consultations officieuses.

110. À sa cinquante-troisième session, en 2001, la Commission était saisie de la suite du premier rapport du Rapporteur spécial, ainsi que de son deuxième rapport[245]. Faute de temps, la Commission n'a pu examiner que les parties du deuxième rapport consacrées aux projets d'articles 10 et 11 et a reporté l'examen du reste du rapport, concernant les projets d'articles 12 et 13, à sa session suivante. La Commission a décidé à sa 2688e séance, tenue le 12 juillet 2001, de renvoyer au Comité de rédaction le projet d'article 9, et à sa 2690e séance, tenue le 17 juillet 2001, de lui renvoyer aussi les projets d'articles 10 et 11[246].

111. À sa 2688e 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[247].

B. – Examen du sujet à la présente session

112. À la présente session, la Commission était saisie de la partie du deuxième rapport du Rapporteur spécial[248] restant à examiner, à savoir celle concernant les articles 12 et 13 du projet, ainsi que de son troisième rapport (A/CN.4/523 et Add.1). La Commission a examiné ladite partie du deuxième rapport ainsi que la première partie du troisième rapport, consacrée à l'état de l'étude de la protection diplomatique et aux articles 14 et 15, de

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

[236] *Annuaire… 1997*, vol. II (2e partie), par. 169, p. 61.

[237] Ibid., par. 171.

[238] Ibid., par. 189 et 190, p. 63 et 64.

[239] Ibid., par. 190.

[240] *Annuaire… 1998*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/484, p. 317.

[241] Pour les conclusions du Groupe de travail : ibid., vol. II (2e partie), par. 108, p. 50.

[242] *Annuaire… 1999*, vol. II (2e partie), doc. A/54/10, par. 19, p. 18.

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

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

[245] Voir *supra* note 3.

[246] Voir *Annuaire… 2001*, vol. I, p. 150 et 168.

[247] Ibid., p. 150.

[248] Voir *supra* note 3.

ses 2712e à 2719e séances, tenues du 30 avril au 14 mai 2002, et à sa 2729e séance, le 4 juin 2002. Elle a ensuite examiné la seconde partie du troisième rapport, portant sur l'article 16, à sa 2725e séance, le 24 mai 2002, et à ses 2727e, 2728e et 2729e séances, tenues du 30 mai au 4 juin 2002.

113. À sa 2740e séance, tenue le 2 août 2002, la Commission a décidé que la question de la protection diplomatique des membres d'équipage des navires ainsi que des sociétés et des actionnaires ferait l'objet de consultations officieuses ouvertes à tous, sous la présidence du Rapporteur spécial.

114. La Commission a décidé à sa 2719e séance de renvoyer au Comité de rédaction les alinéas *a*, *b*, *d* (appelé à être examiné concurremment avec l'alinéa *a*) et *e* de l'article 14. Elle a en outre décidé, à sa 2729e séance, de renvoyer au Comité de rédaction l'alinéa *c* du même article, qui serait examiné en même temps que l'alinéa *a.*

115. La Commission a examiné le rapport du Comité de rédaction sur les articles 1 à 7 [8] à ses 2730e, 2731e et 2732e séances, tenues les 5, 6 et 7 juin 2002. Elle a adopté les articles 1 à 3 [5] à sa 2730e séance, 4 [9], 5 [7] et 7 [8] à sa 2731e séance, et 6 à sa 2732e séance (voir sect. C ci-dessous).

116. À ses 2745e et 2746e séances, tenues les 12 et 13 août 2002, la Commission a adopté les commentaires des projets d'article susmentionnés.

1. Observations générales concernant l'étude

a) *Présentation par le Rapporteur spécial*

117. Présentant son troisième rapport, le Rapporteur spécial a fait observer que la protection diplomatique était un sujet sur lequel les travaux de codification, les conventions, la pratique des États, la jurisprudence et la doctrine abondaient. Aucune branche du droit international n'était si féconde. Néanmoins, la pratique péchait souvent par défaut de constance et d'uniformité. Le Rapporteur spécial a indiqué que sa tâche consistait à présenter toutes les sources et options à la Commission afin qu'elle opère un choix en toute connaissance de cause.

118. S'agissant du champ du projet d'articles, le Rapporteur spécial a réaffirmé qu'il hésitait à traiter d'autres questions que celles qui relevaient traditionnellement de la protection diplomatique et qui étaient la nationalité des réclamations et l'épuisement des recours internes. Il a fait cependant observer qu'au cours des débats qui avaient eu lieu lors du quinquennat précédent, il avait été suggéré d'inclure dans le champ de la protection diplomatique un certain nombre d'autres questions, à savoir : la protection fonctionnelle de leurs fonctionnaires par les organisations internationales; le droit de l'État de nationalité d'un navire ou d'un aéronef de présenter une réclamation au nom de l'équipage et éventuellement aussi des passagers, quelle que soit la nationalité des personnes concernées; 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 le cas où un État ou une organisation internationale administre ou contrôle un territoire. Tout en reconnaissant l'importance de ces questions, il a soutenu que la Commission ne devrait pas les examiner dans le contexte du présent projet d'articles, en particulier si elle entendait adopter celui-ci en deuxième lecture d'ici à la fin du quinquennat. De plus, il a appelé l'attention sur le fait que l'examen de certaines de ces questions, par exemple le cas où un État ou une organisation internationale administre ou contrôle un territoire, pourrait sortir du champ traditionnel de la protection diplomatique.

119. Le Rapporteur spécial a noté en outre que la Commission pouvait difficilement procéder à une étude exhaustive de la protection diplomatique sans se pencher sur la question du déni de justice et sur la clause Calvo[249], deux questions qui occupaient une large place dans la jurisprudence sur le sujet.

120. Le Rapporteur spécial a confirmé par ailleurs son intention d'examiner dans son prochain rapport la question de la nationalité des sociétés.

b) *Résumé du débat*

121. On a félicité le Rapporteur spécial aussi bien pour son rapport que pour l'esprit d'ouverture avec lequel il avait appréhendé les questions en jeu. Parallèlement, l'avis a été émis que la démarche qu'il avait suivie semblait être par trop généraliste. Aussi, l'idée d'examiner les questions supplémentaires énumérées dans son troisième rapport a-t-elle été appuyée.

122. Il a été observé que la question de la protection fonctionnelle de leurs fonctionnaires par les organisations internationales devait être exclue du projet d'articles car elle constituait une exception au principe du lien de nationalité, lequel était au cœur de la protection diplomatique. Dans l'avis consultatif qu'elle avait rendu dans l'affaire de la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*[250], la CIJ avait déclaré sans ambiguïté que la réclamation présentée par l'ONU ne se fondait pas sur la nationalité de la victime, mais sur sa qualité d'agent de l'Organisation. De même, dans son jugement dans l'affaire *Jurado*[251], le Tribunal administratif de l'OIT avait dit que les privilèges et immunités dont bénéficiaient les fonctionnaires de l'OIT étaient accordés uniquement dans l'intérêt de l'Organisation.

123. Inversement, il a été proposé que la Commission examine les conséquences qu'aurait pour l'État de nationalité le droit d'une organisation internationale d'exercer la protection. Dans l'avis consultatif rendu dans l'affaire de la *Réparation*, la CIJ avait soulevé la question des réclamations concurrentes de l'État de nationalité et de l'ONU dans le cas de dommages personnels subis par les agents de l'Organisation. Il a été proposé que le rapport entre protection fonctionnelle et protection diplomatique soit étudié attentivement, et qu'il soit fait état dans le projet d'articles de la protection fonctionnelle. Dans le même ordre d'idées, il a été suggéré de bien préciser que, ainsi

[249] Voir sur ce dernier sujet l'*Annuaire… 1956*, vol. II, doc. A/CN.4/96, p. 206 à 208.

[250] *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1949*, p. 174, en particulier p. 186.

[251] *Affaire Jurado*, OIT, Tribunal administratif, jugement nº 70 du 11 septembre 1964, considérant II (en droit), point 2.

que la CIJ l'avait noté dans son avis consultatif, le fait que le droit de protection diplomatique de l'État et le droit de protection fonctionnelle de l'organisation puissent se trouver en concurrence ne saurait donner lieu à deux réclamations ni à une double réparation. La Commission pourrait donc voir s'il ne fallait pas limiter les réclamations et les réparations.

124. Il a été noté par ailleurs que la question de la protection fonctionnelle de leurs fonctionnaires par les organisations internationales était de nature à intéresser les petits États dont des nationaux étaient employés par des organisations internationales car, si la possibilité de protection relevait uniquement de l'État de nationalité, il existerait un risque d'inégalité de traitement.

125. D'autres membres de la Commission se sont demandé si cette protection pouvait être qualifiée de protection diplomatique. Si la Commission convenait d'exclure du champ du sujet la protection des agents diplomatiques et consulaires, la même logique devrait être appliquée aux fonctionnaires des organisations internationales. De même, les membres des forces armées étaient normalement protégés par l'État dont ils relevaient, mais cette protection en tant que telle n'était pas réputée être une « protection diplomatique ».

126. Selon un autre point de vue, la distinction entre protection diplomatique et protection fonctionnelle ne s'appliquait pas forcément dans le contexte de la protection diplomatique exercée à l'égard des membres des forces armées. La protection exercée dans ces cas n'était qu'une application des intérêts légitimes de l'État auquel les troupes considérées appartenaient. Le lien de nationalité était certes l'expression majeure de l'intérêt légitime de l'État pour agir en faveur de ses ressortissants, des sociétés nationales et des institutions nationales, mais le droit reconnaissait que l'intérêt légitime pouvait reposer sur d'autres bases, comme l'appartenance aux forces armées.

127. À l'appui de la proposition visant à élargir le champ du projet d'articles à la protection diplomatique des membres d'équipage et passagers d'un navire, on a cité à titre d'exemple l'*Affaire du navire « Saiga » (No. 2)*[252], dans laquelle le Tribunal international du droit de la mer avait conclu que l'État de nationalité du navire était fondé à présenter une réclamation pour dommage subi par les membres de l'équipage, quelle que soit leur nationalité; l'État de nationalité ne possédait donc pas de droit exclusif s'agissant de l'exercice de la protection diplomatique. Parallèlement, il a été fait observer que l'affaire du *« Saiga »* avait été portée devant le Tribunal international du droit de la mer en vertu des dispositions spéciales prévues à l'article 292 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, et non pas en tant que cas général de protection diplomatique.

128. Il a été noté également que l'évolution du droit international était marquée par un souci de plus en plus vif du respect des droits de l'homme. Dans cet esprit, il a été estimé que le fait que les membres d'un équipage puissent bénéficier de la protection de l'État de nationalité du navire ou de l'aéronef ne pourrait que renforcer la protection, ce dont il y aurait lieu de se féliciter.

[252] *« Saiga »* (voir *supra* note 5).

129. D'autres membres de la Commission ont maintenu que le Rapporteur spécial avait raison de proposer à la Commission d'exclure du champ du projet d'articles le droit de l'État de nationalité d'un navire ou d'un aéronef de présenter une réclamation pour le compte de l'équipage ou des passagers. Il a été dit que la question n'était pas de savoir comment un État devrait protéger ses nationaux à l'étranger, mais plutôt de savoir comment il conviendrait d'éviter la présence de réclamations concurrentes émanant de différents États. Si le navire battait un pavillon de complaisance, l'État d'immatriculation n'aurait aucun intérêt à exercer la protection diplomatique au cas où les gouvernements nationaux des membres de l'équipage ne le feraient pas. Selon ce point de vue, ces cas seraient de toute manière couverts par le droit de la mer.

130. Il a été fait observer d'autre part que la question de la protection de l'équipage d'un navire était visée non seulement dans la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, mais encore dans d'autres accords internationaux antérieurs. Un examen plus poussé d'autres instruments internationaux s'imposait donc.

131. Il a été fait observer également que les principes juridiques régissant les questions liées à la nationalité d'un aéronef étaient déjà inscrits dans le droit international, en particulier dans de nombreux instruments tels que la Convention relative aux infractions et à certains autres actes survenant à bord des aéronefs. L'élément déterminant y était le lien spécial existant entre l'État de nationalité ou l'État d'immatriculation et le navire ou l'aéronef considéré. Il était fait abstraction des personnes, et même si les instruments internationaux en question conféraient dans certains cas à un État le droit d'exercer des prérogatives qui, à première vue, pouvaient présenter une similitude avec la protection diplomatique, cette protection était d'une autre nature. Ces questions n'avaient donc pas leur place dans l'examen du sujet de la protection diplomatique.

132. Un désaccord a été exprimé s'agissant de la proposition faite à la Commission par le Rapporteur spécial de ne pas examiner le cas de l'exercice par un État de la protection diplomatique en faveur d'un national d'un autre État qui lui avait délégué ce droit. Ce qui était en jeu, c'étaient les moyens de mettre en œuvre la responsabilité de l'État. En principe donc, rien ne s'opposait à ce qu'un État puisse exercer la protection diplomatique dans de telles circonstances. D'autres membres de la Commission ont considéré que si la protection diplomatique était perçue comme étant un droit discrétionnaire de l'État, il pourrait être précisé dans le commentaire qu'un État était fondé à déléguer à d'autres sujets du droit international l'exercice de la protection diplomatique en faveur de ses nationaux ou d'autres personnes ayant un lien effectif avec lui, dans le cadre des exceptions reconnues au principe de la nationalité. Il fallait cependant se garder de confondre les règles relatives à la protection diplomatique avec d'autres formes de protection des individus ou de leurs intérêts.

133. L'avis du Rapporteur spécial selon lequel il ne faudrait pas viser dans le projet d'articles le cas où une organisation internationale contrôlait un territoire a été appuyé. Il a été noté que ce cas mettait en jeu une forme de protection très spécifique, qui se rapprochait au moins

autant de la protection fonctionnelle que de la protection diplomatique, et que, comme dans le cas des articles sur la responsabilité des États, la Commission devrait écarter toutes les questions touchant les organisations internationales. Dans le même temps, un appui a été exprimé à la proposition tendant à envisager dans le projet d'articles le cas où un État qui administrait ou contrôlait un territoire qui n'était pas le sien entendait exercer la protection diplomatique pour le compte des habitants de ce territoire.

134. Selon un autre point de vue, l'organisation internationale qui administrait un territoire remplissait les fonctions d'un État et, à ce titre, devrait exercer la protection diplomatique à l'égard des personnes qui seraient apatrides ou qui n'avaient pas une nationalité bien définie. De plus, la question du lien de nationalité avait quelque intérêt autrefois, lorsque les États étaient les seuls acteurs sur la scène internationale, mais elle l'avait en partie perdu dans le monde contemporain où les organisations internationales avaient un rôle de plus en plus grand à jouer aux côtés des États. Il a été en conséquence suggéré que le projet d'articles tienne compte de cette réalité. À l'inverse, il a été déclaré qu'il était hasardeux de présumer que les compétences spéciales et temporaires qui étaient transférées, par exemple, à l'ONU en tant qu'administrateur d'un territoire étaient analogues à celles d'un État chargé d'administrer un territoire.

135. Selon un autre point de vue, le principe de la nationalité, c'est-à-dire le lien existant entre un État et ses nationaux à l'étranger, était au cœur de la question de la protection diplomatique. Lorsqu'un État affirmait posséder légitimement un intérêt pour exercer la protection diplomatique dans le cas d'un fait internationalement illicite découlant d'un dommage causé à un de ses ressortissants, le lien entre l'intérêt légitime et l'État était la nationalité de l'intéressé. L'avis a été exprimé que si les questions supplémentaires proposées étaient incluses dans le projet d'articles, même à titre de cas exceptionnels, elles porteraient inévitablement atteinte à la nature même des règles de la protection diplomatique en élargissant indûment le droit des États d'intervenir.

136. L'avis a aussi été émis que si la Commission décidait de ne pas retenir ces questions supplémentaires, elle devrait à tout le moins les mentionner dans le commentaire.

137. La Commission a examiné en outre plusieurs autres suggestions quant aux questions qui pourraient être incluses dans le champ du projet d'articles. Elle s'est demandé s'il serait nécessaire de se référer dans le projet d'articles à la théorie des « mains propres ». Il a été dit que celle-ci avait toute sa place dans le débat sur la protection diplomatique mais qu'elle ne pouvait faire l'objet d'un traitement particulier dans le projet d'articles. La position adoptée par la Commission à propos de cette théorie dans le contexte du sujet de la responsabilité des États a été citée à titre d'exemple, et il a été rappelé que la Commission avait alors décidé que cette règle ne constituait pas une circonstance excluant l'illicéité[253]. De même, il a été dit que le fait qu'une personne n'ait pas les « mains propres » ne pouvait justifier qu'elle soit privée de la protection diplomatique. D'autres réserves ont été formulées à propos du statut juridique de la notion de « mains propres ». Il a été dit que celle-ci était peu utilisée, et même alors ne l'était que comme argument de dernier recours, et que la Commission devait veiller à ne pas la légitimer « par accident ».

138. D'un autre côté, il a été déclaré qu'il était légitime de soulever le problème dans le cadre de la protection diplomatique. La question de savoir si une personne à l'égard de laquelle la protection diplomatique était exercée avait ou non les « mains propres » ne pouvait être éludée et, quelles que soient les conclusions tirées, il importait de la poser. D'autres membres de la Commission ont fait observer que celle-ci devrait se garder de prendre position sur la règle des « mains propres » dans un sens ou dans un autre.

139. La Commission a par ailleurs examiné la question de savoir s'il était nécessaire d'inclure dans le projet d'articles une disposition sur le déni de justice[254]. Il a été rappelé qu'elle n'avait pas prévu d'en parler expressément dans le projet d'articles. Il a été maintenu par ailleurs que la notion de déni de justice faisait partie du droit positif et de la question du traitement des étrangers et qu'elle n'avait pas de rapport direct avec la protection diplomatique. Il se trouvait que, lorsque des étrangers saisissaient les tribunaux, ils étaient parfois victimes d'un déni de justice, et cela pouvait arriver sans que cela ait un rapport quelconque avec les circonstances dans lesquelles les recours internes avaient été utilisés en tant que tels. Aborder le sujet du déni de justice serait donc illogique et entraînerait la Commission dans d'énormes difficultés.

140. Inversement, il a été souligné que la question du déni de justice touchait à un problème de fond dans la mesure où était en jeu l'égalité de traitement entre étrangers et nationaux dans l'accès aux systèmes judiciaires. Elle était abondamment traitée dans le droit international privé, et il existait, notamment au niveau interaméricain, des conventions en la matière qui prévoyaient le droit pour les étrangers d'accéder aux mêmes recours que les nationaux, droit réaffirmé par d'autres textes plus récents. Il était difficile, dans ces conditions, de faire abstraction de cette question du déni de justice, qui pouvait être une des situations donnant lieu à l'exercice de la protection diplomatique.

141. Il a été également proposé de réfléchir, dans le cadre de l'étude, aux effets de l'exercice de la protection diplomatique.

142. La proposition faite par le Rapporteur spécial d'aborder la question de la protection diplomatique des sociétés a été appuyée.

143. S'agissant de la terminologie, il a été souligné que la notion de « nationalité des réclamations » prêtait à confusion et était une notion de *common law* qui n'avait pas d'équivalent dans certains autres systèmes juridiques. En réponse, le Rapporteur spécial a reconnu que cette expression évoquait la *common law*, tout en soulignant qu'elle avait aussi été employée en français par la CIJ dans son avis relatif à la *Réparation*.

[253] Voir *Annuaire… 1999*, vol. II (2e partie), doc. A/54/10, par. 411 à 415, p. 89.

[254] Voir aussi *infra* sect. B.6.

c) *Conclusions du Rapporteur spécial*

144. Le Rapporteur spécial a fait observer qu'en général la Commission semblait le soutenir dans sa volonté de limiter la portée du projet d'articles aux questions relevant de la nationalité des réclamations et de la règle de l'épuisement des recours internes, ce qui permettrait d'achever l'examen du sujet pour la fin du quinquennat en cours.

145. S'agissant des questions évoquées dans son troisième rapport qui étaient liées à la nationalité des réclamations mais qui ne relevaient pas traditionnellement de ce domaine, le Rapporteur spécial a constaté que l'idée de procéder à une étude exhaustive de la protection fonctionnelle de leurs fonctionnaires par les organisations internationales n'avait pas été appuyée. Plusieurs membres de la Commission avaient toutefois insisté sur la nécessité d'établir dans le commentaire une distinction entre la protection diplomatique et la protection fonctionnelle, en se référant plus particulièrement à la réponse que la CIJ, dans l'avis consultatif rendu en l'affaire de la *Réparation*, avait donnée à la question II, à savoir comment concilier l'exercice de la protection fonctionnelle par l'ONU avec le droit de l'État de nationalité de protéger ses ressortissants. Le Rapporteur spécial a proposé de traiter de cette question dans le commentaire de l'article premier, dans le contexte des revendications concurrentes du droit à exercer la protection, tout en se déclarant toujours ouvert à l'idée de consacrer à cette question un article distinct.

146. Le Rapporteur spécial a constaté de la même manière que les avis semblaient partagés sur la proposition visant à élargir la portée du sujet au droit de l'État de nationalité d'un navire ou d'un aéronef de présenter une réclamation au nom de l'équipage et des passagers. Il a noté que la question serait étudiée plus avant.

147. À propos du cas dans lequel un État déléguait à un autre État le droit d'exercer la protection diplomatique, le Rapporteur spécial a fait observer qu'il n'était pas fréquent dans la pratique et qu'il en était très peu fait état dans la doctrine. Il a noté par ailleurs que cette question était en partie traitée dans le cadre de l'article sur la continuité de la nationalité.

148. Le Rapporteur spécial a noté également que la proposition tendant à inclure dans le champ de l'étude l'exercice de la protection diplomatique par un État qui administrait, contrôlait ou occupait un territoire avait recueilli un soutien au sein de la Commission, encore que ce soutien fût faible. Il a noté en outre que certains membres avaient proposé que soit étudiée la question de l'exercice de la protection diplomatique par une organisation internationale à l'égard de personnes vivant sur un territoire qu'elle administrait, comme dans le cas de l'Organisation des Nations Unies au Kosovo et au Timor oriental. Cette idée semblait avoir recueilli quelque appui, mais la majorité des membres de la Commission estimaient que la question avait plutôt sa place dans le contexte de la responsabilité des organisations internationales.

149. En ce qui concerne la règle des « mains propres », le Rapporteur spécial a noté que la question pouvait se poser à propos du comportement de l'individu lésé, de l'État demandeur ou de l'État défendeur, et qu'il était donc difficile de formuler une règle qui soit applicable dans tous les cas. Il a fait observer par ailleurs que cette question serait traitée à la section C de son troisième rapport et dans le cadre de la nationalité des sociétés dans le contexte de l'affaire de la *Barcelona Traction*[255].

