



Assemblée générale

Distr.
LIMITÉE

A/CN.4/L.619
7 juin 2002

FRANÇAIS
Original: ANGLAIS

Commission du droit international

Cinquante-quatrième session

Genève, 29 avril-7 juin 2002

et 22 juillet-16 août 2002

**PROJET DE RAPPORT DE LA COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL
SUR LES TRAVAUX DE SA CINQUANTE-QUATRIÈME SESSION**

Rapporteur: M. Valery Kuznetsov

CHAPITRE V

PROTECTION DIPLOMATIQUE

- A. Introduction
- B. Examen du sujet à la présente session
 - 1. Observations générales concernant l'étude
 - a) Présentation par le Rapporteur spécial
 - b) Résumé du débat
 - c) Conclusions du Rapporteur spécial
 - 2. Articles 12 et 13
 - a) Présentation par le Rapporteur spécial
 - b) Résumé du débat
 - c) Conclusions du Rapporteur spécial
 - 3. Article 14
 - 4. Article 15
 - a) Présentation par le Rapporteur spécial
 - b) Résumé du débat
 - c) Conclusions du Rapporteur spécial

A. Introduction

1. À sa quarante-huitième session, en 1996, la Commission a inclus le sujet «Protection diplomatique» au nombre des trois sujets dont elle a jugé qu'ils se prêtaient à la codification et au développement progressif¹. Cette même année, l'Assemblée générale, dans sa résolution 51/160 du 16 décembre 1996, a invité la Commission à examiner plus avant le sujet et à en indiquer la portée et le contenu en se fondant sur les commentaires et observations qui avaient été faits au cours du débat à la Sixième Commission, ainsi que sur les commentaires que les gouvernements pourraient souhaiter soumettre par écrit. À sa quarante-neuvième session, en 1997, la Commission, en application de cette résolution, a constitué, à sa 2477^e séance, un groupe de travail sur le sujet². Le Groupe de travail a présenté un rapport au cours de ladite session, que la Commission a fait sien³. Le Groupe de travail s'est efforcé a) de préciser autant que possible la portée du sujet et b) de déterminer les questions à étudier dans le contexte du sujet. Il a présenté un schéma pour l'examen du sujet, que la Commission a recommandé au Rapporteur spécial de prendre pour base de travail pour établir son rapport préliminaire⁴.
2. À sa 2501^e séance, le 11 juillet 1997, la Commission a désigné M. Mohamed Bennouna Rapporteur spécial sur le sujet.
3. 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».
4. À sa cinquantième session, en 1998, la Commission était saisie du rapport préliminaire du Rapporteur spécial⁵. À la même session, la Commission a constitué un groupe de travail

¹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 10 (A/51/10)*, par. 249 et annexe II, additif 1.

² *Ibid.*, cinquante-deuxième session, *Supplément n° 10 (A/52/10)*, chap. VIII.

³ *Ibid.*, par. 171.

⁴ *Ibid.*, par. 189 et 190.

⁵ A/CN.4/484.

à composition non limitée chargé d'étudier les conclusions éventuelles qui pourraient être tirées du débat quant à la façon d'aborder le sujet⁶.

5. À sa cinquante et unième session, en 1999, la Commission a nommé M. Christopher John R. Dugard Rapporteur spécial sur le sujet⁷, M. Bennouna ayant été élu juge au Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie.

6. À sa cinquante-deuxième session, en 2000, la Commission était saisie du premier rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/506 et Corr.1 et Add.1). N'ayant pu, faute de temps, procéder à l'examen du document A/CN.4/506/Add.1, elle l'a reporté à sa session suivante. Lors de la même session, la Commission a décidé que les projets d'articles 1^{er}, 3 et 6 feraient l'objet de consultations officieuses ouvertes à tous, sous la présidence du Rapporteur spécial⁸. La Commission a ensuite décidé, à sa 2635^e séance, de renvoyer les projets d'articles 1^{er}, 3 et 5 à 8 ainsi que le rapport sur les consultations officieuses au Comité de rédaction.