2. Articles 12 et 13[256]

a) *Présentation par le Rapporteur spécial*

150. Le Rapporteur spécial a rappelé que les articles 12 et 13 étaient analysés dans son deuxième rapport, présenté à la Commission à sa cinquante-troisième session en 2001, mais qu'ils n'avaient pas été examinés alors faute de temps. Il a fait observer que les deux dispositions devaient être lues conjointement, et a donc proposé d'en traiter conjointement. Elles portaient toutes deux sur la question de savoir si la règle de l'épuisement des recours internes était une règle de procédure ou une règle de fond, question qui, dans le contexte de l'épuisement des recours internes, était une des plus controversées.

151. Le Rapporteur spécial a rappelé que la Commission avait dans le passé pris position sur cette question dans le contexte du sujet de la responsabilité des États, et qu'elle avait adopté à sa vingt-neuvième session et confirmé à sa quarante-huitième session une disposition en conséquence[257] à l'occasion de l'examen en première lecture du projet d'articles sur la responsabilité de l'État[258]. Cependant, il s'agissait essentiellement, à son sens, d'une règle de procédure plutôt que de fond, et il fallait donc revenir sur la question.

152. Trois positions émergeaient sur ce point : une position selon laquelle il s'agissait d'une règle de fond, une autre selon laquelle il s'agissait d'une règle de procédure et une troisième, que le Rapporteur spécial qualifiait de position « mixte ». Les tenants de la première position, dont Borchard et Ago, maintenaient que le fait internationalement illicite de l'État n'était pas achevé tant que les recours internes n'avaient pas été épuisés. Dans ce sens, l'épuisement des recours internes était une condition de fond dont dépendait l'existence même de la responsabilité internationale.

[255] Voir *supra* note 6.

[256] Les articles 12 et 13 proposés par le Rapporteur spécial dans son deuxième rapport (voir *supra* note 3) sont libellés comme suit :

« *Article 12*

L'épuisement des recours internes est une condition de procédure qui doit être satisfaite pour qu'un État puisse formuler une réclamation internationale pour le préjudice causé à un national par un fait internationalement illicite commis contre ce national lorsque le fait en question est une violation tant du droit interne que du droit international.

Article 13

Lorsqu'un étranger introduit une instance devant les tribunaux internes d'un État pour obtenir réparation à raison d'une violation du droit interne de cet État qui ne constitue pas un fait illicite international, l'État dans lequel l'instance est introduite peut voir sa responsabilité internationale engagée s'il y a déni de justice au détriment du ressortissant étranger. Sous réserve de l'article 14, l'étranger lésé doit épuiser tous autres recours internes qui peuvent être disponibles pour qu'une réclamation internationale puisse être faite pour son compte. »

[257] Art. 22. Voir *Annuaire… 1977*, vol. II (2e partie), par. 31, not. p. 12 et 31.

[258] Voir *Annuaire… 1996*, vol. II (2e partie), par. 65, p. 65.

153. Pour les tenants de la deuxième position, par exemple Amerasinghe, l'épuisement des recours internes était une condition de procédure qui devait être remplie pour qu'une réclamation internationale puisse être formulée.

154. Selon la position « mixte », défendue par Fawcett[259], il y avait lieu d'établir une distinction entre un préjudice causé à l'étranger au regard du droit interne et un préjudice causé à l'étranger au regard du droit international. Si le préjudice était causé uniquement par une violation du droit interne et d'une manière qui ne constituait pas une violation du droit international, par exemple une violation d'un contrat de concession, la responsabilité internationale n'était engagée que par un acte de l'État défendeur constituant un déni de justice, par exemple un parti pris de la part des organes judiciaires au préjudice de l'étranger alors que celui-ci tentait de faire valoir ses droits devant une juridiction nationale. Dans ce cas, l'épuisement des recours internes était incontestablement une condition de fond à remplir. D'un autre côté, si le préjudice causé à l'étranger découlait d'une violation du droit international, ou du droit international et du droit interne, la responsabilité internationale naissait au moment du préjudice et l'épuisement des recours internes était une condition procédurale de la formulation d'une réclamation internationale.

155. Le Rapporteur spécial a fait observer en outre que, alors que pour certains auteurs le débat était purement académique, le moment où naissait la responsabilité internationale revêtait dans bien des cas une importance considérable sur le plan pratique. Premièrement, s'agissant de la nationalité des réclamations, l'étranger devait être un national de l'État présentant la réclamation au moment de la commission du fait internationalement illicite. Il était donc important de déterminer à quel moment le fait internationalement illicite avait été commis. Deuxièmement, pourrait aussi se poser un problème de compétence, comme cela avait été le cas dans l'affaire des *Phosphates du Maroc*[260], dans laquelle la CPJI s'était posé la question de savoir quand la responsabilité internationale était engagée pour pouvoir déterminer si elle était ou non compétente. Troisièmement, un État ne pourrait pas renoncer à la règle de l'épuisement des recours internes si celle-ci était une règle de fond, car il n'y aurait pas commission d'un fait internationalement illicite tant que les recours internes n'auraient pas été épuisés.

156. Le Rapporteur spécial a relevé que l'imprécision des sources rendait difficile la détermination de la démarche à adopter. Il a rendu compte des divers travaux de codification entrepris dans le passé et qui étaient évoqués dans son rapport. Il a déclaré qu'en 1977, à sa vingt-neuvième session, la Commission s'était ralliée, en élaborant ce qui était alors l'article 22 du projet d'articles sur la responsabilité des États[261], à l'idée que la règle de l'épuisement des recours internes était une règle de fond, mais qu'en 2000, au sein de l'Association de droit international, le Rapporteur du Comité international sur la protection diplomatique des personnes et des biens avait défendu l'idée qu'il s'agissait purement d'une règle de procédure[262].

157. Le Rapporteur spécial a indiqué en outre que, de leur côté, les décisions de justice étaient vagues et qu'elles se prêtaient à différentes interprétations venant étayer soit l'idée qu'il s'agissait d'une règle de procédure, soit l'idée qu'il s'agissait d'une règle de fond. Par exemple, à propos de l'affaire des *Phosphates du Maroc*, Ago, Rapporteur spécial chargé du sujet de la responsabilité des États, avait soutenu que la CPJI n'avait pas rejeté l'argument selon lequel il s'agissait d'une règle de fond. Mais le Rapporteur spécial interprète un passage crucial de l'arrêt rendu par la Cour permanente comme signifiant que la Cour avait appuyé la thèse française selon laquelle la règle de l'épuisement des recours internes n'était plus qu'une règle de procédure.

158. Le Rapporteur spécial a indiqué aussi que la pratique des États apportait peu d'éléments, parce qu'elle revêtait généralement la forme des thèses défendues devant des juridictions internationales et qu'inévitablement un État était tenu d'épouser la position qui servait le mieux ses propres intérêts. Il était donc impossible de dégager des conclusions claires et nettes de l'argumentaire des États.

159. De plus, il a été noté que les auteurs eux aussi divergeaient sur la question. Le Rapporteur spécial a reconnu que la position « mixte », vers laquelle allait sa préférence, avait suscité peu d'intérêt. Par exemple, un État qui torturait un étranger encourait une responsabilité internationale à partir du moment où l'acte était commis, mais il se pourrait aussi qu'il enfreigne ce faisant sa propre législation. S'il existait un recours interne, celui-ci devait être épuisé avant qu'une réclamation internationale puisse être formulée; dans ce cas, la règle de l'épuisement des recours internes était une règle de nature procédurale. Les projets d'articles 12 et 13 visaient à donner effet à cette conclusion, qui était dans une certaine mesure étayée par la doctrine.

160. La Commission devrait revenir sur la position qu'elle avait adoptée à propos de l'ancien article 22 du projet d'articles sur la responsabilité des États. Mais, lorsqu'il avait proposé cet article, le Rapporteur spécial alors chargé du sujet avait pris pour hypothèse que le texte, dans sa forme définitive, établirait une distinction entre obligation de comportement et obligation de résultat, distinction qui n'avait pas été retenue en seconde lecture. C'est pourquoi, de l'avis du Rapporteur spécial, il était loisible à la Commission d'opter pour la position qu'il proposait.

b) *Résumé du débat*

161. À l'appui de la thèse selon laquelle la règle de l'épuisement des recours internes était une règle de fond, il a été fait observer que, dans le cas où les recours internes devaient être épuisés mais ne l'avaient pas été, la protection diplomatique ne pouvait pas être exercée. En conséquence, aucune réclamation pour violation présumée ne pouvait être formulée et des contre-mesures ne pouvaient pas être prises. Dans ce sens, on ne saisissait pas très bien

[259] Voir J. E. S. Fawcett, "The exhaustion of local remedies: substance or procedure?", *BYBIL 1954*, p. 452.

[260] *Arrêt, 1938, C.P.J.I. série A/B n° 74*, p. 10.

[261] Voir *supra* note 257.

[262] "The exhaustion of local remedies", rapport d'activité de l'Association, *Report of the Sixty-ninth Conference*, International Law Association, Londres, 2000, p. 629.

quelles seraient les incidences sur le plan pratique d'une violation présumée qui n'entraînait pas de conséquences au niveau international, ni pour l'État ni pour le particulier concerné, et face à laquelle il n'y avait pas de recours disponible. Donc, puisque la condition s'appliquait dans le cas considéré à l'ensemble de la procédure, la règle devait être tenue pour être une règle de fond.

162. D'autres membres de la Commission ont appuyé l'idée que la règle de l'épuisement des recours internes était une règle de procédure. Il a été fait observer, à propos du prononcé d'un jugement déclaratif lorsque les recours n'avaient pas été épuisés, que l'épuisement des recours internes pouvait s'avérer impossible sur le plan pratique, par exemple en raison du coût prohibitif de la procédure. Un jugement déclaratif obtenu alors que les recours internes n'avaient pas été épuisés pourrait alors être une forme de satisfaction potentiellement importante de nature à conduire à des changements d'ordre pratique. Tel ne serait toutefois pas le cas si la règle de l'épuisement des recours internes était considérée comme une règle de fond.

163. Une préférence a été exprimée par ailleurs pour la « troisième école de pensée » défendue par Fawcett, telle que décrite par le Rapporteur spécial dans son rapport. À l'opposé, l'avis a été émis que les différentes hypothèses évoquées dans l'étude de Fawcett sur la distinction entre les recours disponibles en vertu du droit interne et les recours disponibles en vertu du droit international risqueraient de donner lieu à un débat théorique qui compliquerait inutilement la question.

164. L'idée dominante qui s'est dégagée du débat a été que les articles 12 et 13 devraient être supprimés car ils n'ajoutaient rien à l'article 11. Il a été reconnu que l'adoption de telle ou telle théorie pouvait induire certains effets et que la question de savoir s'il s'agissait de recours de fond ou de recours de procédure se posait quasi inévitablement dans des circonstances particulières comme celles de l'affaire des *Phosphates du Maroc*, mais que cela ne revêtait pas une importance majeure et ne justifiait pas l'inclusion de ces dispositions dans le projet d'articles. De même, il a été déclaré que la distinction n'apportait aucun élément utile ni pertinent qui permît d'appréhender globalement le problème de l'épuisement des recours internes. Elle n'apportait non plus aucun élément d'intérêt pratique. En fait, la crainte a été émise que pareille distinction ne vienne compliquer immensément la tâche de la Commission, car elle obligerait à entrer dans le détail des recours qui devaient être épuisés. Il a été déclaré aussi que les articles 12 et 13 soit faisaient double emploi avec le principe posé aux articles 10 et 11, soit ne faisaient qu'évoquer des notions, comme celles du déni de justice, sans les expliciter intégralement.

165. En outre, il a été noté que, appréhendée purement dans le contexte de la protection diplomatique, la distinction semblait perdre de sa pertinence. Le postulat était qu'un fait internationalement illicite avait été commis : la seule question à examiner était donc celle de savoir dans quelles conditions – et peut-être selon quelles procédures – réparation pouvait être exigée lorsqu'un particulier était lésé car, s'il n'y avait pas fait internationalement illicite, la question de la protection diplomatique ne se poserait pas. Dans ce sens, la situation était simple : la protection diplomatique était une procédure permettant la mise en œuvre de la responsabilité de l'État; l'épuisement des recours internes était une condition de la mise en œuvre de cette procédure; et peu importait qu'il s'agisse d'une règle de fond ou d'une règle de procédure.

166. Il a été rappelé qu'à l'origine cette distinction avait été faite à l'occasion de l'examen du sujet de la responsabilité des États, à propos de la détermination du moment précis où le fait illicite était commis. La question était de savoir si la responsabilité de l'État entrait en jeu dès la commission du fait internationalement illicite, indépendamment de l'épuisement des recours internes. Il a donc été proposé que, par souci d'harmonisation, la Commission suive la démarche choisie pour l'article 44, intitulé « Recevabilité de la demande », du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, adopté par la Commission à sa cinquante-troisième session[263]. De même, il a été noté que le libellé de l'article 12 du projet sur la protection diplomatique posait problème : comment la violation d'une règle de droit interne pouvait-elle en soi constituer un fait internationalement illicite ? Cela semblait contredire, à la fois dans l'esprit et dans la lettre, les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, en particulier l'article 3.

167. D'autre part, certains membres de la Commission ont contesté l'affirmation selon laquelle la renonciation à l'épuisement des recours internes serait incompatible avec le caractère procédural de la règle. Les États pouvaient renoncer à une condition de recevabilité s'agissant soit d'une question de fond, soit d'une question de procédure. La règle de l'épuisement des recours internes n'était pas impérative mais était sujette à l'accord des parties.

168. Il a été noté en outre que la question du caractère de la règle de l'épuisement des recours internes posait des problèmes théoriques complexes et qu'elle avait des incidences sur le plan politique, car la théorie selon laquelle il s'agissait d'une règle de procédure était perçue comme amoindrissant l'importance d'une règle que nombre d'États jugeaient fondamentale. Vu ces problèmes et l'absence de consensus à la Commission, il serait malvenu de retenir telle ou telle des théories antagoniques.

169. Il a été dit d'autre part que la Commission pourrait en revanche envisager la réalisation d'une étude empirique sur la règle de l'épuisement des recours internes, à partir de la théorie, de la pratique et de l'histoire. Par exemple, il a été déclaré que le principe de l'assomption du risque, l'existence d'un lien volontaire entre l'étranger et l'État hôte et l'application sensée de la règle pouvaient revêtir plus d'intérêt que les aspects de procédure ou de fond.

170. Une autre proposition a été faite, consistant à traiter de la question du caractère de la règle de l'épuisement des recours internes dans les commentaires des articles 10, 11 et 14.

171. D'autres membres ont affirmé que les articles 12 et 13 étaient utiles, mais pas tels qu'ils étaient libellés. Il a été dit que la règle de l'épuisement des recours internes, tout en étant une règle de procédure, pouvait aussi avoir des incidences sur le fond. Il a donc été

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

proposé de formuler des exceptions pour tenir compte des cas dans lesquels l'application de la règle pourrait être injuste, par exemple en cas de changement de nationalité ou de refus d'accepter la compétence d'un tribunal international. Dans ces cas, il serait nécessaire de déterminer le moment à partir duquel courait le droit de l'État de formuler une réclamation, droit qui prendrait probablement effet au moment où le préjudice était causé au national de cet État. Libellés de la sorte, les articles 12 et 13 ne feraient pas double emploi avec l'article 10.

172. De même, il a été suggéré que seul l'article 12 soit renvoyé au Comité de rédaction et que l'article 13 soit supprimé parce que, visant une situation où le préjudice résultait d'une violation du droit interne, il n'avait pas sa place dans le projet.

c) *Conclusions du Rapporteur spécial*

173. Le Rapporteur spécial a confirmé qu'il ne nourrissait pas de préférence marquée pour le maintien dans le projet d'articles de la distinction entre règle de procédure et règle de fond. Il a souscrit à l'affirmation selon laquelle elle n'offrait pas un cadre général pour l'étude de la protection diplomatique. En revanche, cette distinction ne saurait être entièrement écartée dans une étude sur la règle de l'épuisement des recours internes, car elle avait occupé une large place lors de l'examen en première lecture du projet d'articles sur la responsabilité des États, en particulier de l'article 22, et dans l'ensemble de la doctrine consacrée à la règle. Elle avait également des incidences sur le plan pratique lorsqu'il s'agissait de déterminer le moment où le préjudice naissait, question qui se posait à propos de la nationalité des réclamations parce que l'étranger lésé devait être un ressortissant de l'État en question au moment où le préjudice était causé.

174. En réponse à l'avis émis selon lequel il eût mieux valu développer la raison d'être de la règle de l'épuisement des recours internes en expliquant pourquoi le droit international l'avait posée, le Rapporteur spécial a fait observer qu'il l'avait fait dans l'introduction de son deuxième rapport[264], mais que cette analyse n'avait pas été particulièrement bien accueillie par la Commission. Il remédierait à cette lacune dans le commentaire de l'article 10.

175. Le Rapporteur spécial a fait observer que les articles 12 et 13 avaient suscité force critiques et n'avaient guère recueilli l'assentiment général, qu'ils avaient été jugés trop théoriques, hors sujet, doctrinalement dualistes et déterminés à l'excès par la distinction entre procédure et fond. Il a admis que certaines des critiques émises à propos de l'article 13 étaient fondées. Par exemple, on avait fait valoir que la protection diplomatique intervenait lorsqu'il y avait eu violation du droit international, alors que l'article 13 traitait essentiellement de situations où, en droit international, il n'y avait pas encore fait internationalement illicite. Le Rapporteur spécial a noté par ailleurs que certains membres avaient souligné que l'article 13 portait essentiellement sur la question de savoir quand un fait internationalement illicite était commis et qu'à ce titre il ne relevait manifestement pas de la règle de l'épuisement des recours internes.

176. Le Rapporteur spécial a donc proposé que les articles 12 et 13 ne soient pas renvoyés au Comité de rédaction, ce qui aurait le mérite de ne pas trancher le débat sur la question de savoir si la règle de l'épuisement des recours internes était une règle de procédure ou une règle de fond et laisserait les membres libres d'avoir leur opinion à ce sujet.

3. Article 14

a) *Futilité (art. 14, al.* a*)*[265]

i) Présentation par le Rapporteur spécial

177. En présentant l'article 14, le Rapporteur spécial a indiqué qu'il proposait un article « fourre-tout » traitant des exceptions à la règle de l'épuisement des recours internes, qui répondait à l'idée, exprimée au sein tant de la Commission du droit international que de la Sixième Commission de l'Assemblée générale, que seuls devaient être épuisés « les recours juridiques internes adéquats et efficaces ». Il se rangeait volontiers à l'idée d'assortir la disposition générale relative à l'épuisement des recours internes de la condition que ceux-ci soient adéquats et efficaces, sous réserve qu'une disposition distincte soit consacrée à la question des recours internes inefficaces ou futiles. La raison principale en était que, comme il était dit à l'article 15, l'État défendeur et l'État demandeur se partageaient la charge de la preuve, le premier devant établir que des recours internes étaient disponibles, tandis qu'il incombait au second de prouver que ces recours étaient inefficaces ou futiles.

178. Proposant d'écarter le terme « inefficace » en raison de son imprécision, le Rapporteur spécial a soumis à la Commission trois critères, fondés sur la jurisprudence et la doctrine, selon lesquels déterminer ce qu'était un recours interne « inefficace ». Un recours interne était inefficace lorsqu'il était « manifestement futile », « n'offrait aucune perspective raisonnable de succès », ou « n'offrait aucune possibilité raisonnable d'obtenir une mesure de réparation efficace ».

179. Le Rapporteur spécial a précisé que le premier critère, dit de la « futilité manifeste », qui voulait que l'inefficacité du recours interne soit immédiatement apparente, avait été critiqué aussi bien par des auteurs que par la CIJ dans l'affaire *ELSI*[266] comme étant trop rigoureux. De même, le deuxième critère, qui exigeait seulement que

[264] Voir *supra* note 3.

[265] L'article 14, alinéa *a*, proposé par le Rapporteur spécial dans son troisième rapport est libellé comme suit :

« *Article 14*

Les recours internes n'ont pas à être épuisés lorsque :

a) Les recours internes
- Sont manifestement futiles (option 1);
- N'offrent aucune perspective raisonnable de succès (option 2);
- N'offrent aucune possibilité raisonnable d'obtenir une mesure de réparation efficace (option 3);

[…] »

[266] *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI), C.I.J. Recueil 1989*, p. 15.

le demandeur prouve que les recours internes « n'offrent aucune perspective raisonnable de succès », avait été jugé trop faible. Le troisième critère, qui combinait les deux autres, à savoir que les recours internes « n'offrent aucune possibilité raisonnable d'obtenir une mesure de réparation efficace », semblait au Rapporteur spécial le plus approprié.

180. Expliquant sa position, le Rapporteur spécial a cité des circonstances dans lesquelles des recours internes avaient été jugés inefficaces ou futiles : incompétence en l'espèce de la juridiction interne (par exemple dans l'affaire du *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*[267]; impossibilité pour les tribunaux internes de ne pas appliquer la législation interne en cause, par exemple une loi portant confiscation de biens; absence notoire d'indépendance des tribunaux internes (par exemple, dans l'affaire *Robert E. Brown*[268]); existence d'une jurisprudence constante défavorable aux étrangers; et absence, dans l'État défendeur, d'un système adéquat de protection judiciaire.

ii) Résumé du débat

181. L'idée de renvoyer l'alinéa *a* au Comité de rédaction a été généralement appuyée, avec une préférence particulière pour la troisième option, selon laquelle les recours internes ne doivent être épuisés que s'ils offrent une possibilité raisonnable d'obtenir une mesure de réparation efficace.

182. Il a été noté que la futilité des recours internes était une question complexe en ce qu'elle impliquait un jugement subjectif et était liée à la charge de la preuve; elle posait la question de savoir si l'État de nationalité pouvait engager une action devant une juridiction internationale en faisant seulement valoir que les recours internes étaient, pour différentes raisons, futiles. Il importait d'éviter certaines interprétations extrêmes en faveur soit de l'État demandeur, soit de l'État hôte. Dès lors, pour élaborer une disposition satisfaisante, il était peut-être préférable de partir de la troisième option, qui représentait un moyen terme et réalisait un équilibre entre les points de vue.

183. Par ailleurs, on a fait observer que le critère de l'inefficacité devait être un critère objectif. Tel était le cas, par exemple, lorsque les procédures internes étaient indûment et déraisonnablement longues ou n'étaient pas susceptibles d'aboutir à une réparation efficace, ou encore si les juridictions nationales étaient totalement soumises au pouvoir exécutif.

184. Or il a été dit que, quelle que soit l'option retenue, les termes proposés laissaient subsister une large marge d'interprétation subjective, qu'il s'agisse du terme « futile » ou du terme « raisonnable ». Le critère du « raisonnable » restait vague et renvoyait au problème de la charge de la preuve et, partant, à l'article 15 proposé par le Rapporteur spécial. Il a été noté toutefois que l'article 15 n'offrait aucune limite à l'arbitraire apparent du critère retenu à l'article 14. Il a en outre été souligné que, les concepts de « recours efficace » et de « retard abusif » ayant un caractère relatif, ils ne pouvaient être rapportés à aucune norme universelle. Il convenait donc de les apprécier en fonction du contexte et des circonstances de l'espèce et au regard d'autres principes également importants tels que l'égalité devant la loi, la non-discrimination et la transparence. Il a été dit également que, pour qu'un particulier soit réputé avoir épuisé les recours internes, il ne suffisait pas qu'il ait saisi le juge interne compétent : encore fallait-il qu'il ait invoqué devant lui les moyens de droit pertinents.

185. Plusieurs propositions rédactionnelles ont été faites, à savoir : celle d'employer le mot « recours » au singulier dans le chapeau de l'alinéa *a,* afin d'éviter des énoncés généraux sur le point de savoir si tous les recours étaient disponibles; celle de supprimer le mot « raisonnable », qui était superflu et impliquait *a contrario* que les gens agiraient de manière déraisonnable si on ne leur disait pas expressément de se comporter de manière raisonnable; celle de viser l'épuisement de tous les recours internes « adéquats et efficaces »; et celle d'examiner de près l'expression « possibilité raisonnable », qui dénotait une évaluation subjective de la part de l'État demandeur. On a également fait observer qu'il semblait exister un chevauchement entre l'alinéa *a* de l'article 14 et les alinéas *c*, *d*, *e* et *f*, lesquels portaient sur des situations particulières dans lesquelles il se pouvait qu'il n'y eût aucune possibilité de recours efficace.

186. La conjugaison des options 2 et 3 a également été appuyée. Selon un autre point de vue, il convenait de respecter la règle de l'épuisement des recours internes, sauf lorsque ceux-ci étaient manifestement futiles (option 1). Toutefois, il a été dit que le critère de la futilité manifeste serait trop rigoureux.

iii) Conclusions du Rapporteur spécial

187. Le Rapporteur spécial a rappelé qu'au cours de la cinquante-troisième session de la Commission, en 2001, et, ensuite, lors de la réunion de la Sixième Commission à la fin de la même année, on avait fait valoir que la notion d'efficacité ne devait être traitée que dans le cadre des exceptions. Il espérait que le silence de la Commission à ce sujet valait approbation de cette suggestion.

188. Il a noté que le renvoi de l'alinéa *a* de l'article 14 au Comité de rédaction avait été unanimement appuyé, et que la plupart des membres s'étaient montrés favorables à l'option 3, et quelques-uns aux options 2 et 3 conjuguées, l'option 1 ayant rencontré peu d'appui. Le Rapporteur spécial a donc proposé de renvoyer l'alinéa *a* de l'article 14 au Comité de rédaction, en le chargeant d'examiner les options 2 et 3.

[267] *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis, arrêt, 1939, C.P.J.I. série A/B n° 76*, p. 4.

[268] *Robert E. Brown (États-Unis d'Amérique) c. Grande-Bretagne*, arrêt du 23 novembre 1923, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VI (numéro de vente : 1955.V.3), p. 120.

b) *Renonciation et estoppel (art. 14, al.* b*)*[269]

i) Présentation par le Rapporteur spécial

189. En présentant l'alinéa *b*, relatif à la renonciation et à l'estoppel, le Rapporteur spécial a fait observer que, dès lors que la règle d'épuisement des recours internes avait pour objet de protéger les intérêts de l'État défendeur, celui-ci pouvait y renoncer de lui-même. La renonciation pouvait avoir un caractère exprès ou implicite, ou elle pouvait résulter du comportement de l'État défendeur, auquel cas on pouvait dire que celui-ci était empêché par estoppel d'invoquer le non-épuisement des recours internes. Le Rapporteur spécial a fait observer en outre qu'une clause expresse de renonciation pouvait figurer dans un accord d'arbitrage spécial conclu pour régler un différend donné; elle pouvait aussi se présenter dans un traité général prévoyant que les différends éventuels seraient réglés par voie d'arbitrage. De telles clauses de renonciation étaient valables et généralement considérées comme irrévocables.

190. La question des renonciations tacites était plus délicate, comme cela ressortait de l'affaire *ELSI*, dans laquelle la CIJ avait indiqué qu'elle « ne saurait accepter qu'on considère qu'un principe important du droit international coutumier [avait] été tacitement écarté sans que l'intention de l'écarter soit verbalement précisée »[270]. Une telle intention devait donc être clairement attestée, et certains juristes estimaient qu'il y avait présomption de non-renonciation, même si cette présomption n'était pas irréfragable. Toutefois, lorsque l'intention de renoncer à la règle de l'épuisement des recours internes ressortait clairement des termes de l'accord ou des circonstances de l'affaire, elle devait être respectée.

191. Le Rapporteur spécial a indiqué qu'il était difficile d'énoncer une règle générale permettant de déterminer l'intention tacite de renoncer à l'épuisement des recours internes, mais il a mentionné quatre exemples, cités dans son troisième rapport, dans lesquels pouvaient intervenir des considérations particulières, et qui étaient les suivants : le cas d'un traité général d'arbitrage relatif à des différends éventuels – le silence d'un tel traité n'impliquait pas renonciation; la question de savoir si le dépôt d'une déclaration en vertu de la clause facultative impliquait renonciation – la pratique des États laissait penser que cela ne pouvait être le cas (conformément à la décision rendue dans l'affaire du *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*); le cas d'un accord d'arbitrage spécial conclu après la naissance du différend et dans lequel il n'était rien précisé sur la règle de l'épuisement des recours internes – ce silence pouvait être interprété comme une renonciation parce que l'accord avait été conclu après la naissance du différend; et la situation dans laquelle un contrat conclu entre un étranger et l'État hôte écartait implicitement la règle de l'épuisement des recours internes et où l'État défendeur refusait ensuite l'arbitrage – si, en l'occurrence, l'État de nationalité endossait la réclamation, la renonciation implicite pouvait aussi s'appliquer à la procédure internationale, bien qu'il n'y eût pas unanimité sur ce point. Il était donc possible de conclure qu'une renonciation implicite ne pouvait être admise d'emblée mais que, lorsqu'il était clair que l'État défendeur avait implicitement l'intention de renoncer à la règle, cette intention devait être respectée. C'est pourquoi le Rapporteur spécial proposait de maintenir à l'alinéa *b* de l'article 14 la référence à une renonciation implicite.

192. Des considérations analogues étaient applicables à l'estoppel. Si le comportement de l'État défendeur laissait penser qu'il avait renoncé à son droit de demander l'épuisement des recours internes, il pouvait être empêché par estoppel d'exiger l'application de la règle à un stade ultérieur. La possibilité d'invoquer l'estoppel dans ce cas avait été admise par une chambre de la CIJ dans l'affaire *ELSI* et elle était également étayée par des décisions juridictionnelles rendues dans le domaine des droits de l'homme.

193. De plus, le Rapporteur spécial a fait observer que la renonciation à la règle de l'épuisement des recours internes soulevait certains problèmes de doctrine et mettait en jeu la distinction entre procédure et fond. Si la règle de l'épuisement des recours internes était une règle de procédure, rien ne s'opposait à ce qu'on puisse y renoncer. Il s'agissait simplement d'une procédure à suivre et l'État défendeur pouvait donc accepter d'y déroger. La nature du fait illicite n'en était pas affectée et le différend pouvait être tranché par un tribunal international. S'il s'agissait en revanche d'une règle de fond, l'État défendeur ne pouvait y renoncer parce que le préjudice n'existait qu'après que les recours internes avaient été épuisés et avaient abouti à un déni de justice, ou si l'absence de recours adéquats ou efficaces dans l'État défendeur avait été établie. À dire vrai, certains auteurs qui voyaient dans la règle de l'épuisement des recours internes une règle de fond parvenaient à concilier cette position avec la possibilité d'une renonciation.

ii) Résumé du débat

194. Le renvoi de l'alinéa *b* de l'article 14 au Comité de rédaction sous la forme proposée par le Rapporteur spécial a été appuyé.

195. Il a été noté que la renonciation pouvait jouer différents rôles dans le domaine de la protection diplomatique. À l'alinéa *a* de l'article 45 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite[271], il était question de renonciation par l'État lésé, alors qu'à l'alinéa *b* de l'article 14 du projet à l'examen il s'agissait d'une renonciation par l'État défendeur. Dans la pratique, cette renonciation concernait le plus souvent l'obligation d'épuiser les recours internes, mais elle pouvait également porter sur d'autres conditions de recevabilité des réclamations, comme la nationalité des réclamations. C'est pourquoi il était proposé de prévoir une

[269] L'article 14, alinéa *b*, proposé par le Rapporteur spécial dans son troisième rapport est libellé comme suit :

« *Article 14*

Les recours internes n'ont pas à être épuisés lorsque :

[...]

b) L'État défendeur a renoncé expressément ou implicitement à exiger que les recours internes soient épuisés ou est empêché de le faire par estoppel;

[...] »

[270] *ELSI* (voir *supra* note 266), par. 50, p. 42.

[271] Voir *supra* note 263.

disposition plus générale relative à la renonciation dans le domaine de la protection diplomatique, soit par l'État demandeur soit par l'État défendeur, et de prévoir aussi une disposition générale sur l'estoppel ou l'acquiescement. De plus, il a été dit que, si la Commission jugeait néanmoins nécessaire de formuler une règle spéciale – plutôt que générale – sur la renonciation, il serait plus judicieux de séparer celle-ci des dispositions relatives à l'efficacité des recours internes ou à la présence d'un lien effectif entre l'individu lésé et l'État défendeur, car elles touchaient à la portée et au contenu de la règle alors que la question de la renonciation concernait surtout l'exercice de la protection diplomatique dans un cas particulier.

196. Il a aussi été dit qu'il convenait d'éviter toute confusion entre la renonciation et un éventuel accord conclu entre l'État demandeur et l'État défendeur prévoyant que l'épuisement des recours internes n'était pas obligatoire, car si un tel accord produisait le même effet, il s'agissait d'un cas de *lex specialis* ne relevant pas de la codification du droit international général.

197. On a exprimé l'avis que l'alinéa *b* de l'article 14 pourrait être encore amélioré par un examen plus attentif des questions de renonciation implicite et d'estoppel. S'agissant de la renonciation implicite, même lorsqu'elle n'était pas équivoque, elle risquait encore de prêter à confusion. On a fait observer que la renonciation était un acte unilatéral qui devait être irrévocable et ne pouvait être d'emblée présumé. Il a été noté qu'il existait peu de cas de renonciation implicite exempts d'ambiguïté. Ce point de vue était corroboré par le fait que l'un des rares traités généraux sur le règlement des différends, à savoir la Convention européenne pour le règlement pacifique des différends, contenait une disposition indiquant expressément qu'il fallait avoir épuisé les recours internes. Il a donc été proposé de retenir un libellé indiquant que l'État défendeur devait avoir renoncé expressément et sans équivoque à l'exigence d'épuisement des recours internes.

198. Inversement, il a été dit que la possibilité d'une renonciation implicite ne devait pas être écartée a priori. Il fallait mettre l'accent sur les critères de l'intention et de la clarté de celle-ci, en tenant compte de tous les éléments pertinents.

199. Des doutes ont été exprimés quant à l'opportunité d'inclure la notion d'estoppel. Non seulement il s'agissait d'une notion de *common law* qui suscitait quelque méfiance chez les juristes de droit latin, mais en outre le concept d'estoppel était couvert par celui, plus large, de renonciation implicite. On a en outre fait observer que les exemples cités par le Rapporteur spécial à propos de l'estoppel concernaient, sans exception, des affaires dans lesquelles une sentence ou un jugement avait conclu que, l'État défendeur ayant gardé le silence sur la question de l'épuisement des recours internes, il ne pouvait par la suite invoquer le non-épuisement de ces recours. De fait, il y avait un certain chevauchement entre les alinéas *b* et *f* de l'article 14.

200. Certains membres, tout en acceptant le principe posé à l'alinéa *b*, avaient cependant des réserves quant à la rédaction. Selon eux, il fallait préciser que la renonciation devait être claire, même si elle était implicite, et dépourvue d'ambiguïté. De sérieux doutes ont également été exprimés à propos de l'expression « État défendeur », qui paraissait annoncer une procédure contentieuse et qui ne semblait figurer ni dans les articles déjà envoyés au Comité de rédaction ni dans les articles 12 et 13. Il était jugé préférable de s'en tenir à la terminologie employée dans les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite.

iii) Conclusions du Rapporteur spécial

201. Le Rapporteur spécial a constaté que, si les membres de la Commission avaient généralement estimé que la renonciation expresse devait constituer une exception à la règle de l'épuisement des recours internes, nombre d'entre eux étaient troublés par la notion de renonciation implicite et avaient exprimé l'avis qu'une renonciation devait être claire et dépourvue d'ambiguïté. Cela dit, même ces derniers membres n'étaient pas opposés à ce que le Comité de rédaction se penche sur la question. Le Rapporteur spécial proposait donc de renvoyer l'alinéa *b* de l'article 14 au Comité de rédaction, en recommandant à celui-ci de faire preuve de prudence à l'égard de la renonciation implicite et de traiter éventuellement l'estoppel comme une forme de renonciation implicite.

c) *Lien volontaire et lien de rattachement territorial (art. 14, al.* c *et* d*)*[272]

i) Présentation par le Rapporteur spécial

202. En présentant les alinéas *c* et *d* de l'article 14, le Rapporteur spécial a proposé à la Commission d'examiner ensemble ces deux alinéas, qui étaient étroitement liés. Il a fait observer que si d'aucuns étaient favorables à ces deux dispositions, on pouvait aussi faire valoir que les règles existantes permettant d'écarter l'obligation d'épuiser les recours internes pouvaient couvrir ces deux hypothèses. Il a aussi rappelé que, lorsque, à sa quarante-huitième session, la Commission avait étudié la question à l'occasion de l'examen en première lecture de l'article 22 du projet d'articles sur la responsabilité des États[273], elle avait jugé inutile de prévoir de telles dispositions.

203. Dans son rapport, le Rapporteur spécial avait posé la question de savoir si la Commission devait consacrer une ou plusieurs dispositions distinctes à l'absence de lien volontaire ou de lien de rattachement territorial. Le débat sur le sujet était né en grande partie de l'affaire de l'*Incident aérien du 27 juillet 1955*[274], dans laquelle il n'existait aucun lien volontaire entre les parties lésées

[272] L'article 14, alinéas *c* et *d*, proposé par le Rapporteur spécial dans son troisième rapport est libellé comme suit :

« *Article 14*

Les recours internes n'ont pas à être épuisés lorsque :

[…]

c) Il n'y a pas de lien volontaire entre l'individu lésé et l'État défendeur;

d) Le fait internationalement illicite donnant lieu à la réclamation internationale n'a pas été commis dans la juridiction territoriale de l'État défendeur;

[...] »

[273] Voir *supra* note 258.

[274] *Incident aérien du 27 juillet 1955 (Israël c. Bulgarie; États-Unis c. Bulgarie; Royaume-Uni c. Bulgarie), C.I.J. Mémoires*.

et la Bulgarie. Dans toutes les affaires classiques où il avait été exigé que les recours internes soient épuisés, il y avait quelque lien entre l'individu lésé et l'État défendeur – présence physique volontaire, résidence, propriété d'un bien ou lien contractuel avec l'État défendeur. En outre, la nature de la protection diplomatique avait sensiblement évolué au cours des dernières années. Dans le passé, la protection diplomatique jouait essentiellement dans des cas où le ressortissant d'un État était parti à l'étranger et devait en principe épuiser les voies de recours internes avant d'entreprendre une action à l'échelon international. Or, plus récemment, était apparu le problème des dommages transfrontières à l'environnement, résultant par exemple de l'accident de Tchernobyl.

204. Le Rapporteur spécial a par ailleurs fait observer que les partisans de l'adoption d'une exception à la règle de l'épuisement des recours internes en cas d'absence de lien volontaire ou de lien de rattachement territorial soulignaient que, dans les affaires classiques, il y avait eu acceptation d'un risque par l'étranger dans la mesure où, s'étant soumis à la juridiction de l'État défendeur, il pouvait être en principe tenu d'épuiser les recours internes. Cependant, la nécessité de prévoir une règle distincte ne ressortait clairement ni de la jurisprudence ni de la pratique. Le Rapporteur spécial, pour illustrer le fait que la jurisprudence sur ce point était en grande partie ambiguë, a cité plusieurs décisions, dont celles rendues dans l'affaire *Interhandel*[275], l'affaire *Salem*[276], l'affaire relative à *Certains emprunts norvégiens*[277] et l'affaire de l'*Incident aérien du 27 juillet 1955*. De même, il semblait ressortir de décisions rendues dans des affaires nées d'un dommage transfrontière qu'il n'était pas nécessaire d'épuiser les recours internes. Ainsi, dans l'affaire de la *Fonderie de Trail*[278], l'accent n'avait pas été mis sur l'épuisement des recours internes. Toutefois, la décision rendue dans cette affaire pouvait aussi s'expliquer par le fait qu'elle concernait un dommage direct causé à l'État demandeur (les États-Unis) par l'État défendeur (le Canada) et qu'il n'était donc pas nécessaire, en l'occurrence, d'épuiser les recours internes. De l'avis du Rapporteur spécial, les partisans de l'exigence d'un lien volontaire ou d'un lien de rattachement territorial disposaient d'une argumentation solide.

205. Il convenait de noter que les partisans du critère du lien volontaire n'avaient jamais assimilé ce lien à la résidence. Si la résidence était la condition, la règle de l'épuisement des recours internes ne pourrait trouver application dans le cas de l'expropriation de biens étrangers ou de relations contractuelles dans lesquelles l'étranger lésé n'était pas résident permanent dans l'État défendeur. Le Rapporteur spécial a en outre fait observer que souvent, s'agissant de cas où un aéronef étranger avait été accidentellement abattu, l'État responsable n'avait pas exigé que les recours internes soient d'abord épuisés. La même observation valait pour les dommages transfrontières à l'environnement. Ainsi, ni dans l'accord d'arbitrage concernant le lac Ontario (barrage de Gut)[279], dans lequel le Canada avait renoncé à cette exigence, ni dans la Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux, ne figurait la condition d'épuisement des recours internes.

206. Le Rapporteur spécial a indiqué que les premiers efforts de codification avaient été habituellement axés sur la responsabilité de l'État à raison de dommages causés sur son territoire à la personne ou aux biens d'étrangers et sur la situation classique d'une personne qui se rend dans un État étranger pour y établir sa résidence et y exercer une activité. Pendant l'examen en première lecture du projet d'articles sur la responsabilité des États, la Commission s'était abstenue de prévoir une exception à la règle de l'épuisement des recours internes fondée sur l'absence de lien volontaire car elle estimait, étant donné que ni la pratique des États ni la jurisprudence n'avaient tranché cette question, qu'il valait mieux s'en remettre aux règles existantes en laissant la pratique des États se développer.

207. De l'avis du Rapporteur spécial, on pouvait envisager sérieusement d'inclure dans l'article 14 les exceptions visées aux alinéas *c* et *d*. Il paraissait peu pratique et inéquitable d'exiger d'un étranger lésé qu'il épuise les recours internes dans les quatre cas suivants : les dommages transfrontières à l'environnement causés par la pollution, par des retombées radioactives ou par des objets spatiaux artificiels; le fait d'abattre un aéronef hors du territoire de l'État défendeur ou un aéronef qui a pénétré dans son espace aérien par accident; le fait pour un soldat de l'État B de tuer un ressortissant de l'État A en poste sur le territoire de cet État; et l'enlèvement transfrontière d'un ressortissant étranger soit de son État d'origine soit d'un État tiers par des agents de l'État défendeur.

208. La Commission devait examiner si ces exemples appelaient une règle spéciale qui les soustrairait à la règle de l'épuisement des recours internes ou si ces cas étaient déjà couverts par les règles en vigueur. Dans nombre de ces cas, on était en présence d'un préjudice direct causé à l'État demandeur par l'État défendeur. Il en était ainsi, par exemple, de la plupart des cas de dommages transfrontières à l'environnement, des cas où un aéronef était accidentellement abattu et des cas d'enlèvement transfrontière. Dès lors, le Rapporteur spécial s'en remettait à la Commission pour décider si elle souhaitait suivre la voie adoptée antérieurement dans le contexte de la responsabilité des États en laissant la pratique des États se développer à cet égard, ou si elle estimait nécessaire d'intervenir *de lege ferenda.*

ii) Résumé du débat

209. On a appuyé l'idée selon laquelle, en l'absence de lien volontaire entre l'individu lésé et l'État défendeur ou lorsque le fait de celui-ci n'avait pas eu lieu sur son

[275] *Interhandel, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1959*, p. 6.

[276] *Salem (Égypte, États-Unis), arrêt du 8 juin 1932*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (numéro de vente : 1949.V.1), p. 1161.

[277] *Certains emprunts norvégiens, arrêt, C.I.J. Recueil 1957*, p. 9.

[278] *Affaire de la Fonderie de Trail* (Trail Smelter) *(États-Unis/Canada)*, 1938 et 1941, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (numéro de vente : 1949.V.2), p. 1905.

[279] Accord entre le Gouvernement des États-Unis d'Amérique et le Canada concernant la création d'un tribunal international d'arbitrage chargé de régler les réclamations des États-Unis relatives au barrage de Gut (Ottawa, 25 mars 1965), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 607, nº 8802; reproduit dans *ILM*, vol. 4, nº 3 (mai 1965), p. 468.

territoire, il pouvait être inéquitable d'exiger du particulier qu'il épuise les recours internes, et il était justifiable, dans le cadre du développement progressif, de prévoir des exceptions à cette règle. On a en outre fait observer que cela paraissait répondre à des considérations de bon sens et d'équité.

210. Toutefois, on s'est étonné de la frilosité manifestée par le Rapporteur spécial dans son rapport étant donné que, même si la jurisprudence hésitait sur l'exigence d'un lien volontaire, la Commission pouvait s'engager dans le développement progressif du droit international si elle le souhaitait. L'avis a ainsi été émis que la Commission pourrait étudier plus directement les questions de principe sous-tendant la règle de l'épuisement des recours internes.