7. À sa cinquante-troisième session, en 2001, la Commission était saisie de la suite du premier rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/506/Add.1), ainsi que de son deuxième rapport (A/CN.4/514 et Corr.1). La Commission a examiné le document A/CN.4/506/Add.1 à sa 2680^e séance et à ses 2685^e, 2686^e et 2687^e séances, tenues respectivement le 25 mai et les 9, 10 et 11 juillet 2001. La Commission a également examiné le deuxième rapport du Rapporteur spécial à ses 2688^e à 2690^e séances, tenues du 12 au 17 juillet 2001. Faute de temps, la Commission n'a pu examiner que les parties du deuxième rapport consacrées aux projets d'articles 10 et 11 et a reporté l'examen du reste du document A/CN.4/514, concernant les projets d'articles 12 et 13, à sa session suivante. La Commission a décidé de renvoyer au Comité de rédaction le projet d'article 9 à sa 2688^e séance, tenue le 12 juillet 2001, ainsi que les projets d'articles 10 et 11, à sa 2690^e séance, tenue le 17 juillet 2001.

⁶ Les conclusions du Groupe de travail figurent dans *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-troisième session, Supplément n° 10* (A/53/10), par. 108.

⁷ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-quatrième session, Supplément n° 10* (A/54/10), par. 19.

⁸ Le rapport sur les consultations officieuses figure dans *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément n° 10* (A/55/10), par. 495.

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

B. Examen du sujet à la présente session

9. À la présente session, la Commission était saisie de la partie du deuxième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/514 et Corr.1) restant à examiner, à savoir celle concernant les projets d'articles 12 et 13, 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 sa 2712^e à sa 2719^e séance, tenues du 30 avril au 14 mai 2002, et à sa 2729^e séance, le 4 juin 2002. Elle a ensuite examiné la seconde partie du troisième rapport, portant sur l'article 16, à sa 2725^e séance, le 24 mai 2002, et à ses 2727^e, 2728^e et 2729^e séances, tenues du 30 mai au 4 juin 2002.

10. La Commission a décidé à sa 2719^e séance, le 14 mai 2002, de renvoyer au Comité de rédaction les alinéas *a*, *b*, *d* (appelé à être examiné concurremment avec l'alinéa *a*) et *e* du projet d'article 14. Elle a en outre décidé, à sa 2729^e séance, le 4 juin 2002, de renvoyer au Comité de rédaction l'alinéa *c* du projet d'article 14, qui serait examiné en même temps que l'alinéa *a*.

11. La Commission a examiné le rapport du Comité de rédaction sur les projets d'articles 1^{er} à 7 [8] à ses 2730^e, 2731^e et 2732^e séances, tenues les 5, 6 et 7 juin 2002. Elle a adopté les articles 1^{er} à 3 [5] à sa 2730^e séance, 4 [9], 5 [7] et 7 [8] à sa 2731^e séance, et 6 à sa 2732^e séance.

12. À ses ... à ... séances, tenues le ..., la Commission a adopté les commentaires des projets d'articles susmentionnés.

1. Observations générales concernant l'étude

a) Présentation par le Rapporteur spécial

13. Présentant son troisième rapport (A/CN.4/523), 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 pêchait 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.

14. 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 première et en deuxième lectures 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.

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

16. 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

17. 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.

18. Il a été observé que la question de la protection fonctionnelle de leurs fonctionnaires par les organisations internationales devrait être exclue du projet d'articles car elle constituait une exception au principe de 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*⁹, la Cour internationale de Justice avait déclaré sans ambiguïté que la réclamation présentée par l'Organisation ne se fondait pas sur la nationalité de la victime, mais sur sa qualité d'agent de l'Organisation. De même, dans son jugement du 11 septembre 1964¹⁰, le Tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail (OIT) avait dit que les privilèges et immunités dont bénéficiaient les fonctionnaires de l'Organisation internationale du Travail étaient accordés uniquement dans l'intérêt de l'Organisation.