211. Toutefois, il a été dit que le texte des alinéas *c* et *d* de l'article 14 allait peut-être trop loin en affirmant catégoriquement que l'absence de lien volontaire et le fait que l'acte s'était produit en dehors du territoire suffisaient en eux-mêmes à exclure totalement la règle de l'épuisement des recours internes. C'est pourquoi il a été suggéré de prévoir une disposition unique admettant une dérogation à la règle de l'épuisement des recours internes dans l'un et l'autre de ces deux cas lorsque les circonstances le justifiaient.

212. Selon un autre point de vue, le débat ne portait pas sur une exception à la règle mais plutôt sur la raison d'être même de celle-ci.

213. D'autres membres ont fait observer que le problème que posait la notion de lien volontaire était que ce lien renvoyait à une notion physique, s'agissant, comme au XIXe siècle, de considérer des personnes qui se déplaçaient physiquement. Or, à l'ère de la mondialisation économique, des particuliers étaient de plus en plus à même d'influencer des économies entières sans considération de frontières. On pouvait donc aussi considérer que la règle de l'épuisement des recours internes était destinée à protéger l'État défendeur, dont les intérêts devaient être pris en considération.

214. Il a été dit que la règle de l'épuisement des recours internes ne postulait pas l'acceptation d'un risque mais était un moyen de régler des questions entre gouvernements avant qu'elles ne deviennent des problèmes internationaux. Il serait donc trompeur de mettre l'accent sur certains aspects de la règle qui tendaient à laisser croire à une acceptation de risque de la part du particulier. S'il y avait place pour la notion de « lien volontaire » dans le cadre du concept de « raisonnable » ou d'autres concepts reprenant des distinctions fondées, notamment, sur l'activité de la personne et sur la difficulté plus ou moins grande de respecter l'obligation d'épuisement des recours internes, c'était à ce titre subsidiaire qu'il convenait d'examiner la notion et non en tant que considération primaire. Dans certaines situations, par exemple, même s'il pouvait exister un lien volontaire au sens technique, exiger l'épuisement des recours internes pourrait être déraisonnable.

215. On a aussi mis en garde contre une confusion de la protection diplomatique avec des réclamations internationales de caractère général. Le concept de lien volontaire était certes utile pour expliquer pourquoi il fallait épuiser les recours internes, mais il serait faux d'en conclure qu'en l'absence d'un tel lien la protection diplomatique ne devait pas être invoquée.

216. Des doutes ont également été exprimés quant à la pertinence des exemples cités dans le troisième rapport du Rapporteur spécial à l'appui de l'exigence d'un lien volontaire. Il a été relevé, par exemple, que dans les cas visés au paragraphe 79 du rapport, où un avion étranger avait été abattu, en général l'État responsable insistait sur le caractère accidentel de l'acte, en refusant de reconnaître une responsabilité pour fait illicite et en offrant des versements à titre gracieux pour indemniser les victimes. Selon un avis, il n'était pas non plus pertinent de citer l'exemple de la Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux, car celle-ci concernait un régime spécial.

217. L'avis exprimé par le Rapporteur spécial selon lequel il était déraisonnable d'exiger de l'étranger lésé qu'il épuise les recours internes dans des cas difficiles tels que les dommages transfrontières à l'environnement a recueilli l'appui de certains membres, mais d'autres ont fait observer que la notion de dommage transfrontière avait ses caractéristiques propres, qui ne cadraient pas nécessairement avec celles de la protection diplomatique.

218. À propos de l'exemple de Tchernobyl, il a été souligné qu'au Royaume-Uni, par exemple, il aurait été exigé des demandeurs qu'ils épuisent les recours internes devant les juridictions ukrainiennes. Imposer à des groupes de gens ne disposant pas de moyens financiers importants d'épuiser les recours internes dans de telles circonstances était considéré comme abusif.

219. D'autres membres se sont demandé si des affaires comme celles de la *Fonderie de Trail*, de Tchernobyl ou d'autres incidents de dommages transfrontières et de pollution de l'environnement relevaient bien de la protection diplomatique. De telles affaires étaient habituellement traitées comme des exemples de dommage direct à l'État. Les traiter autrement risquerait d'élargir indûment la portée de la protection diplomatique. En outre, il n'était pas certain que l'accident de Tchernobyl eût constitué un fait internationalement illicite. S'il pouvait poser une question de responsabilité internationale au sens de « *liability* », il n'était pas certain qu'il s'agît de « *responsibility* ». Il a aussi été dit qu'il serait artificiel d'assimiler les mesures alors prises par le Royaume-Uni et d'autres pays à un exercice de protection diplomatique.

220. Inversement, on a fait observer que l'accident de Tchernobyl soulevait bien des questions de responsabilité (*responsibility*) internationale, résultant d'un manquement au devoir de prévention. Il a aussi été souligné que ce qui était surtout inédit dans ce cas était le nombre de victimes; le risque d'accidents nucléaires était envisagé dans plusieurs grandes conventions multilatérales européennes qui avaient précisément pour objet de régler la question de la responsabilité civile (*liability*) en cas d'accident de ce type.

221. D'autres membres encore ont rappelé que la Commission avait inséré une disposition sur l'égalité d'accès

aux procédures judiciaires ou autres dans son projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses adopté à sa cinquante-troisième session (art. 15)[280]. Ce type de disposition, que l'on trouvait dans la plupart des traités relatifs à l'environnement, encourageait les personnes lésées qui vivaient dans d'autres pays à exercer les recours disponibles dans le pays d'origine de la pollution. Or, l'alinéa *c* de l'article 14 avait pour effet de décourager les gens d'exercer ces recours à moins qu'ils n'aient un lien de rattachement volontaire avec le pays d'origine. Il fallait donc veiller, lorsque la Commission faisait quelque chose dans le domaine du droit international général, à ne pas perdre de vue certains développements dans des domaines plus spécifiques qui risquaient de s'écarter de son objectif.

222. La Commission a envisagé différentes variantes rédactionnelles pour l'alinéa *c* de l'article 14. Il a notamment été proposé de traiter du critère du lien volontaire non pas à propos des exceptions à la règle de l'épuisement des recours internes, mais dans une disposition distincte, ou de l'examiner en conjonction avec l'alinéa *a* de l'article 14 ou les articles 10 et 11. D'autres membres voyaient dans l'absence de lien volontaire une condition *sine qua non* de l'exercice de la protection diplomatique, et non une exception à la règle de l'épuisement. D'autres encore préféraient l'envisager simplement comme un facteur à prendre en considération.

223. À propos de l'alinéa *d* de l'article 14, certains orateurs ont avoué leur perplexité à l'idée d'examiner la notion de « lien volontaire » en même temps que celle de « lien de rattachement territorial ». Ils ne trouvaient aucun intérêt à l'alinéa *d*, qui ne semblait être qu'une des sous-hypothèses de l'hypothèse couverte à l'alinéa *c*. Ils proposaient donc d'abandonner l'alinéa *d* de l'article 14.

iii) Conclusions du Rapporteur spécial

224. Le Rapporteur spécial a constaté qu'il était difficile de tirer une conclusion claire du débat. Les membres de la Commission étaient généralement d'accord pour estimer que, quoi qu'il advînt de l'alinéa *c* de l'article 14, l'alinéa *d* en était une composante et ne justifiait pas un traitement distinct. De nombreux membres avaient émis l'avis que l'alinéa *c* énonçait un principe important, qui constituait cependant non pas tant une exception qu'une condition préalable de l'exercice de la protection diplomatique. D'autres avaient soutenu que ces notions pouvaient être traitées dans le cadre de l'alinéa *a* en liaison avec la notion de caractère raisonnable. Plusieurs membres avaient fait valoir que les situations de dommage transfrontière impliquaient une responsabilité sans fait illicite et devraient donc être totalement exclues. L'opinion préliminaire du Rapporteur spécial était que les alinéas *c* et *d* de l'article 14 étaient inutiles parce que, dans la plupart des cas, il y aurait un préjudice direct, ce qui était couvert par l'article 11, ou un problème d'efficacité, ce qui renvoyait à l'alinéa *a* de l'article 14.

225. À la demande de la Commission, le Rapporteur spécial a, par la suite, distribué un document de travail établi à titre officieux dans lequel il résumait ses recommandations concernant le sort de l'alinéa *c* de l'article 14. Il était convaincu que l'existence d'un lien volontaire était essentiellement une des raisons d'être de la règle de l'épuisement des recours internes et que cette question ne se prêtait donc pas à la codification. À son avis, si la Commission tenait néanmoins à codifier la question du lien volontaire, elle pouvait le faire de plusieurs façons, par exemple en modifiant l'article 10 pour qu'il se lise comme suit : « Un État ne peut formuler une réclamation internationale découlant d'un préjudice causé à un de ses nationaux, personne physique ou morale, qui a un lien volontaire avec l'État responsable du préjudice avant que le national lésé ait épuisé tous les recours juridiques internes disponibles ». Une autre possibilité serait de conserver la notion de lien volontaire dans le cadre d'une exception, selon ce qui était proposé à l'alinéa *c* du projet d'article 14. En cas d'objection à l'emploi de l'expression « lien volontaire », l'alinéa *c* pourrait être remplacé par le texte suivant : « Exiger l'épuisement des recours internes causerait de graves difficultés à l'étranger lésé [/serait manifestement déraisonnable] ». Selon une autre suggestion, l'alinéa *c* serait tout simplement supprimé, comme n'étant pas souhaitable, eu égard notamment à l'évolution du droit relatif aux dommages transfrontières.

226. Le Rapporteur spécial préférait que le lien volontaire ne fasse pas l'objet d'une disposition expresse mais soit mentionné plutôt dans le commentaire de l'article 10 en tant que raison d'être traditionnelle de la règle de l'épuisement des recours internes, dans le commentaire de l'article 11 à propos des cas de préjudice direct causé à un État, cas n'exigeant pas l'épuisement des recours internes, et dans le commentaire de l'alinéa *a* de l'article 14 à propos de la question de savoir si les recours internes offraient une possibilité raisonnable d'obtenir une mesure de réparation efficace.

227. Se référant aux situations difficiles, évoquées au paragraphe 83 de son troisième rapport, dans lesquelles il était déraisonnable d'exiger de l'étranger lésé qu'il épuise les recours internes, le Rapporteur spécial a fait observer que dans le premier cas cité, à savoir celui des dommages transfrontières à l'environnement causés par la pollution, les retombées radioactives ou des objets spatiaux artificiels, si le préjudice résultait d'un acte qui ne constituait pas un fait internationalement illicite, on n'était plus dans le contexte de la responsabilité des États dont relevait la protection diplomatique, mais dans celui de la « *liability* ». Si le préjudice résultait d'un fait internationalement illicite, il était direct. Le Rapporteur spécial était donc d'avis qu'il n'était pas nécessaire de prévoir une disposition distincte faisant de l'existence d'un lien volontaire une condition préalable de l'application de la règle de l'épuisement des recours internes. Dans le deuxième type de situation évoqué, soit le fait d'abattre un aéronef hors du territoire de l'État défendeur ou un aéronef qui a pénétré dans son espace aérien par accident, il y avait véritablement préjudice direct, et la pratique des États montrait que, le plus souvent, l'État défendeur n'insisterait pas pour que les recours internes soient épuisés. En ce qui concerne le troisième type de situation, soit le fait pour un soldat de l'État B stationné sur le territoire de l'État A de tuer un ressortissant de cet État A, le plus souvent il existait une disposition conventionnelle internationale prévoyant la possibilité de présenter une réclamation contre l'État B. Mais, dans le cas contraire, on ne voyait

[280] *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie), chap. V, par. 97, p. 46.

pas pourquoi les ayants droit de la victime ne seraient pas tenus de demander réparation devant les tribunaux de l'État B, si ceux-ci offraient une perspective raisonnable d'obtenir une mesure de réparation efficace. Cette situation était déjà couverte par l'alinéa *a* de l'article 14 et il n'était pas nécessaire de prévoir une disposition distincte. En ce qui concerne l'enlèvement transfrontière d'un ressortissant étranger soit de son État d'origine soit d'un État tiers par des agents de l'État défendeur, deux options étaient possibles : soit il y avait eu clairement violation de la souveraineté territoriale de l'État de nationalité de l'étranger, ce qui pouvait donner lieu à une réclamation directe de cet État contre l'État responsable, soit la partie lésée aurait peut-être la possibilité d'intenter une action en réparation devant les tribunaux de l'État défendeur et l'on ne voyait pas pourquoi elle ne le ferait pas. Si elle n'avait pas cette possibilité, on se retrouvait dans la situation couverte par l'alinéa *a* de l'article 14.

228. De l'avis du Rapporteur spécial, la Commission ne devait pas entraver le développement du droit international sur ce sujet, d'autant que la pratique des États continuait d'évoluer, surtout en matière de dommages à l'environnement. Il a suggéré de ne rien dire du lien volontaire dans le projet d'articles même, mais de l'évoquer simplement dans le commentaire à diverses occasions et de traiter cette question dans le cadre du sujet de la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités non interdites par le droit international.

d) *Retard abusif et refus d'accès (art. 14, al.* e *et* f*)*[281]

i) Présentation par le Rapporteur spécial

229. Le Rapporteur spécial a fait observer que l'alinéa *e* de l'article 14, consacré au retard abusif, était une disposition étayée par divers travaux de codification, les instruments relatifs aux droits de l'homme et la jurisprudence, par exemple les décisions rendues dans l'affaire *El Oro Mining and Railway Co*[282] et l'affaire *Interhandel*[283]. Cette exception à la règle de l'épuisement des recours internes restait toutefois difficile à manier dans le cas d'affaires complexes, en particulier celles qui mettaient en jeu des personnes morales. Elle pourrait certes être jointe à l'exception visée à l'alinéa *a* mais elle méritait 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.

230. Le Rapporteur spécial a fait observer en outre que l'alinéa *f* de l'article 14, relatif au refus d'accès, était pertinent dans l'actualité. Il n'était pas rare qu'un État défendeur refuse l'accès de ses tribunaux à un étranger lésé en alléguant que sa sécurité ne pourrait être garantie ou en refusant de lui délivrer un visa d'entrée sur son territoire.

ii) Résumé du débat

231. Un membre a jugé les alinéas *e* (retard abusif) et *f* (refus d'accès) de l'article 14 satisfaisants. D'autres ont estimé que ces deux dispositions ne constituaient pas des catégories spécifiques dans la mesure où une bonne lecture de l'alinéa *a* sous la forme proposée dans l'option 1 ou dans l'option 3 permettrait d'y englober ces deux exceptions. Il a donc été suggéré de reformuler ces deux dispositions à la lumière de la modification qui serait apportée à l'alinéa *a*. Il a également été proposé de combiner l'alinéa *e* avec l'alinéa *a*, ou du moins de le rapprocher de cette disposition.

232. Pour un autre membre, l'alinéa *a* ne rendait pas superflu l'alinéa *e*. En un sens, les cas couverts par ces deux alinéas se suivaient dans le temps : un recours interne existant qui semblait à première vue offrir « une possibilité raisonnable » dans l'optique de l'alinéa *a* pourrait s'avérer ultérieurement inutile en raison d'un retard abusif dans son administration. On a également émis l'avis que le texte devrait mentionner non pas le « retard dans l'administration d'un recours interne », mais le retard pris par le tribunal dans l'adoption d'une décision concernant un recours qui avait été exercé.

233. Tout en reconnaissant qu'une décision devait être susceptible d'aboutir « sans retard abusif », un membre a jugé néanmoins souhaitable de préciser dans le texte de l'article ce qui était abusif. Il a également été relevé que ce qui constituait un retard abusif serait une question à apprécier dans chaque cas particulier. Il a été proposé que la disposition soit reformulée comme suit : « Il n'y a pas lieu d'épuiser les recours internes lorsque le droit de l'État responsable du fait internationalement illicite n'offre à la personne lésée aucune possibilité objective d'obtenir réparation dans un délai raisonnable ». Il serait ensuite précisé que « La possibilité objective d'obtenir réparation dans un délai raisonnable devait être appréciée de bonne foi [au regard de la pratique habituellement suivie] ou [conformément aux principes généraux du droit] ».

234. Inversement, les doutes ont été exprimés quant au bien-fondé de l'exception énoncée à l'alinéa *e*, étant donné qu'un retard abusif pouvait tout simplement résulter d'un engorgement du système judiciaire comme cela était souvent le cas dans les pays confrontés à un manque aigu de ressources et, en particulier, de juges qualifiés pour s'occuper des affaires portées devant les tribunaux. D'autres ne partageaient pas cet avis et ont fait observer qu'un État ne devait pas tirer bénéfice du fait que la situation de l'appareil judiciaire ait permis que l'examen d'une affaire soit inutilement retardé.

235. En ce qui concerne l'alinéa *f*, on a fait observer que si l'accès à un recours était entravé, on en conclurait qu'il n'existait pas de recours du tout. De ce fait, le libellé

[281] L'article 14, alinéas *e* et *f*, proposé par le Rapporteur spécial dans son troisième rapport est libellé comme suit :

« *Article 14*

Les recours internes n'ont pas à être épuisés lorsque :

[…]

e) L'État défendeur est responsable d'un retard abusif dans l'administration d'un recours interne;

f) L'État défendeur empêche l'individu lésé d'avoir accès aux institutions qui administrent les recours internes. »

[282] *El Oro Mining and Railway Company (Limited) (Grande-Bretagne) c. États-Unis du Mexique*, décision n° 55 du 18 juin 1931, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V (numéro de vente : 1952.V.3), p. 191.

[283] Voir *supra* note 275.

proposé ne correspondait pas au but recherché. La proposition du Rapporteur spécial renvoyait en fait à une situation différente, celle où un étranger se voyait refuser l'entrée sur le territoire de l'État présumé responsable ou celle où la sécurité de l'étranger serait menacée s'il entrait sur le territoire. Ces facteurs jouaient rarement un rôle décisif dans le contexte d'une action civile. Normalement, la présence physique du demandeur sur le territoire de l'État dans lequel il voulait exercer une action civile n'était pas requise. Il a été noté que, dans la plupart des systèmes juridiques, il était tout à fait possible d'épuiser des recours internes par avocat ou représentant interposé.

236. Il a été proposé que l'exception soit limitée aux cas dans lesquels la présence physique semblait être une condition du succès du recours. Il a également été suggéré de faire référence, ne fût-ce que dans le commentaire, au problème qui se posait lorsque le particulier ou son avocat était dissuadé par des manœuvres d'intimidation d'exercer le recours. On s'est interrogé également sur la raison pour laquelle la disposition était limitée aux cas où c'était l'État défendeur qui refusait à l'individu lésé l'accès aux recours internes. D'autres acteurs non étatiques pourraient aussi faire obstacle à cet accès.

237. Des doutes ont été exprimés par d'autres membres, pour qui l'on pouvait considérer que l'idée exprimée dans cette disposition était déjà couverte par l'alinéa *a*. Si l'État défendeur empêchait effectivement l'étranger lésé d'avoir accès à ses tribunaux, cela signifiait que dans la pratique il n'y avait assurément aucune possibilité raisonnable d'obtenir une mesure de réparation efficace. Il a donc été proposé que la question soit traitée dans le commentaire en tant qu'élément du critère plus général de l'efficacité énoncé à l'alinéa *a.*

iii) Conclusions du Rapporteur spécial

238. Le Rapporteur spécial a noté que les avis étaient partagés sur l'alinéa *e* de l'article 14 relatif au retard abusif. Certains membres y étaient opposés tandis que d'autres avaient proposé de traiter de son contenu dans le cadre de l'alinéa *a*. La majorité s'était prononcée pour son maintien en tant que disposition distincte. Le Rapporteur spécial a donc proposé de renvoyer cet alinéa au Comité de rédaction, en gardant à l'esprit la suggestion tendant à préciser clairement que le retard devait être le fait des tribunaux.

239. En ce qui concerne l'alinéa *f* de l'article 14, le Rapporteur spécial a relevé l'opposition entre les systèmes de *common law* et les systèmes de droit romano-germanique. Dans le système de *common law*, l'individu lésé pourrait être tenu de déposer en personne devant le tribunal et, s'il n'était pas autorisé à entrer sur le territoire de l'État défendeur, il ne pourrait alors présenter aucune réclamation. Le Rapporteur spécial a constaté qu'un certain appui s'était exprimé en faveur du renvoi de l'alinéa *f* au Comité de rédaction. Toutefois, la majorité des membres avaient estimé qu'il valait mieux traiter de cette question dans le cadre de l'alinéa *a*. Il a par conséquent recommandé de ne pas renvoyer l'alinéa *f* au Comité de rédaction.

4. Article 15[284]

a) *Présentation par le Rapporteur spécial*

240. Le Rapporteur spécial a fait observer que, dans le contexte d'une instance devant une juridiction internationale, la question de la charge de la preuve consistait à déterminer ce qui devait être prouvé et quelle était la partie qui devait le prouver. Cette question était difficile à codifier, premièrement parce qu'il n'existait pas en droit international de règles détaillées du genre de celles qui existaient dans la plupart des systèmes juridiques nationaux, et deuxièmement parce que les circonstances variaient d'une affaire à l'autre et qu'il était difficile d'énoncer des règles générales applicables dans tous les cas. Le Rapporteur spécial considérait cependant qu'il s'agissait d'une question importante dans le contexte de la règle de l'épuisement des recours internes, dont l'inclusion dans le projet se justifiait.

241. Le Rapporteur spécial a fait observer qu'il était généralement admis qu'il incombait à la personne qui affirmait quelque chose de le prouver. Ce principe général était énoncé au paragraphe 1 de l'article 15, mais le Rapporteur spécial, estimant qu'il ne suffisait pas, a proposé deux principes supplémentaires, posés au paragraphe 2 et concernant la charge de la preuve à l'égard de l'existence et de l'efficacité des recours internes. Il a rappelé que, lors de précédentes tentatives de codification de la règle de l'épuisement des recours internes, on avait évité de formuler des dispositions sur ces points.

242. Le Rapporteur spécial a indiqué que cette question avait été examinée de façon circonstanciée par les organes chargés de suivre l'application des traités relatifs aux droits de l'homme, dont la jurisprudence étayait deux postulats, à savoir : l'État défendeur devait prouver qu'il existait un recours disponible que l'État demandeur n'avait pas épuisé; et, s'il existait des recours disponibles, l'État demandeur devait prouver qu'ils étaient inefficaces ou qu'une autre exception à la règle de l'épuisement des recours internes était applicable. Le Rapporteur spécial a toutefois admis que cette jurisprudence était fortement conditionnée par les instruments en vertu desquels les organes de suivi avaient été créés et qu'il était douteux que les principes posés par ces organes puissent s'inscrire directement dans le cadre des principes généraux régissant la protection diplomatique.

---

[284] L'article 15 proposé par le Rapporteur spécial dans son troisième rapport est libellé comme suit :

« *Article 15*

1. En ce qui concerne l'épuisement des recours internes, les États demandeur et défendeur partagent la charge de la preuve conformément au principe qui veut que la partie qui affirme quelque chose le prouve.

2. En l'absence de circonstances particulières et sans préjudice de l'ordre dans lequel une prétention doit être prouvée :

a) Il incombe à l'État défendeur de prouver que la réclamation internationale est une réclamation à laquelle la règle de l'épuisement des recours internes s'applique et que les recours internes disponibles n'ont pas été épuisés;

b) Il incombe à l'État demandeur de prouver l'existence éventuelle de l'une des exceptions visées à l'article 14 ou de prouver que la réclamation concerne un préjudice causé directement à l'État lui-même. »

243. S'agissant des décisions judiciaires et des sentences arbitrales, le Rapporteur spécial a fait observer que les principes qu'il avait esquissés trouvaient quelque appui dans l'affaire du *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*[285], l'*Arbitrage relatif aux navires finlandais*[286], l'affaire *Ambatielos*[287], l'affaire *ELSI*[288], l'affaire relative à l'*Incident aérien du 27 juillet 1955*[289] et celle des *Emprunts norvégiens*[290]. Deux conclusions pouvaient être tirées de ces affaires : premièrement, la charge de la preuve incombait à l'État défendeur en ce qu'il devait prouver l'existence de recours internes; deuxièmement, l'État demandeur devait pour sa part prouver que, si des recours existaient, ils étaient inefficaces ou qu'une autre exception s'appliquait, par exemple qu'il avait subi un préjudice direct.

244. Parallèlement, le Rapporteur spécial a concédé qu'il était difficile d'énoncer des règles générales, car la réponse était liée aux faits de chaque espèce. Il a rappelé l'affaire relative à *Certains emprunts norvégiens*, qui mettait en jeu un faisceau de faits spécifique et dans le contexte de laquelle le juge Lauterpacht avait posé quatre principes que la doctrine avait fortement appuyés : il appartenait à l'État demandeur de prouver qu'il n'existait pas de recours efficaces dont on pût user; cette preuve n'était pas nécessaire s'il existait une loi qui, à première vue, privait les demandeurs particuliers d'un recours; dans ce cas, il incombait à l'État défendeur de démontrer que, nonobstant l'absence apparente d'un recours, l'existence de celui-ci pouvait néanmoins être raisonnablement présumée; et les exigences concernant la preuve à apporter à cet égard ne devaient pas être si strictes qu'elles rendent cette preuve déraisonnablement difficile.

245. Le Rapporteur spécial a confirmé qu'à son avis les quatre principes énoncés par Lauterpacht découlaient des circonstances inhabituelles de l'affaire relative à *Certains emprunts norvégiens*. À ce titre, ils ne mettaient pas à mal sa propre hypothèse selon laquelle il existait essentiellement deux règles, sur l'existence et l'efficacité des recours internes, telles qu'elles étaient énoncées aux alinéas *a* et *b* du paragraphe 2 de l'article 15.

b) *Résumé du débat*

246. Si certains membres de la Commission ont appuyé l'article 15, une vive opposition s'est aussi manifestée quant à l'inclusion de cet article relatif à la charge de la preuve dans le projet. Il était douteux que des règles de preuve doivent être comprises dans le champ du sujet. De plus, les règles coutumières en la matière, si elles existaient, étaient difficiles à établir. Mention a été faite des différences existant entre la *common law* et le droit romano-germanique s'agissant de questions liées à la charge de la preuve. De même, il a été noté que les règles de la preuve variaient considérablement, en fonction de la nature de la procédure internationale. En outre, il a été fait observer que, vu les conditions liées traditionnellement à la charge de la preuve, il semblait improbable qu'un organe judiciaire ou autre quelconque puisse s'estimer tenu par ce qui était une disposition supplémentaire extrêmement complexe.

247. Il a été observé que l'État défendeur était mieux à même que les juges ou le demandeur d'apporter la preuve de l'existence de recours. De son côté, l'État de nationalité était mieux à même de prouver la nationalité de l'individu. La charge de la preuve appartenait, dans ce cas, à l'État demandeur. Le fait que l'État soit demandeur ou défendeur semblait donc moins important que l'existence d'éléments de preuve.

248. De plus, des doutes ont été émis quant à la pertinence de la jurisprudence relative aux droits de l'homme – développée sur la base de dispositions conventionnelles spécifiques dans le cadre d'un système procédural donné – pour délimiter la charge de la preuve en droit international général. D'ailleurs, le même organe conventionnel pouvait avoir en la matière des règles différentes pour chacune des étapes de la procédure. L'exemple de la Cour européenne des droits de l'homme a été cité à cet égard. La règle proposée par le Rapporteur spécial était séduisante par sa simplicité mais, dans la pratique, le problème serait assurément beaucoup plus complexe. Il a été noté aussi qu'il serait difficile de parvenir à un accord sur l'objet même de l'article 15.

249. L'avis a été émis que mieux vaudrait renvoyer la question de la charge de la preuve aux règles de procédure ou au compromis dans le cas d'une affaire soumise à une juridiction internationale, et au droit de l'État en cas de saisine de tribunaux nationaux. Il a été proposé aussi de faire état dans le commentaire de la question de la charge de la preuve.

250. À propos du paragraphe 1, l'avis a été exprimé qu'il n'y avait guère d'intérêt à énoncer, sous forme de principe général, que la partie qui affirmait quelque chose devait le prouver. Ce qui importait, ce n'était pas l'allégation faite, mais l'intérêt que la partie considérée pouvait avoir à établir un certain fait qui semblait pertinent. À l'inverse, il a été dit que le paragraphe 1 était utile et devait figurer dans le projet.

251. À propos du paragraphe 2, l'avis a été exprimé que la distinction faite entre l'existence d'un recours, qui devrait être prouvée par l'État défendeur, et son inefficacité, qui devrait être prouvée par l'État demandeur, était artificielle. Les recours qui n'avaient aucune chance d'aboutir, c'est-à-dire les recours inefficaces, n'avaient pas à être épuisés. De ce fait, l'État défendeur devait faire plus qu'établir l'existence d'un recours : il devait aussi prouver que le recours avait une chance raisonnable d'aboutir. Ce qui était en jeu, c'était l'efficacité d'un recours en l'absence de jurisprudence pertinente au moment où le préjudice était causé. Selon un autre point de vue, le problème n'était qu'un problème de formulation, qui ressortissait au Comité de rédaction.

c) *Conclusions du Rapporteur spécial*

252. Le Rapporteur spécial a relevé que certains membres avaient jugé l'article 15 inoffensif et d'autres trop

[285] Voir *supra* note 267.

[286] *Réclamation au sujet de certains navires finlandais utilisés pendant la guerre*, sentence du 9 mai 1934, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (numéro de vente : 1949.V.2), p. 1479.

[287] Sentence du 6 mars 1956, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII (numéro de vente : 63.V.3), p. 91.

[288] Voir *supra* note 266.

[289] *Incident aérien du 27 juillet 1955 (Israël c. Bulgarie), arrêt, C.I.J. Recueil 1959*, p. 127.

[290] Voir *supra* note 277.

complexe, mais que la grande majorité s'était prononcée contre son inclusion dans le projet d'articles. Il ne pouvait donc recommander que l'article soit renvoyé au Comité de rédaction.

5. Article 16[291]

a) *Présentation par le Rapporteur spécial*

253. Présentant l'article 16, le Rapporteur spécial a déclaré que la clause Calvo[292] faisait partie intégrante de l'histoire et de l'évolution de la règle de l'épuisement des recours internes et demeurait pertinente. Il a expliqué que la clause Calvo était une disposition contractuelle par laquelle une personne liée de son fait avec un État dont elle n'était pas ressortissante acceptait de renoncer à demander la protection diplomatique de son État de nationalité et de s'en remettre exclusivement aux recours internes en ce qui concernait l'exécution du contrat.

254. Depuis qu'elle existait, la clause Calvo faisait l'objet de controverses. Les États latino-américains la considéraient comme une règle du droit international général, et comme une règle régionale du droit international, et nombre d'entre eux, notamment le Mexique, en avaient inscrit le principe dans leur constitution. D'autres États, en revanche, la jugeaient contraire au droit international, au motif qu'elle allait à l'encontre de la fiction de Vattel, selon laquelle un préjudice causé à un national est un préjudice causé à l'État lui-même[293], et seul l'État peut renoncer au droit de protection diplomatique.

255. La principale jurisprudence en la matière était la décision rendue par la Commission générale des réclamations États-Unis d'Amérique/Mexique dans l'affaire de la *North American Dredging Company*[294], qui établissait que la clause Calvo était compatible avec le droit international en général et le droit de la protection diplomatique en particulier, encore que cette décision eût été très critiquée par certains juristes.

256. Toutefois, on débattait encore de son objet et de sa portée, et le Rapporteur spécial a recensé plusieurs considérations qui s'étaient dégagées de ce débat. Tout d'abord, la validité de la clause Calvo était limitée dans la mesure où elle ne faisait pas totalement obstacle à l'intervention diplomatique. Elle ne jouait que dans le cas de litiges nés d'un contrat la contenant conclu entre un étranger et l'État d'accueil, et non en cas de violation du droit international. Deuxièmement, la clause Calvo confirmait l'importance de la règle de l'épuisement des recours internes. Selon certains auteurs, elle ne faisait rien d'autre que réaffirmer cette règle, mais pour la plupart elle allait au-delà. Troisièmement, le droit international ne faisait pas obstacle au droit de l'étranger de renoncer par convention à sa faculté ou son droit propres de demander à son État de nationalité d'exercer sa protection diplomatique en sa faveur. Quatrièmement, un étranger ne pouvait au moyen de la clause Calvo renoncer à des droits que le droit international attribuait à son gouvernement. Cinquièmement, la renonciation que constituait la clause Calvo ne s'appliquait qu'aux litiges nés d'un contrat, ou de la rupture d'un contrat qui ne constituait pas, de toute façon, une violation du droit international; en particulier, elle ne s'appliquait pas en cas de déni de justice.

257. Le Rapporteur spécial a en outre fait observer que la clause Calvo était née de la crainte ressentie par les États d'Amérique latine de voir les États européens et les États-Unis d'Amérique intervenir dans leurs affaires intérieures sous prétexte de protection diplomatique. Les États exportateurs de capitaux, quant à eux, craignaient que leurs nationaux ne bénéficient pas d'une procédure équitable dans les pays dont ils considéraient les structures judiciaires comme insuffisantes. Depuis lors, la situation avait changé. La clause Calvo n'en demeurait pas moins un élément important de la conception latino-américaine du droit international, et cette doctrine influençait l'attitude de pays en développement africains ou asiatiques qui redoutaient les interventions d'États puissants dans leurs affaires intérieures.

258. De plus, la doctrine Calvo, déjà reflétée dans la résolution 1803 (XVII) de l'Assemblée générale en date du 14 décembre 1962, relative à la souveraineté permanente sur les ressources naturelles, était reprise dans la Charte des droits et des devoirs économiques des États, qui figurait dans la résolution 3281 (XXIX) de l'Assemblée générale en date du 12 décembre 1974 et qui prévoyait à l'alinéa *c* du paragraphe 2 de l'article 2 que les différends concernant l'indemnisation consécutive à l'expropriation de biens étrangers devaient être réglés conformément à la législation interne de l'État qui prenait les mesures de nationalisation. L'influence de la doctrine Calvo apparaissait également dans la décision 24 de l'Accord de Carthagène sur l'intégration sous-régionale des pays andins (Pacte andin). Par contre, l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA)[295], qui autorisait les investisseurs étrangers à recourir à l'arbitrage international sans

[291] L'article 16 proposé par le Rapporteur spécial dans son troisième rapport est ainsi libellé :

« *Article 16*

1. Toute stipulation d'un contrat conclu entre un étranger et l'État dans lequel il exerce ses activités selon laquelle :

a) L'étranger se satisfera des recours internes; ou

b) Aucun différend né du contrat ne sera réglé par voie de réclamation internationale; ou

c) Aux fins du contrat, l'étranger sera considéré comme un national de l'État contractant,

vaut, au regard du droit international, renonciation valable au droit de l'étranger d'invoquer la protection diplomatique à raison du contrat. Cependant, une telle stipulation n'affecte en rien le droit de l'État de nationalité de l'étranger d'exercer sa protection diplomatique au bénéfice de cette personne lorsque celle-ci est lésée par un fait internationalement illicite attribuable à l'État contractant ou lorsque le préjudice qu'elle a subi concerne directement son État de nationalité.

2. Toute stipulation contractuelle visée au paragraphe 1 est interprétée comme une présomption en faveur de l'épuisement des recours internes avant le recours à une procédure internationale de règlement judiciaire. »

[292] Voir *supra* note 249.

[293] Voir E. de Vattel, *Le droit des gens, ou Principes de la loi naturelle* (1758), Washington, Carnegie Institution, 1916, vol. I.

[294] *North American Dredging Company of Texas (États-Unis d'Amérique) c. États-Unis du Mexique*, décision du 31 mars 1926, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IV (numéro de vente : 1951.V.1), p. 26.

[295] Voir *Accord de libre-échange nord-américain entre le Gouvernement du Canada, le Gouvernement des États-Unis d'Amérique et le Gouvernement des États-Unis du Mexique*, Ottawa, Ministère canadien des approvisionnements et services, 1992.

avoir d'abord épuisé les recours internes, s'écartait selon certains de la doctrine Calvo.

259. Deux options s'offraient à la Commission : soit renoncer à élaborer une disposition sur le sujet au motif qu'elle serait superflue si l'on considérait que la clause Calvo ne faisait que réaffirmer la règle de l'épuisement des recours internes, soit élaborer une disposition limitant la validité de la clause Calvo aux différends nés d'un contrat contenant la clause, sans préjudice du droit de l'État de nationalité de l'étranger d'exercer sa protection diplomatique au bénéfice de ce dernier lorsqu'il avait été lésé par un fait internationalement illicite imputable à l'État partie au contrat. Le paragraphe 2 disposait qu'une telle clause constituait une présomption en faveur de la nécessité d'épuiser les recours internes avant tout règlement judiciaire international, et ce, même s'il existait un compromis prévoyant une dérogation à la règle de l'épuisement des recours internes.

b) *Résumé du débat*

260. Le Rapporteur spécial a été félicité pour son étude approfondie de l'histoire de la doctrine Calvo et pour la manière dont il avait abordé les questions que soulevait la clause Calvo en droit international. Différentes opinions se sont exprimées quant à l'inclusion d'une disposition sur la clause Calvo dans le projet d'articles.

261. Selon certains, l'article 16 devait, moyennant quelques améliorations de forme, être conservé comme complément de l'article 10. En tant que règle codifiée, il préciserait les limites des relations contractuelles entre un État et un étranger, en particulier en garantissant les droits de l'État de nationalité en vertu du droit international. On a aussi émis l'avis que l'article proposé ne traitait pas de la clause Calvo au sens classique de l'expression, mais d'une simple obligation d'épuisement des recours internes dans des circonstances particulières. On a dit que la disposition mettait utilement l'accent sur la règle de l'épuisement des recours internes. De fait, selon un membre, la codification de la règle de l'épuisement des recours internes serait incomplète sans une reconnaissance de la clause Calvo.

262. Selon une autre opinion, la valeur de la clause Calvo n'était pas seulement historique et symbolique, et elle demeurait importante dans le monde moderne car elle avait des implications internationales qui dépassaient de beaucoup celles des stipulations contractuelles en droit interne. De plus, bien que le recours à la clause Calvo eût été largement limité à l'Amérique latine, les problèmes qu'elle visait à résoudre avaient une dimension mondiale et pas seulement régionale. Ainsi, en incluant la disposition, la Commission codifierait une règle coutumière régionale qui pouvait légitimement être élevée au rang de règle universelle.

263. Selon un autre membre, la clause Calvo n'était pas contraire au droit international en raison de deux principes importants, à savoir l'égalité souveraine des États, qui postulait un devoir de non-intervention, et l'égalité de traitement des nationaux et étrangers. On a aussi noté que l'article 16 ne visait pas à codifier la clause Calvo en tant que telle mais posait des limites à son application dans les relations internationales. Il précisait également la relation entre les droits de l'individu et ceux de l'État dans ce domaine, à savoir qu'un étranger, personne physique ou morale, avait le droit de rechercher, et l'État le droit d'exercer, la protection diplomatique.

264. D'autres membres se sont déclarés contre l'inclusion de la disposition dans le projet d'articles sur la protection diplomatique et préféraient qu'elle soit supprimée. Selon une opinion, l'article 16 était étranger au statut de la Commission, notamment à l'article 15 de celui-ci : la clause Calvo n'était pas une règle de droit et ne se prêtait donc pas à codification. Elle n'était qu'un procédé technique de rédaction des contrats.

265. On a fait observer que le national de l'État ne pouvait se substituer à l'État, car ce n'était pas ses propres droits qui étaient en cause mais ceux de l'État. Un étranger ne pouvait renoncer à un droit qui n'était pas le sien. Ainsi, l'importance juridique de la renonciation prévue au paragraphe 1 était incertaine puisque la demande de l'étranger n'était pas une condition préalable de l'exercice de la protection diplomatique. L'étranger pouvait toutefois s'engager d'abord à s'en remettre exclusivement aux lois du pays d'accueil et ensuite à ne pas rechercher la protection diplomatique de son État d'origine. Ce qu'il ne pouvait pas faire, c'était garantir que son État national n'interviendrait pas pour faire respecter son droit de voir le droit international respecté en la personne de son ressortissant. La question n'était donc pas de savoir si la clause Calvo était valide ou non en droit international. Elle n'était ni interdite par ce droit ni tenue pour licite. Il y aurait rupture de contrat mais non violation du droit international, ni de la part de l'étranger ni de celle de l'État de nationalité, si l'étranger sollicitait la protection diplomatique de cet État.

266. Certains ont également déclaré que si la clause Calvo avait une importance historique, en pratique, elle était de moins en moins utilisée. En outre, le contexte international était différent de celui dans lequel la clause Calvo avait été formulée un siècle plus tôt. Les préoccupations qui sous-tendaient la doctrine Calvo avaient dans une large mesure été dissipées par l'évolution intervenue durant la seconde moitié du XXe siècle, y compris l'adoption de plusieurs textes internationaux importants visés dans le rapport du Rapporteur spécial. De même, dans le monde contemporain, le comportement des États était profondément influencé, sinon conditionné, par des normes communes imposées par le droit international des droits de l'homme. En outre, les gouvernements attachaient de l'importance à l'entreprise privée et la reconnaissaient, ce qui permettait aux investissements privés étrangers de jouir d'un environnement juridique sûr. Il était, par exemple, plus courant que les États concluent des accords d'investissement prévoyant le recours direct à l'arbitrage international en cas de différend.

267. Une opposition s'est en outre manifestée contre l'inclusion du paragraphe 2. On a dit qu'il contredisait la règle de l'épuisement des recours internes. L'existence de la clause Calvo n'était pas nécessaire pour créer une présomption en faveur de l'épuisement des recours internes. Cette présomption existait indépendamment de toute clause contractuelle.

268. La Commission a en outre examiné une proposition tendant à ce que soit rédigée une disposition générale

concernant la renonciation, tant de la part de l'État de nationalité que de la part de l'État d'accueil. Toutefois, cette proposition s'est heurtée à une opposition au motif qu'elle n'avait pas été exhaustivement examinée en plénière.

c) *Conclusions du Rapporteur spécial*

269. Le Rapporteur spécial a noté que les membres de la Commission étaient assez également divisés sur le point de savoir s'il fallait ou non inclure l'article 16. Il lui semblait que ceux qui pensaient que la clause Calvo ne relevait pas de la compétence de la Commission étaient néanmoins convaincus de son importance dans l'histoire et le développement de la protection diplomatique. De ce fait, l'inclusion de l'article 16, qui correspondait à la clause Calvo, pouvait être acceptable. Le Rapporteur spécial avait été impressionné par les arguments exprimés de part et d'autre et avait noté que l'on trouvait des représentants de tous les groupes régionaux dans les deux camps.

270. Il a relevé que le paragraphe 2 de l'article 16 avait recueilli très peu d'appui, si ce n'est pour en faire figurer la teneur dans le commentaire de l'article 14, alinéa *b*.

271. La question à laquelle était confrontée la Commission était donc de savoir si elle allait renvoyer le paragraphe 1 de l'article 16 au Comité de rédaction, avec les modifications importantes proposées durant le débat, ou ne pas faire figurer cette disposition dans le projet d'articles. Dans ce dernier cas, il faudrait traiter exhaustivement du sujet dans le commentaire de l'article 10 et celui de l'article 14, alinéa *b*.

272. Le Rapporteur spécial a fait en outre observer qu'il ne serait pas approprié de rédiger une clause générale de renonciation comme cela avait été proposé avant que la plénière n'examine une telle disposition.

273. Étant donné la division presque égale des membres de la Commission, il était difficile pour le Rapporteur spécial de faire une recommandation quant à la marche à suivre. Toutefois, l'un dans l'autre, il recommandait que la Commission renvoie le paragraphe 1 de l'article 16 au Comité de rédaction sous réserve des modifications rédactionnelles proposées durant le débat. La Commission a par la suite décidé de ne pas renvoyer l'article 16 au Comité de rédaction.

6. Déni de justice

a) *Présentation par le Rapporteur spécial*

274. Le Rapporteur spécial a fait observer que la notion de « déni de justice », qui était inextricablement liée à de nombreux aspects de la règle de l'épuisement des recours internes, y compris la question de l'inefficacité, pouvait de ce fait être considérée comme ayant un caractère secondaire. Il se proposait d'étudier la place à donner au déni de justice dans le projet d'articles dans un additif à son troisième rapport, et invitait les membres de la Commission à présenter leurs observations sur le sujet.

b) *Résumé du débat*

275. Pour un membre, la notion de « déni de justice » n'était qu'une des manifestations de la règle plus générale selon laquelle les recours internes devaient être considérés comme épuisés s'ils avaient échoué ou étaient voués à l'échec. Cette notion étant traitée aux alinéas *a*, *e* et *f* de l'article 14, il n'était pas nécessaire d'y consacrer une disposition spécifique et ce point pourrait être souligné dans le commentaire. On a dit aussi qu'il pourrait être très difficile d'entreprendre l'examen de la question du déni de justice qui, à proprement parler, ne relevait pas de la protection diplomatique.

276. Pour d'autres membres, il serait difficile de faire abstraction de la question du déni de justice, qui pouvait être une des situations donnant lieu à l'exercice de la protection diplomatique, et il convenait donc de l'aborder dans l'étude.

c) *Conclusions du Rapporteur spécial*

277. Le Rapporteur spécial a dit que le débat avait montré que la majorité des membres étaient hostiles à l'inclusion de la question du déni de justice dans l'étude ou, au mieux, neutres à cet égard. Plusieurs membres ont souligné qu'il s'agissait d'une règle primaire, d'autres faisant observer que le déni de justice se produisait dans un certain nombre de contextes procéduraux et qu'il s'agissait donc d'une forme de règle secondaire.

278. Le Rapporteur spécial a fait observer que le contenu de la notion de déni de justice était incertain. Au début du XXe siècle, cette notion impliquait un refus de l'accès aux tribunaux; les juristes latino-américains y faisaient figurer la partialité de la justice et les retards dans la justice, tandis que pour d'autres le déni de justice n'était pas limité à l'action ou l'inaction judiciaire et comprenait des violations du droit international par l'exécutif et le parlement. Selon la doctrine contemporaine, le déni de justice était limité aux actes de la justice ou à la procédure judiciaire, soit que cette dernière fût inadéquate ou que les décisions de justice fussent injustes. Toutefois, on en parlait de moins en moins dans la jurisprudence et il avait été remplacé dans une large mesure par les normes de justice énoncées dans des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, en particulier l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

279. L'opinion majoritaire au sein de la Commission étant que cette notion ne relevait pas de l'étude, le Rapporteur spécial a renoncé à préparer un additif sur la question.

C. – Articles 1 à 7 du projet d'articles sur la protection diplomatique adoptés à titre provisoire par la Commission

1. Texte des projets d'articles

280. Le texte des projets d'articles 1 à 7 adoptés par la Commission à sa cinquante-quatrième session est reproduit ci-après :

PROTECTION DIPLOMATIQUE

PREMIÈRE PARTIE

DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article premier. – Définition et champ d'application

1. La protection diplomatique consiste dans le recours à une action diplomatique ou à d'autres moyens de règlement pacifique par un État qui prend fait et cause, en son nom propre, pour l'un de ses nationaux à raison d'un préjudice subi par ce dernier découlant d'un fait internationalement illicite d'un autre État.

2. La protection diplomatique peut être exercée à l'égard d'un non-national conformément à l'article 7 [8][296].

Article 2 [3][297]. – Droit d'exercer la protection diplomatique

Un État a le droit d'exercer la protection diplomatique conformément aux présents articles.

DEUXIÈME PARTIE

PERSONNES PHYSIQUES

Article 3 [5][298]. – État de la nationalité

1. L'État en droit d'exercer la protection diplomatique est l'État de la nationalité.

2. Aux fins de la protection diplomatique des personnes physiques, l'État de la nationalité est l'État dont l'individu objet de la protection a acquis la nationalité par sa naissance, par son ascendance, par succession d'États, par naturalisation ou de toute autre manière non contraire au droit international.

Article 4 [9]. – Continuité de la nationalité

1. Un État est en droit d'exercer la protection diplomatique à l'égard d'une personne qui avait sa nationalité au moment où le dommage a été causé et a cette nationalité à la date à laquelle la réclamation est officiellement présentée.

2. Nonobstant le paragraphe 1, un État peut exercer la protection diplomatique à l'égard d'une personne qui a sa nationalité à la date à laquelle la réclamation est officiellement présentée mais qui n'avait pas cette nationalité au moment où le dommage a été causé, pour autant que la personne lésée a perdu sa première nationalité et qu'elle a acquis, pour une raison sans rapport avec le dépôt de la réclamation, la nationalité de l'État réclamant d'une manière non contraire au droit international.

3. Le nouvel État de nationalité n'exerce pas la protection diplomatique à l'égard d'une personne contre un État de nationalité antérieur de cette personne à raison d'un dommage subi alors que celle-ci était ressortissante de l'ancien État de nationalité et non du nouvel État de nationalité.

Article 5 [7]. – Multiple nationalité et réclamation à l'encontre d'un État tiers

1. Tout État dont une personne ayant une double ou multiple nationalité a la nationalité peut exercer la protection diplomatique à l'égard de cette personne à l'encontre d'un État dont elle n'a pas la nationalité.

2. Deux ou plusieurs États de nationalité peuvent exercer conjointement la protection diplomatique à l'égard d'une personne ayant une double ou multiple nationalité.

Article 6. – Multiple nationalité et réclamation à l'encontre d'un État de nationalité

Un État de nationalité ne peut exercer la protection diplomatique à l'égard d'une personne contre un État dont cette personne est également un national, à moins que la nationalité prédominante de celui-ci soit celle du premier État en question tant au moment où le dommage a été causé qu'à la date à laquelle la réclamation est officiellement présentée.

Article 7 [8]. – Apatrides et réfugiés

1. Un État peut exercer la protection diplomatique à l'égard d'une personne apatride si celle-ci, au moment où le dommage a été causé et à la date de la présentation officielle de la réclamation, a sa résidence légale et habituelle sur son territoire.

2. Un État peut exercer la protection diplomatique à l'égard d'une personne à laquelle il reconnaît la qualité de réfugié si cette personne, au moment où le dommage a été causé et à la date de la présentation officielle de la réclamation, a sa résidence légale et habituelle sur son territoire.

3. Le paragraphe 2 ne s'applique pas dans le cas d'un dommage dû à un fait internationalement illicite commis par l'État de la nationalité du réfugié.

2. Texte des articles et commentaires y relatifs

281. Le texte des articles 1 à 7 et les commentaires y relatifs adoptés par la Commission à sa cinquante-quatrième session sont reproduits ci-après.

PROTECTION DIPLOMATIQUE

PREMIÈRE PARTIE

DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article premier. – Définition et champ d'application

1. La protection diplomatique consiste dans le recours à une action diplomatique ou à d'autres moyens de règlement pacifique par un État qui prend fait et cause, en son nom propre, pour l'un de ses nationaux à raison d'un préjudice subi par ce dernier découlant d'un fait internationalement illicite d'un autre État.

2. La protection diplomatique peut être exercée à l'égard d'un non-national conformément à l'article 7 [8][299].

Commentaire

1) L'article premier définit la protection diplomatique en décrivant ses principaux éléments et indique dans le même temps le champ d'application de ce mécanisme permettant de protéger les nationaux ayant subi un préjudice à l'étranger.

[296] Ce paragraphe sera revu si d'autres exceptions sont prévues dans le projet d'articles.

[297] Les numéros entre crochets correspondent à la numérotation des articles proposée par le Rapporteur spécial.

[298] Cet article sera revu lorsque la Commission examinera la question de la protection diplomatique des personnes morales.

[299] Voir *supra* note 296.

2) Selon le droit international, un État est responsable du préjudice causé à un étranger par son fait ou son omission illicite. La protection diplomatique est la procédure employée par l'État de la nationalité de la personne lésée pour protéger cette personne et obtenir réparation du préjudice causé par le fait internationalement illicite. Le présent projet d'articles ne concerne que les règles régissant les circonstances dans lesquelles la protection diplomatique peut être exercée et les conditions qui doivent être réunies pour qu'elle puisse l'être. Il ne vise pas à définir ni à décrire les faits internationalement illicites qui engagent la responsabilité de l'État pour le préjudice causé à un étranger. Le projet d'articles, comme celui relatif à la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite adopté par la Commission à sa cinquante-troisième session[300], maintient la distinction entre règles primaires et règles secondaires et ne traite que de ces dernières.

3) Le paragraphe 1 indique clairement que le droit d'exercer la protection diplomatique appartient à l'État. En l'exerçant, l'État prend fait et cause, en son nom propre, pour son national lésé par le fait internationalement illicite d'un autre État. Cette formulation reprend les termes employés par la CIJ dans l'affaire de l'*Interhandel*, dans laquelle elle avait déclaré que l'État demandeur « prend fait et cause pour son ressortissant »[301] dont des droits avaient été violés. L'intérêt juridique de l'État qui exerce sa protection diplomatique découle du préjudice résultant pour un de ses nationaux du fait illicite d'un autre État.

4) Le plus souvent, c'est le lien de la nationalité entre l'État et la personne lésée qui donne lieu à l'exercice de la protection diplomatique, question qui est traitée à l'article 3. Le mot « nationaux » figurant dans cet article vise à la fois les personnes physiques et les personnes morales. Ultérieurement, une distinction sera opérée dans le projet d'articles entre les règles régissant les personnes physiques et celles régissant les personnes morales et, si nécessaire, les deux notions seront envisagées séparément.

5) La protection diplomatique doit être exercée par des moyens licites et pacifiques. Plusieurs décisions judiciaires font une distinction entre « l'action diplomatique » et « l'action judiciaire » s'agissant de l'action que peut mener un État qui recourt à la protection diplomatique[302]. L'article premier conserve cette distinction mais va plus loin que la seule action judiciaire en l'englobant sous l'expression « d'autres moyens de règlement pacifique ». L'« action diplomatique » s'entend de toutes les procédures licites employées par les États pour s'informer mutuellement de leurs vues et préoccupations, y compris la protestation, la demande d'enquête et les négociations visant à régler les différends. L'expression « autres moyens de règlement pacifique » englobe toutes les formes licites de règlements des différends, qui vont de la négociation, la médiation et la conciliation à l'arbitrage et au règlement judiciaire. L'emploi de la force, prohibé par le paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies, est interdit dans l'exercice de la protection diplomatique.

[300] Voir *supra* note 263.

[301] *Interhandel* (voir *supra* note 275), p. 27.

[302] Voir l'affaire du *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis* (*supra* note 267), p. 16; et l'affaire *Nottebohm, deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1955*, p. 4, not. p. 24.

6) Le paragraphe 1 de l'article premier fait bien ressortir que le projet d'articles traite uniquement de l'exercice de la protection diplomatique par un État et non de la protection accordée par les organisations internationales à leurs fonctionnaires, protection reconnue par la CIJ dans son avis consultatif en l'affaire *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*[303]. La protection fonctionnelle[304] en est nettement différente en ce qu'elle repose sur la fonction de l'organisation et sur le statut de ses agents[305].

7) La protection diplomatique s'entend de la protection des nationaux qui ne se livrent pas à des activités internationales officielles pour le compte de l'État. Les diplomates et les consuls sont protégés par d'autres règles et instruments de droit international, notamment la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques et la Convention de Vienne sur les relations consulaires.

8) Le paragraphe 2 reconnaît que dans certaines circonstances la protection diplomatique peut être exercée au profit de non-nationaux. L'article 7 prévoit une telle protection dans le cas des apatrides et des réfugiés. La note de bas de page relative au paragraphe 2 indique que la Commission pourra retenir d'autres exceptions à un stade ultérieur de ses travaux.

Article 2 [3]. – Droit d'exercer la protection diplomatique

Un État a le droit d'exercer la protection diplomatique conformément aux présents articles.

Commentaire

1) L'article 2 souligne que le droit d'exercer la protection diplomatique appartient à l'État. Il consacre la notion vattélienne selon laquelle un préjudice causé à un national est un préjudice indirect causé à l'État[306]. Cette opinion a été reprise avec plus de prudence par la CPJI dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine* :

> En prenant fait et cause pour l'un des siens, en mettant en mouvement, en sa faveur, l'action diplomatique ou l'action judiciaire internationale, cet État fait, à vrai dire, valoir son droit propre, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants le droit international.[307]

Cette opinion est fréquemment critiquée comme étant une fiction difficile à concilier avec les réalités de la protection diplomatique, qui exige que la nationalité ait été continue pour qu'une réclamation diplomatique puisse être présentée[308], que les recours internes aient été épuisés par le national lésé et que les dommages aient été évalués et correspondent à la perte subie par l'individu. Néanmoins, le « principe Mavrommatis » ou la « fiction vattélienne »,

[303] Voir *supra* note 250.

[304] Ibid., p. 185.

[305] Ibid., p. 180 et 186.

[306] Dans *Le droit des gens, ou Principes de la loi naturelle* (voir *supra* note 293), Emmerich de Vattel écrivait : « Quiconque maltraite un citoyen offense indirectement l'État, qui doit protéger ce citoyen » (vol. I, livre II, chap. VI, p. 309).

[307] *Concessions Mavrommatis en Palestine, arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2*, p. 12.

[308] Voir l'article 4.

puisque c'est ainsi que l'on désigne l'idée qu'un préjudice causé à un national est un préjudice causé à l'État, demeure la pierre angulaire de la protection diplomatique[309].

2) Un État a le droit d'exercer la protection diplomatique au profit d'un de ses nationaux. Il n'a ni devoir ni obligation de le faire. Le droit interne d'un État peut l'obliger à exercer sa protection diplomatique au profit de ses nationaux[310], le droit international n'impose pas une telle obligation. Cela a été clairement énoncé par la CIJ dans l'affaire de la *Barcelona Traction* :

> […] dans les limites fixées par le droit international, un État peut exercer sa protection diplomatique par les moyens et dans la mesure qu'il juge appropriés, car c'est son droit propre qu'il fait valoir. Si les personnes physiques ou morales pour le compte de qui il agit estiment que leurs droits ne sont pas suffisamment protégés, elles demeurent sans recours en droit international. En vue de défendre leur cause et d'obtenir justice, elles ne peuvent que faire appel au droit interne, si celui-ci leur en offre les moyens. […] L'État doit être considéré comme seul maître de décider s'il accordera sa protection, dans quelle mesure il le fera et quand il y mettra fin. Il possède à cet égard un pouvoir discrétionnaire dont l'exercice peut dépendre de considérations, d'ordre politique notamment, étrangères au cas d'espèce.[311]

Une proposition visant à mettre à la charge de l'État de la nationalité une obligation limitée de protection a été rejetée par la Commission, qui a estimé que même le développement progressif du droit ne l'autorisait pas à aller aussi loin[312].

3) Le droit de l'État d'exercer sa protection diplomatique ne peut être mis en œuvre que dans le cadre des paramètres définis dans les présents articles.

DEUXIÈME PARTIE

PERSONNES PHYSIQUES

Article 3 [5][313]. – État de la nationalité

1. L'État en droit d'exercer la protection diplomatique est l'État de la nationalité.

2. Aux fins de la protection diplomatique des personnes physiques, l'État de la nationalité est l'État dont l'individu objet de la protection a acquis la nationalité par sa naissance, par son ascendance, par succession d'États, par naturalisation ou de toute autre manière non contraire au droit international.

Commentaire

1) Si l'article 2 énonce le droit discrétionnaire de l'État d'exercer sa protection diplomatique, l'article 3 pose le principe selon lequel c'est l'État de la nationalité de la personne lésée qui a le droit, mais n'est pas tenu, d'exercer la protection diplomatique au bénéfice de cette personne. Dans cet article, l'accent est mis sur le lien de nationalité entre l'État et l'individu, lien qui habilite l'État à exercer sa protection diplomatique. C'est ce qu'énonce le paragraphe 1.

2) Le paragraphe 2 définit l'État de la nationalité aux fins de la protection diplomatique. Cette définition repose sur deux principes : premièrement, il appartient à l'État de la nationalité de déterminer, en fonction de son droit interne, qui sont ses nationaux; deuxièmement, le droit international impose des limites à l'octroi de la nationalité. Le paragraphe 2 contient aussi une liste non exhaustive des facteurs de rattachement qui constituent généralement un fondement valide pour l'octroi de la nationalité.

3) Le principe selon lequel c'est à chaque État qu'il appartient de décider qui sont ses nationaux est étayé par la jurisprudence et la pratique conventionnelle. En 1923, la CPJI déclarait, dans l'affaire des *Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc* : « dans l'état actuel du droit international, les questions de nationalité sont, en principe, […] comprises dans ce domaine réservé »[314]. Ce principe a été confirmé par l'article premier de la Convention concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité (dénommée ci-après Convention de La Haye de 1930) : « Il appartient à chaque État de déterminer par sa législation quels sont ses nationaux ». Plus récemment, il a été consacré dans la Convention européenne sur la nationalité de 1997 (art. 3).

4) La liste de facteurs de rattachement aux fins de l'octroi de la nationalité qui figure au paragraphe 2 a valeur d'illustration et n'est pas exhaustive. Elle contient néanmoins les facteurs de rattachement les plus communément retenus par les États pour octroyer leur nationalité : la naissance (*jus soli*), l'ascendance (*jus sanguinis*) et la naturalisation. Le mariage à un national ne figure pas dans cette liste, car dans la plupart des cas le mariage ne suffit pas en lui-même à conférer la nationalité : il faut en plus une courte période de résidence, à l'issue de laquelle la nationalité est conférée par naturalisation. Lorsque le mariage à un national emporte automatiquement acquisition par un conjoint de la nationalité de l'autre, des problèmes peuvent se poser quant à la conformité d'une telle acquisition de nationalité au droit international[315]. Une personne peut aussi acquérir la nationalité à l'issue d'une succession d'États conformément aux principes énoncés dans le projet d'articles sur la nationalité des personnes physiques en relation avec la succession d'États adopté en deuxième lecture par la Commission[316].

5) Les facteurs de rattachement énumérés au paragraphe 2 sont ceux qui sont le plus fréquemment retenus par les États développés pour établir la nationalité. Dans cer-

[309] Pour un examen de cette notion et les critiques la concernant, voir le premier rapport du Rapporteur spécial sur la protection diplomatique (*supra* note 243), par. 61 à 74.

[310] Pour un examen des droits internes sur le sujet : ibid., par. 80 à 87.

[311] *Barcelona Traction* (voir *supra* note 6), p. 44.

[312] Voir art. 4 dans le premier rapport du Rapporteur spécial sur la protection diplomatique (*supra* note 243). Pour le débat mené à la Commission sur ce sujet, voir *Annuaire… 2000*, vol. II (2e partie), par. 447 à 456, p. 81 et 82.

[313] Voir *supra* note 298.

[314] *Avis consultatif, 1923, C.P.J.I. série B nº 4*, p. 24.

[315] L'article 9 (par. 1) de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes interdit l'acquisition de la nationalité dans de telles circonstances. Voir *infra* par. 7 du commentaire du présent projet d'article.

[316] Voir *Annuaire… 1999*, vol. II (2e partie), doc. A/54/10, par. 47, p. 21.

tains pays en développement, où les registres des naissances ne sont pas clairs, il peut être difficile de prouver la nationalité. Dans de tels cas, la résidence pourrait être une preuve de la nationalité bien qu'elle ne puisse constituer une base pour la nationalité elle-même. Un État peut toutefois conférer la nationalité aux personnes ainsi concernées en les naturalisant.

6) Le paragraphe 2 n'exige pas de l'État qu'il prouve l'existence d'un lien effectif entre lui et son national, comme le faisait l'arrêt *Nottebohm*[317], comme facteur additionnel aux fins de l'exercice de la protection diplomatique, même lorsque le national n'a qu'une seule nationalité. En dépit d'opinions divergentes sur l'interprétation de cet arrêt, la Commission a estimé que certains facteurs limitaient la position adoptée dans l'affaire *Nottebohm* aux faits de cette espèce, en particulier le fait que les liens entre M. Nottebohm et le Liechtenstein (l'État demandeur) étaient « extrêmement ténus »[318] par rapport à ceux qui le liaient au Guatemala (l'État défendeur) depuis plus de 34 ans, ce qui a amené la Cour à répéter que le Liechtenstein « n'est pas fondé à étendre sa protection à Nottebohm à l'égard du Guatemala »[319]. Cela donne à penser que la Cour n'entendait pas énoncer une règle générale[320] applicable à tous les États mais uniquement une règle relative selon laquelle un État dans la situation du Liechtenstein était tenu de démontrer l'existence d'un lien véritable entre lui-même et M. Nottebohm afin de pouvoir prendre fait et cause pour ce dernier contre le Guatemala, pays avec lequel celui-ci avait des liens extrêmement étroits. De plus, la Commission a pris garde au fait que, si la condition de l'existence d'un lien effectif proposée dans l'arrêt *Nottebohm* était strictement appliquée, elle exclurait des millions de personnes du bénéfice de la protection diplomatique, du fait que dans le monde contemporain, en raison de la mondialisation économique et des migrations, des millions de personnes se sont éloignées de l'État de leur nationalité pour s'installer dans des États dont elles n'acquièrent jamais la nationalité, ou ont par leur naissance ou leur ascendance acquis la nationalité d'États avec lesquels elles ont les liens les plus ténus[321].

7) Il est indiqué à la fin du paragraphe 2 que l'acquisition de la nationalité ne doit pas être incompatible avec le droit international. Bien que tout État ait le droit de décider qui sont ses nationaux, ce droit n'est pas absolu. L'article premier de la Convention de La Haye de 1930 l'a confirmé lorsqu'il a stipulé qu'« il appartient à chaque État de déterminer par sa législation quels sont ses nationaux » mais a limité la portée de cette disposition en indiquant que « cette législation doit être admise par les autres États, pourvu qu'elle soit en accord avec les conventions internationales, la coutume internationale et les principes de droit généralement reconnus en matière de nationalité »[322]. Aujourd'hui, des conventions, en particulier dans le domaine des droits de l'homme, exigent des États qu'ils respectent les normes internationales lorsqu'ils octroient leur nationalité[323]. Par exemple, l'article 9, paragraphe 1, de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes dispose :

> Les États parties accordent aux femmes des droits égaux à ceux des hommes en ce qui concerne l'acquisition, le changement et la conservation de la nationalité. Ils garantissent en particulier que ni le mariage avec un étranger, ni le changement de nationalité du mari pendant le mariage ne changent automatiquement la nationalité de la femme, ni ne la rend apatride, ni ne l'oblige à prendre la nationalité du mari.[324]

8) Le paragraphe 2 reconnaît donc qu'un État à l'encontre duquel une réclamation est formulée pour le compte d'un étranger lésé peut contester la nationalité de l'intéressé si celle-ci a été acquise en violation du droit international. Le paragraphe 2 exige que la nationalité ait été acquise d'une manière « non contraire au droit international ». Cette double négation met l'accent sur le fait que c'est à l'État qui conteste la nationalité de la personne lésée qu'il incombe de prouver que la nationalité a été acquise en violation du droit international. La charge de la preuve incombe à l'État qui conteste la nationalité parce que l'on admet qu'il faut laisser à l'État conférant sa nationalité une « marge d'appréciation »[325] et qu'il existe une présomption en faveur de la validité de l'octroi par l'État de sa nationalité[326].

Article 4 [9]. – Continuité de la nationalité

1. Un État est en droit d'exercer la protection diplomatique à l'égard d'une personne qui avait sa nationalité au moment où le dommage a été causé et a

[317] Dans cette affaire, la CIJ a déclaré : « Selon la pratique des États, les décisions arbitrales et judiciaires et les opinions doctrinales, la nationalité est un lien juridique ayant à sa base un fait social de rattachement, une solidarité effective d'existence, d'intérêts, de sentiments jointe à une réciprocité de droits et de devoirs. Elle est, peut-on dire, l'expression juridique du fait que l'individu auquel elle est conférée, soit directement par la loi, soit par un acte de l'autorité, est, en fait, plus étroitement rattaché à la population de l'État qui la lui confère qu'à celle de tout autre État. Conférée par un État, elle ne lui donne titre à l'exercice de la protection vis-à-vis d'un autre État que si elle est la traduction en termes juridiques de l'attachement de l'individu considéré à l'État qui en a fait son national » (voir *supra* note 302, p. 23).

[318] Ibid., p. 25.

[319] Ibid., p. 26.

[320] C'est ainsi que la Commission de conciliation italo-américaine a interprété l'affaire *Nottebohm* dans l'affaire *Flegenheimer*, décision nº 182 du 20 septembre 1958, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIV (numéro de vente : 65.V.4), p. 376, ou *ILR* (1958-I), vol. 25 (1963), p. 148.

[321] Pour une argumentation plus complète en faveur d'une limitation de la portée de l'affaire *Nottebohm*, voir le premier rapport du Rapporteur spécial sur la protection diplomatique (*supra* note 243), par. 106 à 120.

[322] Voir également l'article 3, paragraphe 2, de la Convention européenne sur la nationalité.

[323] C'est ce qu'a souligné la Cour interaméricaine des droits de l'homme dans l'avis consultatif qu'elle a rendu dans l'affaire des *Amendements aux dispositions relatives à la naturalisation de la Constitution politique du Costa Rica*, jugeant qu'il était nécessaire de concilier le principe qui veut que l'octroi de la nationalité relève de la juridiction interne d'un État « avec un autre principe selon lequel le droit international assujettit le pouvoir de l'État à certaines limites liées aux exigences imposées par le système international de protection des droits de l'homme » (*ILR*, vol. 79, *Proposed Amendments to the Naturalization Provision of the Political Constitution of Costa Rica*, p. 296).

[324] Voir également l'article 20 de la Convention américaine des droits de l'homme (Pacte de San José), et l'article 5 *d* iii de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale.

[325] Voir l'avis consultatif de la Cour interaméricaine des droits de l'homme dans l'affaire des *Amendements aux dispositions relatives à la naturalisation de la Constitution politique du Costa Rica* (*supra* note 323), par. 62.

[326] Voir *Oppenheim's International Law* (*supra* note 112), p. 856.

cette nationalité à la date à laquelle la réclamation est officiellement présentée.

2. Nonobstant le paragraphe 1, un État peut exercer la protection diplomatique à l'égard d'une personne qui a sa nationalité à la date à laquelle la réclamation est officiellement présentée mais qui n'avait pas cette nationalité au moment où le dommage a été causé, pour autant que la personne lésée a perdu sa première nationalité et qu'elle a acquis, pour une raison sans rapport avec le dépôt de la réclamation, la nationalité de l'État réclamant d'une manière non contraire au droit international.

3. Le nouvel État de nationalité n'exerce pas la protection diplomatique à l'égard d'une personne contre un État de nationalité antérieur de cette personne à raison d'un dommage subi alors que celle-ci était ressortissante de l'ancien État de nationalité et non du nouvel État de nationalité.

Commentaire

1) Bien que la règle de la continuité de la nationalité soit bien établie[327], elle a été très critiquée[328], au motif qu'elle peut donner naissance à des situations très douloureuses lorsqu'un individu change de nationalité pour des raisons sans lien avec la formulation d'une réclamation diplomatique. Les propositions visant son abandon ont été rejetées de crainte que cela donne lieu à des abus et ne soit cause de « *nationality shopping* » (recherche de la nationalité la plus avantageuse) aux fins de la protection diplomatique[329]. La Commission estime que la règle de la continuité de la nationalité doit être conservée mais qu'il faut prévoir des exceptions dans les cas où le résultat de son application serait contraire à l'équité.

2) Le paragraphe 1 énonce le principe traditionnel selon lequel un État est habilité à exercer sa protection diplomatique au bénéfice d'une personne qui avait sa nationalité tant au moment où le dommage a été causé qu'à la date à laquelle la réclamation est officiellement présentée. La pratique des États et la doctrine n'indiquent pas clairement si le national doit conserver la nationalité de l'État qui fait la réclamation entre ces deux dates, en grande partie parce qu'en pratique le problème se pose rarement[330]. Cela étant, la Commission a décidé de laisser ouverte la question de savoir si la nationalité devait être conservée entre la survenance du dommage et la présentation de la réclamation[331].

3) La première prescription est que le national lésé devait être un national de l'État dont émane la réclamation au moment où le dommage a été causé. Normalement, la date du dommage engageant la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite coïncidera avec la date à laquelle l'acte dommageable a été commis.

4) La seconde condition temporelle prévue au paragraphe 1 est la date de la présentation officielle de la réclamation. Il existe un certain désaccord dans la jurisprudence pour ce qui est de la date jusqu'à laquelle la nationalité de la réclamation[332] doit avoir été continue. Cette incertitude provient en grande partie du fait que les conventions qui ont créé des commissions mixtes des réclamations usent de termes différents pour définir la date de la réclamation[333]. L'expression « présentation de la réclamation » est celle qui est la plus fréquemment utilisée dans les traités, les décisions judiciaires et la doctrine. La Commission a ajouté le mot « officielle » pour indiquer que la date de la présentation de la réclamation est celle où la première demande officielle ou formelle est faite par l'État exerçant sa protection diplomatique, par opposition aux contacts diplomatiques informels et demandes de renseignement sur ce sujet.

5) Le mot « réclamation » utilisé au paragraphe 1 vise aussi bien une réclamation présentée par la voie diplomatique qu'une réclamation portée devant un organe judiciaire. Une telle réclamation peut préciser le comportement que doit adopter l'État responsable pour mettre fin au fait illicite, si celui-ci continue, et la forme que doit prendre la réparation. Cette question est traitée plus exhaustivement à l'article 43 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite adopté par la Commission à sa cinquante-troisième session et dans le commentaire y relatif[334].

6) Si la Commission a décidé qu'il était nécessaire de conserver la règle de la continuité de la nationalité, elle n'en a pas moins considéré qu'il fallait prévoir des exceptions. Le paragraphe 2 dispose donc qu'un État peut exercer sa protection diplomatique au profit d'une personne qui était son national à la date de la présentation officielle de la réclamation mais non à la date du dommage, pourvu que trois conditions soient réunies : il faut, premièrement, que la personne sollicitant la protection diplomatique ait perdu sa première nationalité, deuxièmement, qu'elle ait acquis la nationalité d'un autre État pour une raison sans rapport avec la présentation de la réclamation et, troisièmement, qu'elle ait acquis la nouvelle nationalité d'une manière non contraire au droit international.

[327] Voir, par exemple, la décision de la Commission de réclamations États-Unis–Yougoslavie (1951-1954) dans l'affaire *Kren*, *ILR* (1953), vol. 20 (1957), p. 234.

[328] Voir les observations de sir Gerald Fitzmaurice dans l'affaire de la *Barcelona Traction* (opinion individuelle) [*supra* note 6], p. 101 et 102; voir aussi E. Wyler, *La règle dite de la continuité de la nationalité dans le contentieux international*, Paris, Presses universitaires de France, 1990.

[329] Voir la déclaration du surarbitre Parker dans l'affaire *Décision administrative n° V* : « toute autre règle serait une porte grande ouverte aux abus et risquerait de convertir une nation puissante en *claim agency*, en entité agissant au nom de ceux qui, après avoir subi un préjudice, céderaient leurs réclamations aux nationaux de cet État ou profiteraient de son régime de naturalisation pour lui faire épouser leurs revendications » (Commission mixte de réclamations États-Unis–Allemagne), décision du 31 octobre 1924, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VII (numéro de vente : 1956.V.5), p. 141; trad. française dans J. C. Witenberg, *Commission mixte de réclamations germano-américaine*, Paris, Presses universitaires de France, 1926.

[330] Voir H. W. Briggs, « La protection diplomatique des individus en droit international : la nationalité des réclamations », *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 51 (1965), t. I, p. 72 et 73.

[331] L'Institut de droit international a adopté la même démarche à sa session de Varsovie en septembre 1965 : ibid., t. II, p. 260 à 262.

[332] Selon une opinion, la notion de « nationalité de la réclamation » prêtait à confusion : c'était une notion qui était directement issue de la *common law* et qui n'avait pas d'équivalent dans les autres systèmes juridiques.

[333] Voir la déclaration du surarbitre Parker dans l'affaire *Décision administrative n° V* (*supra* note 329), p. 143.

[334] Voir *supra* note 263.

7) La perte de la nationalité peut être volontaire ou involontaire. En cas de succession d'États et, peut-être, d'adoption et de mariage, lorsque le changement de nationalité en découle automatiquement, la nationalité sera perdue involontairement. Dans les autres cas de changement de nationalité, l'élément de volonté n'est pas aussi clair. Pour ce type de raison, le paragraphe 2 n'exige pas que la perte de la nationalité soit involontaire.

8) Comme on l'a analysé ci-dessus[335], la crainte qu'une personne ne change délibérément de nationalité pour acquérir celle d'un État plus désireux ou capable de présenter une réclamation diplomatique pour son compte est à la base de la règle de la continuité de la nationalité. La deuxième condition prévue au paragraphe 2 tient compte de cette crainte et dispose que la personne au profit de laquelle la protection diplomatique est exercée doit avoir acquis sa nouvelle nationalité pour une raison sans rapport avec la présentation de la réclamation. Ces conditions visent à limiter les exceptions à la continuité de la nationalité aux cas d'acquisition obligatoire d'une nationalité, comme celui d'une personne qui a acquis une nouvelle nationalité automatiquement, par exemple par mariage ou adoption ou en raison d'une succession d'États.

9) La troisième condition qui doit être remplie pour que la règle de la continuité de la nationalité ne s'applique pas est que la nouvelle nationalité ait été acquise d'une manière non contraire au droit international. Cette condition doit être envisagée à la lumière du paragraphe 2 de l'article 3.

10) Le paragraphe 3 ajoute une autre garantie contre les abus de la suspension de la règle de la continuité de la nationalité. La protection diplomatique ne peut être exercée par le nouvel État de nationalité contre l'État de nationalité antérieur de la personne lésée à raison d'un dommage subi alors que cette personne était ressortissante de l'ancien État de nationalité et non du nouveau.

Article 5 [7]. – Multiple nationalité et réclamation à l'encontre d'un État tiers

1. Tout État dont une personne ayant une double ou multiple nationalité a la nationalité peut exercer la protection diplomatique à l'égard de cette personne à l'encontre d'un État dont elle n'a pas la nationalité.

2. Deux ou plusieurs États de nationalité peuvent exercer conjointement la protection diplomatique à l'égard d'une personne ayant une double ou multiple nationalité.

Commentaire

1) Bien que certains systèmes juridiques internes interdisent aux nationaux d'acquérir une autre nationalité, la dualité ou la pluralité de nationalités doivent être acceptées comme un fait de la vie internationale. Un individu peut acquérir plus d'une nationalité par l'application parallèle des principes du *jus soli* et du *jus sanguinis* ou parce qu'une nationalité lui est conférée par naturalisation sans que celle-ci l'oblige à renoncer à sa nationalité antérieure. Le droit international n'interdit pas la dualité ou la pluralité de nationalités : de fait, ce phénomène a été avalisé par l'article 3 de la Convention de La Haye de 1930, qui dispose qu'« un individu possédant deux ou plusieurs nationalités pourra être considéré, par chacun des États dont il a la nationalité, comme son ressortissant ». Il est donc nécessaire de traiter de la question de l'exercice de la protection diplomatique par un État de nationalité au bénéfice d'un national ayant une nationalité double ou multiple. L'article 5 est limité à l'exercice de la protection diplomatique par un des États dont est ressortissante la personne ayant subi un préjudice, à l'encontre d'un État dont cette personne n'est pas ressortissante. L'exercice de la protection diplomatique par un État de nationalité à l'encontre d'un autre État de nationalité est envisagé à l'article 6.

2) Le paragraphe 1 autorise un État de nationalité à exercer sa protection diplomatique au profit de son national même lorsque l'intéressé a la nationalité d'un ou de plusieurs autres États. Comme l'article 3, il n'exige pas de lien effectif entre le national et l'État exerçant sa protection diplomatique.

3) Même si certains voudraient faire de l'existence d'un lien effectif entre l'État de nationalité et son national ayant une ou plusieurs autres nationalités une condition de l'exercice de la protection diplomatique à l'encontre d'un État dont l'intéressé n'est pas le national, tant les décisions arbitrales[336] que les codifications[337] n'exigent pas dans l'ensemble une telle condition. Dans l'affaire *Salem*, le tribunal arbitral a conclu que l'Égypte ne pouvait opposer à une réclamation des États-Unis, dont la personne lésée avait aussi la nationalité, le fait que l'intéressé avait pour nationalité effective la nationalité persane. Il a jugé que « la règle du droit international [veut] que, dans les cas de double nationalité, une puissance tierce ne soit pas habilitée à contester la réclamation d'une des puissances dont l'intéressé a la nationalité en invoquant la nationalité de l'autre puissance »[338]. Cette règle a été suivie dans d'autres affaires[339] et a été récemment confirmée par le

[335] Voir *supra* par. 1 du commentaire du présent projet d'article.

[336] Voir la décision du Tribunal arbitral mixte yougoslavo-hongrois dans l'affaire *de Born*, affaire nº 205, *Annual Digest of Public International Law Cases 1925-1926*, sous la direction de A. McNair et H. Lauterpacht, Londres, Longmans, 1929, p. 277.

[337] Voir l'article 5 de la Convention de La Haye de 1930; l'article 4 *b* de la résolution sur le caractère national d'une réclamation internationale présentée par un État en raison d'un dommage subi par un individu, adoptée par l'Institut de droit international lors de la session qu'il a tenue à Varsovie en 1965 : *Tableau des résolutions adoptées (1957-1991)*, Paris, Pedone, 1992, p. 56 et 58, reproduit dans l'*Annuaire… 1969*, vol. II, p. 147 ; l'article 23, par. 3, du projet de convention sur la responsabilité internationale des États pour dommages aux étrangers, préparé par la Harvard Law School, ibid., reproduit également dans L. B. Sohn et R. R. Baxter, "Responsibility of States for injuries to the economic interests of aliens", *AJIL*, vol. 55, nº 3 (juillet 1961), p. 548; et l'article 21, par. 4, de l'avant-projet sur la responsabilité internationale de l'État à raison des dommages causés sur son territoire à la personne ou aux biens des étrangers, figurant dans le troisième rapport sur la responsabilité des États de García Amador, rapporteur spécial, *Annuaire… 1958*, vol. II, doc. A/CN.4/111, p. 64.

[338] *Salem* (voir *supra* note 276), p. 1188.

[339] Voir les décisions de la Commission de conciliation italo-américaine dans les affaires *Mergé*, du 10 juin 1955, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIV (numéro de vente : 65.V.4), p. 248, et *ILR* (1955), vol. 22 (1958), p. 456; *Vereano*, du 17 mai 1957, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIV, p. 322 et *ILR* (1957), vol. 24 (1961), p. 464 et 465; et *Stankovic*, du 29 juillet 1963, *ILR*, vol. 40 (1970), p. 155.

Tribunal du contentieux entre les États-Unis et l'Iran[340]. La décision de la Commission de ne pas exiger un lien effectif dans de telles circonstances est logique. À la différence de la situation dans laquelle un État de nationalité présente une réclamation à un autre État de nationalité en ce qui concerne un double national, il n'y a pas de conflit au sujet de la nationalité lorsqu'un État de nationalité cherche à protéger un double national contre un État tiers.

4) En principe, il n'y a aucune raison pour que deux États de nationalité ne puissent conjointement exercer un droit que possède chacun d'eux. Le paragraphe 2 reconnaît donc que deux ou plusieurs États de nationalité peuvent exercer conjointement la protection diplomatique au profit d'une personne qui a une double nationalité ou une pluralité de nationalités à l'encontre d'un État dont cette personne n'a pas la nationalité. Si l'État responsable ne peut formuler d'objections à une telle réclamation présentée par deux États ou plus agissant simultanément et de concert, il peut le faire lorsque les États en question présentent des réclamations distinctes devant la même instance ou des instances différentes, ou lorsqu'un État de nationalité présente une réclamation après qu'un autre État de nationalité a déjà reçu satisfaction pour cette réclamation. Des problèmes peuvent se poser lorsqu'un État de nationalité renonce à son droit d'exercer la protection diplomatique alors qu'un autre État de nationalité poursuit sa réclamation. Il est difficile de codifier des règles régissant des situations aussi variées. Celles-ci doivent être réglées conformément aux principes généraux du droit concernant la satisfaction de réclamations conjointes.

Article 6. – Multiple nationalité et réclamation à l'encontre d'un État de nationalité

Un État de nationalité ne peut exercer la protection diplomatique à l'égard d'une personne contre un État dont cette personne est également un national, à moins que la nationalité prédominante de celui-ci soit celle du premier État en question tant au moment où le dommage a été causé qu'à la date à laquelle la réclamation est officiellement présentée.

Commentaire

1) L'article 6 traite de l'exercice de la protection diplomatique par un État de nationalité contre un autre État de nationalité. Tandis que l'article 5, qui concerne une réclamation au profit d'une personne ayant une double nationalité ou une pluralité de nationalités contre un État dont elle n'est pas un national, n'exige pas un lien effectif entre l'État auteur de la réclamation et le national, l'article 6 exige que l'État auteur de la réclamation démontre que sa nationalité est prédominante tant au moment où le dommage a été causé qu'à la date à laquelle la réclamation est officiellement présentée.

2) Par le passé, la règle de non-responsabilité, selon laquelle un État de nationalité ne pouvait présenter une réclamation pour le compte d'un double national contre un autre État de nationalité, a bénéficié d'un large appui. La Convention de La Haye de 1930 dispose en son article 4 : « Un État ne peut exercer sa protection diplomatique au profit d'un de ses nationaux à l'encontre d'un État dont celui-ci est aussi le national »[341]. Des projets de codification ultérieurs ont adopté une approche similaire[342], qui a aussi été consacrée dans des sentences arbitrales[343]. Dans l'avis consultatif qu'elle a rendu en 1949 dans l'affaire de la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies,* la CIJ a qualifié de « pratique généralement suivie » la pratique des États consistant à ne pas protéger leurs nationaux contre un autre État de nationalité[344].

3) Toutefois, même avant 1930, certaines sentences arbitrales défendaient une autre position, à savoir que l'État de la nationalité dominante ou effective pouvait présenter une réclamation au profit d'un national à l'encontre d'un autre État de nationalité[345]. Cette jurisprudence a inspiré

[340] Voir *Dallal c. la République islamique d'Iran*, 1983, *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, Cambridge, Grotius, 1984, vol. 3, p. 23.

[341] Voir également l'article XVI *a* du projet de convention relatif à la responsabilité internationale des États à raison des dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers, préparé par la Harvard Law School en 1929, *AJIL*, vol. 23, Supplément spécial 22 (avril 1929), p. 200, reproduit dans l'*Annuaire… 1956*, vol. II, doc. A/CN.4/96, annexe 9, p. 229 et 230.

[342] Voir l'article 23, par. 5, du projet de convention sur la responsabilité internationale des États pour dommages aux étrangers, préparé par la Harvard Law School en 1960 (*supra* note 337); et l'article 4 *a* de la résolution sur le caractère national d'une réclamation internationale présentée par un État en raison d'un dommage subi par un individu (ibid.).

[343] Voir l'affaire *Executors of R.S.C.A. Alexander* v. *United States* (Commission des réclamations États-Unis d'Amérique–Grande-Bretagne), 1898, J. B. Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party*, Washington, United States Government Printing Office, 1898, vol. III, p. 2529; l'affaire *Oldenbourg*, décision nº 11 du 19 décembre 1929 (Commission des réclamations Grande-Bretagne–Mexique), Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V (numéro de vente : 1952.V.3), p. 74 et 204, ou *Decisions and Opinions of the Commissioners*, du 5 octobre 1929 au 15 février 1930, Londres, H. M. Stationery Office, 1931, p. 97; l'affaire *Honey* (Commission des réclamations Grande-Bretagne–Mexique), décision nº 23 du 26 mars 1931, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V, p. 133, ou *Further Decisions and Opinions of the Commissioners*, après le 15 février 1930, Londres, H. M. Stationery Office, 1933, p. 13; et l'affaire *Adams et Blackmore* (Commission des réclamations Grande-Bretagne–Mexique), décision nº 69 du 3 juillet 1931, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V, p. 216 et 217.

[344] *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies* (voir *supra* note 250), p. 186.

[345] Affaire *Drummond*, 2 Knapp, Privy Council I, p. 295, *The English Reports*, vol. 12, Édimbourg/Londres, William Green and Sons/Stevens and Sons, 1901, p. 492; affaires *Mathison, Stevenson* Commission mixte des réclamations Grande-Bretagne–Venezuela, *Brignone* et *Miliani* (Commission mixte des réclamations Italie-Venezuela), Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IX (numéro de vente : 59.V.5), p. 485 et 494, et vol. X (numéro de vente : 60.V.4), p. 542 et 584, respectivement, ou *Venezuelan Arbitrations of 1903*, sous la direction de J. H. Ralston, Washington, United States Government Printing Office, 1904, p. 429 à 438, 438 à 455, 710 à 720 et 754 à 762, respectivement; affaire *Canevaro* (Italie c. Pérou)[Cour permanente d'arbitrage], arrêt du 3 mai 1912, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XI (numéro de vente : 61.V.4), p. 397, ou *The Hague Court Reports*, sous la direction de J. B. Scott, New York, Oxford University Press, 1916, p. 284; affaire *Hein* (Tribunal arbitral mixte anglo-allemand), 1922, *Annual Digest of Public International Law Cases 1919 to 1922*, sous la direction de J. F. Williams et H. Lauterpacht, Londres, Longmans, 1932, affaire nº 148, p. 216; affaire *Blumenthal* (Tribunal arbitral mixte franco-allemand), 1923, *Recueil des décisions des tribunaux arbitraux mixtes institués par les traités de paix*, t. 3, Paris, Sirey, 1924, p. 616; affaire *de Montfort* (Tribunal arbitral mixte franco-allemand), 1926, *Annual Digest of*

(Suite de la note page suivante.)

la CIJ dans un autre contexte dans l'affaire *Nottebohm*[346], et a été expressément approuvée par la Commission de conciliation italo-américaine dans l'affaire *Mergé* en 1955. La Commission de conciliation a déclaré :

> Le principe fondé sur l'égalité souveraine des États, qui exclut la protection diplomatique en cas de double nationalité, doit céder le pas devant le principe de la nationalité effective lorsque celle-ci coïncide avec celle de l'État demandeur. Il n'en va pas de même lorsqu'une telle prédominance n'est pas établie, car le premier est un principe généralement reconnu, qui peut servir, dans la pratique, à éliminer toute incertitude éventuelle.[347]

Dans l'avis qu'elle a rendu, la Commission de conciliation a estimé que le principe de la nationalité effective et la notion de nationalité dominante n'étaient que les deux faces d'une même médaille. La règle ainsi adoptée a été appliquée par la Commission de conciliation dans plus de cinquante affaires ultérieures concernant des doubles nationaux[348]. Se fondant sur ces affaires, le Tribunal du contentieux entre les États-Unis et l'Iran a appliqué le principe de la nationalité dominante et effective dans plusieurs affaires[349]. Une autre institution qui étaye le principe de la nationalité dominante est la Commission de compensation des Nations Unies établie par le Conseil de sécurité pour indemniser ceux qui ont subi des préjudices du fait de l'occupation du Koweït par l'Iraq[350]. La Commission n'examine les plaintes présentées par des doubles nationaux possédant la nationalité iraquienne que s'ils possèdent de bonne foi la nationalité d'un autre État[351]. Des projets de codification récents ont avalisé cette approche. Dans son troisième rapport à la Commission du droit international sur la responsabilité des États, García Amador, le Rapporteur spécial, a proposé la disposition suivante : « En cas de nationalité double ou multiple, le droit de présenter une réclamation internationale ne peut être exercé que par l'État avec lequel le ressortissant étranger a les liens juridiques ou autres les plus étroits et les plus authentiques »[352]. Orrego Vicuña a proposé une approche similaire dans le rapport qu'il a présenté à l'Association de droit international à sa soixante-neuvième Conférence[353].

4) La Commission estime que le principe qui permet à l'État de la nationalité dominante ou effective de présenter une réclamation à l'encontre d'un autre État de nationalité reflète l'état actuel du droit international coutumier. De plus, il est conforme à l'évolution du droit international dans le domaine des droits de l'homme, qui accorde une protection juridique aux individus même contre un État dont ils sont les nationaux. L'article 6 donne effet à cette conclusion.

5) Les sources utilisent le terme « effectif » ou « dominant » pour décrire le lien requis entre l'État qui présente la réclamation et son national lorsqu'un État de nationalité présente une réclamation à l'encontre d'un autre État de nationalité. La Commission a décidé de n'utiliser aucun de ces deux termes, mais de leur préférer le terme « prédominant », qui traduit l'élément de relativité et indique que l'individu a des liens plus forts avec un État qu'avec l'autre. Le tribunal qui examine la question doit mettre en balance le poids des nationalités concurrentes, et l'essence de cette entreprise est plus exactement rendue par le mot « prédominante » appliqué à la nationalité que par « effective » ou « dominante ». C'est en outre le terme qu'a utilisé la Commission de conciliation italo-américaine dans l'affaire *Mergé*, qui peut être considérée comme le point de départ de la genèse de la règle coutumière actuelle[354].

6) La Commission n'essaie pas de décrire les facteurs à prendre en considération pour décider quelle est la nationalité prédominante. Selon la jurisprudence, ces facteurs comprennent : la résidence habituelle, le temps passé dans chaque pays de nationalité, la date de naturalisation (c'est-à-dire le temps pendant lequel l'intéressé a été un national de l'État qui exerce sa protection avant que la réclamation soit présentée); le lieu et la langue d'enseignement et l'enseignement suivi; l'emploi et les intérêts financiers; le lieu de la vie familiale; les liens familiaux dans chaque pays; la participation à la vie publique et sociale; l'utilisation de la langue; l'imposition, les comptes en banque, la sécurité sociale; les visites à l'autre État de nationalité; la possession et l'usage d'un passeport de l'autre État; et le service militaire. Aucun de ces facteurs n'est décisif et le poids attribué à chacun d'eux variera selon les circonstances de chaque espèce.

7) Le libellé de l'article 6 revêt un tour négatif : « Un État de nationalité *ne peut* exercer la protection diplomatique […] *à moins que* » sa nationalité ne soit prédominante. Il s'agit de montrer que les circonstances envisagées à l'article 6 doivent être considérées comme exceptionnelles. Cela indique aussi que la charge de la preuve incombe

---

(Suite de la note 345.)

Public International Law Cases 1925 to 1926 (*supra* note 336), affaire nº 206, p. 279; affaire *Pinson* (Commission mixte des réclamations France-Mexique), 1928, ibid. (*1927-1928*), affaires nºs 194 et 195, p. 297 à 301, ou Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V (numéro de vente : 1952.V.3), p. 327; et affaire *Tellech* (Commission tripartite des réclamations États-Unis d'Amérique, Autriche et Hongrie), 1928, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VI (numéro de vente : 1955.V.3), p. 248.

[346] Voir *supra* note 302, p. 22 et 23. L'affaire *Nottebohm* ne concernait pas la double nationalité mais la Cour a trouvé un appui pour sa conclusion selon laquelle Nottebohm n'avait pas de lien effectif avec le Liechtenstein dans des décisions judiciaires comme celles qui sont visées *supra* à la note 345.

[347] *Mergé*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales* (voir *supra* note 339), p. 247.

[348] Voir, par exemple, les affaires *Spaulding*, 1956; *Zangrilli*, 1956; *Cestra*, 1957; *Puccini*, 1957; *Salvoni*, 1957; *Ruspoli-Droutzkoy*, 1957; *Ganapini*, 1959; *Graniero*, 1959, *in* Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIV, p. 292, 294, 307, 323, 311, 314, 400 et 393, respectivement, ou *ILR* (1957), vol. 24, p. 452, 454, 455, 457, et vol. 30 (1966), p. 366 et 351; et les affaires *Turri*, 1960, ibid., p. 371, et *Di Cicio*, 1962, ibid., vol. 40 (1970), p. 148.

[349] Voir, en particulier, *Nasser Esphahanian* v. *Bank Tejarat*, 1983, *Iran-United States Claims Tribunal Reports* (*supra* note 340), vol. 2, p. 157, not. p. 166; et l'affaire nº A/18, 1984, ibid., 1985, vol. 5, p. 251.

[350] Résolution 692 (1991) du Conseil de sécurité en date du 20 mai 1991.

[351] Décision 7 du Conseil d'administration de la Commission de compensation des Nations Unies, en date du 16 mars 1992, « Critères applicables à d'autres catégories de réclamations » (S/AC.26/1991/7/Rev.1), par. 11.

[352] Art. 21, par. 4, de l'avant-projet sur la responsabilité internationale de l'État à raison des dommages causés sur son territoire à la personne ou aux biens des étrangers (voir *supra* note 337).

[353] "The changing law of nationality of claims", rapport d'activité de l'Association, *Report of the Sixty-ninth Conference* (voir *supra* note 262), p. 646 (par. 11).

[354] Voir *supra* note 339.

à l'État qui présente la réclamation, qui doit prouver que sa nationalité est prédominante.

8) La principale objection à une réclamation présentée par un État de nationalité à l'encontre d'un autre État de nationalité est qu'elle risque de permettre à un État avec lequel l'individu a établi une nationalité prédominante après qu'un dommage lui a été causé par l'autre État de nationalité de présenter une réclamation à ce dernier État. Cette objection est écartée par la condition qui veut que la nationalité de l'État qui présente la réclamation soit prédominante tant au moment du dommage qu'à la date de la présentation officielle de la réclamation. Cette condition rappelle le principe affirmé au paragraphe 1 de l'article 4 sur la continuité de la nationalité. Les expressions « au moment où le dommage a été causé » et « à la date à laquelle la réclamation est officiellement présentée » sont expliquées dans le commentaire de cet article. L'exception à la règle de la continuité de la nationalité figurant au paragraphe 2 de l'article 4 ne s'applique pas ici car la personne lésée que vise l'article 6 n'a pas perdu sa nationalité.

Article 7 [8]. – Apatrides et réfugiés

1. Un État peut exercer la protection diplomatique à l'égard d'une personne apatride si celle-ci, au moment où le dommage a été causé et à la date de la présentation officielle de la réclamation, a sa résidence légale et habituelle sur son territoire.

2. Un État peut exercer la protection diplomatique à l'égard d'une personne à laquelle il reconnaît la qualité de réfugié si cette personne, au moment où le dommage a été causé et à la date de la présentation officielle de la réclamation, a sa résidence légale et habituelle sur son territoire.

3. Le paragraphe 2 ne s'applique pas dans le cas d'un dommage dû à un fait internationalement illicite commis par l'État de la nationalité du réfugié.

Commentaire

1) La règle générale voulait qu'un État ne puisse exercer sa protection diplomatique qu'à l'égard de ses nationaux. En 1931, la Commission générale des réclamations États-Unis/Mexique a estimé dans l'affaire *Dickson Car Wheel Company* que les apatrides ne pouvaient pas bénéficier de la protection diplomatique lorsqu'elle a conclu :

> Un État […] n'est pas en défaut sur le plan international lorsqu'il porte préjudice à un individu sans nationalité et, en conséquence, aucun État n'a le pouvoir d'intervenir ou de présenter une réclamation au nom dudit individu, que ce soit avant ou après le dommage.[355]

Cette conclusion ne reflète plus avec exactitude la position du droit international à l'égard des apatrides comme des réfugiés. Le droit international contemporain traduit l'intérêt porté au statut de ces deux catégories de personnes, comme en témoigne l'existence de conventions telles que la Convention sur la réduction des cas d'apatridie, de 1961, et la Convention relative au statut des réfugiés, de 1951.

2) L'article 7, qui relève du développement progressif du droit, s'écarte de la règle traditionnelle selon laquelle seuls les nationaux peuvent bénéficier de la protection diplomatique et permet aux États d'exercer leur protection diplomatique à l'égard de non-ressortissants s'il s'agit d'apatrides ou de réfugiés. Bien que la Commission ait agi dans le cadre des règles applicables aux apatrides et aux réfugiés, elle n'a pas essayé de se prononcer sur le statut de ces catégories de personnes. Elle ne s'est intéressée qu'à la question de l'exercice de la protection diplomatique à leur égard.

3) Le paragraphe 1 porte sur la protection diplomatique des apatrides, sans toutefois en donner de définition. Une telle définition figure dans la Convention relative au statut des apatrides (art. 1er), qui définit ce terme comme désignant « une personne qu'aucun État ne considère comme son ressortissant par application de sa législation ». Cette définition peut, sans doute, être considérée comme ayant acquis une valeur coutumière. Un État peut exercer sa protection diplomatique à l'égard d'une telle personne, quelles que soient les circonstances dans lesquelles celle-ci est devenue apatride, pourvu qu'elle réside légalement et habituellement sur le territoire de cet État au moment où le dommage s'est produit et à la date à laquelle la réclamation est présentée officiellement.

4) L'exigence de la résidence à la fois légale et habituelle place la barre assez haut[356]. Quelques membres de la Commission ont considéré que ce seuil était trop élevé et pouvait conduire pour les intéressés à une absence de protection effective, mais la plupart ont estimé qu'en combinant le caractère légal et le caractère habituel de la résidence, on se rapprochait du niveau de rigueur exigé pour ce qui était de la nationalité effective et que cela se justifiait s'agissant d'une mesure exceptionnelle introduite *de lege ferenda*.

5) Le critère temporel prévu à l'article 4 est répété au paragraphe 1. L'apatride doit résider légalement et habituellement sur le territoire de l'État qui présente la réclamation tant au moment où le dommage a été causé qu'à la date de la présentation officielle de la réclamation. En procédant de la sorte, on a l'assurance que les non-ressortissants sont assujettis aux mêmes règles que les ressortissants s'agissant du critère temporel applicable à la présentation d'une réclamation.

6) Le paragraphe 2 prévoit que l'État de résidence des réfugiés peut exercer sa protection diplomatique à leur égard. La protection diplomatique par l'État de résidence est particulièrement importante dans le cas des réfugiés, puisque ceux-ci « ne peu[ven]t ou ne veu[len]t se réclamer de la protection [du pays dont ils ont la nationalité] »[357]

[355] *Dickson Car Wheel Company (États-Unis d'Amérique) c. États-Unis du Mexique*, arrêt de juillet 1931, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IV (numéro de vente : 1951.V.1), p. 678.

[356] Les termes « résidence légale et habituelle » sont basés sur l'article 6, par. 4 *g*, de la Convention européenne sur la nationalité, de 1997, où ils sont employés à propos de l'acquisition de la nationalité. Voir aussi le paragraphe 3, alinéa *c*, de l'article 21 du projet de convention sur la responsabilité internationale des États pour dommages aux étrangers, préparé par la Harvard Law School en 1960 (*supra* note 337), qui inclut au nombre des personnes bénéficiant de la protection en vertu de la Convention « tout apatride qui a sa résidence habituelle dans cet État ».

[357] Art. 1.A.2 de la Convention relative au statut des réfugiés.

et que, s'ils le font, ils courent le risque de perdre leur statut de réfugié dans l'État de résidence. Le libellé du paragraphe 2 suit celui du paragraphe 1. Les différences importantes qui existent entre les apatrides et les réfugiés, comme il ressort du paragraphe 3, expliquent la décision de la Commission de consacrer un paragraphe distinct à chaque catégorie.

7) La Commission a décidé d'insister sur le critère de la résidence légale et habituelle comme condition préalable à l'exercice de la protection diplomatique, à l'égard des réfugiés comme à l'égard des apatrides, bien que l'article 28 de la Convention relative au statut des réfugiés mette la barre moins haut (du moins dans la version anglaise) en faisant obligation aux États contractants de délivrer des titres de voyage aux réfugiés qui séjournent légalement (« *lawfully staying* ») sur leur territoire[358]. La Commission a été influencée par deux facteurs : premièrement, le fait que la délivrance de documents de voyage, aux termes de la Convention, ne donne en aucun cas au porteur le droit de se prévaloir de la protection diplomatique[359]. Deuxièmement, la nécessité de fixer la barre assez haut lorsqu'on s'écarte de la règle traditionnelle *de lege ferenda.* Certains membres de la Commission ont fait valoir qu'en faisant de la résidence légale et habituelle une condition préalable à l'exercice de la protection diplomatique, on fixait la barre trop haut tant pour les apatrides que pour les réfugiés[360].

8) Le terme « réfugié » tel qu'il est utilisé au paragraphe 2 ne vise pas seulement les réfugiés au sens de la définition qu'en donnent la Convention relative au statut des réfugiés et le Protocole mais désigne aussi des personnes qui ne répondent pas strictement à cette définition. La Commission a envisagé d'utiliser l'expression « réfugié reconnu », qui figure dans la Convention européenne sur la nationalité (art. 6, par. 4 *g*), et qui aurait élargi la notion pour englober les réfugiés reconnus par des instruments régionaux tels que la Convention de l'OUA régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique[361], laquelle est communément considérée comme un modèle s'agissant de la protection internationale des réfugiés[362], et la Déclaration de Carthagène sur les réfugiés[363]. Cependant, la Commission a préféré ne pas fixer de limites, de façon à ce que les États puissent exercer leur protection diplomatique à l'égard de toute personne qu'ils considèrent et traitent comme un réfugié. Cela est particulièrement important pour les réfugiés se trouvant dans des États qui ne sont pas parties aux instruments régionaux ou internationaux existants.

9) Le critère temporel applicable à la présentation d'une réclamation qui figure à l'article 4 est répété au paragraphe 2. Le réfugié doit résider légalement et habituellement dans l'État qui présente la réclamation tant au moment où le dommage a été causé qu'à la date à laquelle la réclamation est présentée officiellement.

10) Le paragraphe 3 dispose que l'État d'accueil ne peut exercer sa protection diplomatique à l'égard d'un réfugié contre l'État de nationalité de ce dernier. Procéder autrement aurait été en contradiction avec l'approche qui sous-tend les présents articles, selon laquelle la nationalité est le critère prédominant s'agissant de l'exercice de la protection diplomatique. Le paragraphe répond également à des considérations pratiques. La plupart des réfugiés ont à se plaindre du traitement que leur a réservé leur État de nationalité, qu'ils ont fui pour échapper à des persécutions. Autoriser l'exercice de la protection diplomatique dans de tels cas reviendrait à ouvrir la porte à d'innombrables réclamations internationales. De plus, la crainte que les réfugiés ne les pressent d'intenter une action en leur nom risquerait de dissuader les États d'accepter des réfugiés sur leur territoire.

11) Tant le paragraphe 1 que le paragraphe 2 disposent que l'État d'accueil « *peut* exercer la protection diplomatique ». L'emploi de cet auxiliaire souligne le caractère discrétionnaire de ce droit. Au regard du droit international, les États ont le pouvoir discrétionnaire d'exercer ou non leur protection diplomatique à l'égard de leurs nationaux[364]. A fortiori, ce pouvoir discrétionnaire existe lorsqu'il s'agit d'exercer leur protection à l'égard d'un apatride ou d'un réfugié.

12) La Commission souligne que l'article 7 vise uniquement la protection diplomatique des apatrides et réfugiés. Il ne porte *pas* sur l'octroi de la nationalité à ces catégories de personnes. L'exercice de la protection diplomatique à l'égard des apatrides et des réfugiés ne peut et ne saurait faire naître une attente légitime d'octroi de la nationalité. Il ressort clairement de l'article 28 de la Convention relative au statut des réfugiés, lu en parallèle avec le paragraphe 15 de son annexe, que la délivrance d'un document de voyage à un réfugié est sans incidence sur la nationalité du porteur. A fortiori, l'exercice de la protection diplomatique à l'égard d'un réfugié ou d'un apatride ne devrait en aucune façon être interprété comme ayant une incidence sur la nationalité de la personne protégée.

[358] Les travaux préparatoires de la Convention ont fait apparaître clairement que « *stay* » (séjour) s'entend d'une résidence plus passagère.

[359] Voir le paragraphe 16 de l'annexe à la Convention.

[360] Voir *supra* par. 4 du commentaire du présent projet d'article.

[361] Cette convention étend la définition du réfugié à « toute personne qui, du fait d'une agression, d'une occupation extérieure, d'une domination étrangère ou d'événements troublant gravement l'ordre public dans une partie ou dans la totalité de son pays d'origine ou du pays dont elle a la nationalité, est obligée de quitter sa résidence habituelle pour chercher refuge dans un autre endroit à l'extérieur de son pays d'origine ou du pays dont elle a la nationalité » (art. Ier, par. 2).

[362] Voir la note sur la protection internationale présentée par le Haut-Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés, A/AC.96/830, par. 35, p. 17.

[363] Adoptée au Colloque sur la protection internationale des réfugiés en Amérique centrale, au Mexique et à Panama : problèmes juridiques et humanitaires, tenu à Carthagène (Colombie) du 19 au 22 novembre 1984; les conclusions de la déclaration figurent dans OEA/Ser.L/V/II.66 doc. 10, rev.1, Assemblée générale de l'OEA, quinzième session ordinaire (1985), résolution adoptée par la Commission générale à sa cinquième session, le 7 décembre 1985.

[364] Voir l'article 2 et le commentaire y relatif.

Chapitre VI

ACTES UNILATÉRAUX DES ÉTATS

A. – Introduction

282. Dans son rapport à l'Assemblée générale sur les travaux de sa quarante-huitième session, en 1996, la Commission du droit international a proposé à l'Assemblée d'inscrire le droit des actes unilatéraux des États au nombre des sujets se prêtant à la codification et au développement progressif du droit international[365].

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

284. 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 de son étude, la portée et le contenu possibles du sujet et le schéma de l'étude. À la même session, la Commission a examiné et approuvé le rapport du Groupe de travail[366].

285. Toujours à sa quarante-neuvième session, la Commission a nommé M. Víctor Rodríguez Cedeño rapporteur spécial sur le sujet[367].

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

287. À sa cinquantième session, en 1998, la Commission était saisie du premier rapport du Rapporteur spécial sur le sujet[368] et l'a examiné. À l'issue de son débat, la Commission a décidé de convoquer à nouveau le Groupe de travail sur les actes unilatéraux des États.

288. Le Groupe de travail a fait rapport à la Commission sur les questions touchant la portée du sujet, l'optique dans laquelle l'aborder, la définition de l'acte unilatéral et les travaux futurs du Rapporteur spécial. À la même session, la Commission a examiné et approuvé le rapport du Groupe de travail[369].

289. À sa cinquante et unième session, en 1999, la Commission était saisie du deuxième rapport du Rapporteur spécial sur le sujet[370] et l'a examiné. À l'issue du débat, la Commission a décidé de convoquer à nouveau le Groupe de travail sur les actes unilatéraux des États.

290. 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 ainsi que du 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 de la mise au point d'un questionnaire que le Secrétariat adresserait aux États en consultation avec le Rapporteur spécial pour leur demander de fournir des matériaux et des renseignements sur leur pratique concernant les actes unilatéraux et de faire connaître leur position sur certains aspects de l'étude du sujet entreprise par la Commission.

291. À sa cinquante-deuxième session, en 2000, la Commission a examiné le troisième rapport du Rapporteur spécial sur le sujet[371] ainsi que le texte des réponses reçues des États[372] au questionnaire sur le sujet qui leur avait été adressé le 30 septembre 1999. À sa 2633e 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.

292. À sa cinquante-troisième session, en 2001, la Commission a examiné le quatrième rapport du Rapporteur spécial[373] et créé un groupe de travail à composition non limitée. Sur la recommandation du Groupe de travail, la Commission a prié le Secrétariat d'adresser aux gouvernements un questionnaire les invitant à fournir des informations supplémentaires sur leur pratique en matière de formulation et d'interprétation des actes unilatéraux[374].

B. – Examen du sujet à la présente session

293. À la présente session, la Commission était saisie du cinquième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/525 et Add.1 et 2) ainsi que du texte des réponses des États (A/CN.4/524) au questionnaire sur le sujet distribué le 31 août 2001.

---

[365] *Annuaire… 1996*, vol. II (2e partie), doc. A/51/10, par. 248, p. 105, et annexe II, additif 3, p. 154.

[366] *Annuaire… 1997*, vol. II (2e partie), par. 194 et 196 à 210, p. 65 et 66.

[367] Ibid., par. 212 et 234, p. 67 et 72.

[368] *Annuaire… 1998*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/486, p. 327.

[369] Ibid., vol. II (2e partie), par. 192 à 201, p. 61.

[370] *Annuaire… 1999*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/500 et Add.1, p. 217.

[371] *Annuaire… 2000*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/505.

[372] Ibid., doc. A/CN.4/511.

[373] *Annuaire… 2001*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/519.

[374] Ibid., vol. II (2e partie), par. 29 et 254, p. 19 et 221. Le texte du questionnaire peut être consulté à l'adresse http://untreaty.un.org/ilc/sessions/53/53sess.htm.