19. 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 diplomatique – non la protection fonctionnelle. Dans l'avis consultatif rendu dans l'affaire de la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, la Cour internationale de Justice avait posé la question des réclamations concurrentes de l'État de nationalité et de l'Organisation des Nations Unies dans le cas de dommages personnels subis par les agents de l'Organisation. Il a été proposé que le rapport entre la protection fonctionnelle et la 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 que la Cour internationale de Justice l'avait noté dans son avis consultatif, le fait que le droit de protection diplomatique appartenant à l'État et le droit de protection fonctionnelle appartenant à l'organisation pouvaient se trouver en concurrence ne saurait donner lieu à deux réclamations ni à une double réparation. La Commission pourrait donc voir s'il ne faudrait pas limiter les réclamations et les réparations.

⁹ *C.I.J. Recueil 1949*, p. 174.

¹⁰ *Affaire Jurado*, jugement n° 70.

20. 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.
21. 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».
22. 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 à laquelle 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.
23. À l'appui de la proposition visant à élargir le champ du projet d'articles à la protection diplomatique des membres et passagers d'un navire, on a cité à titre d'exemple l'affaire du *Navire «Saiga» (n° 2) (Saint-Vincent-et-les Grenadines c. La Guinée)*¹¹, 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

¹¹ Affaire du *Navire «Saiga» (n° 2) (Saint-Vincent-et-les Grenadines c. La Guinée)*, Tribunal international du droit de la mer, arrêt du 1^{er} juillet 1999.

l'exercice de la protection diplomatique. Parallèlement, il a été fait observer que l'affaire du *Navire «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.

24. 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.

25. 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 maritime.

26. 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 mer¹², mais encore dans d'autres accords internationaux antérieurs. Elle appelait donc un examen plus poussé d'autres instruments internationaux.

27. 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 de Tokyo de 1963 relative aux infractions et à certains autres actes survenant à bord des aéronefs, qui énonçait, par exemple, l'obligation d'autoriser l'équipage et les passagers à poursuivre leur voyage. Dans ce cas de figure, l'élément

¹² Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1833, p. 3.

déterminant 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.

28. 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 au principe de la nationalité reconnues. 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.

29. 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.

30. 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.

31. 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.

32. Il a été suggéré aussi que si la Commission décidait de ne pas retenir ces questions supplémentaires, elle devrait à tout le moins les mentionner dans le commentaire.

33. 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'illicéité¹³. De même, il a été dit que le fait

¹³ Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-quatrième session, Supplément n° 10 (A/54/10)*, chap. V.B.48(A), par. 411 à 415.

qu'une personne n'avait pas les «mains propres» ne pouvait justifier qu'elle soit privée de la protection diplomatique.

34. 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, si ce n'était comme argument de dernier recours, et que la Commission devait veiller à ne pas la légitimer «par accident». À l'inverse, 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.

35. 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. 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 pouvaient parfois être victimes d'un déni de justice et que 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.

36. 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.

37. Il a été également proposé de réfléchir dans le cadre de l'étude sur les effets de l'exercice de la protection diplomatique.

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

39. S'agissant de la terminologie, il a été souligné que la notion de «nationalité des réclamations» prêtait à confusion et qu'elle était une notion anglophone qui n'avait pas d'équivalent dans d'autres langues officielles. En réponse, le Rapporteur spécial a reconnu que cette expression évoquait la *common law*, tout en soulignant qu'elle avait été employée par le Président en exercice, non anglophone, de la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*.

c) Conclusions du Rapporteur spécial

40. 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 d'ici à la fin du quinquennat en cours.

41. 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 Cour internationale de Justice, dans l'avis consultatif rendu en l'affaire des *Réparations des dommages subis au service des Nations Unies*, 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.

42. Le Rapporteur spécial a constaté de la même manière que 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 ne semblait avoir recueilli qu'un faible appui. Il a toutefois noté que cette question serait elle aussi traitée dans le commentaire, avec une référence plus particulière à l'affaire du *Navire «Saiga»*.

43. À propos du cas dans lequel un État délègue 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.

44. 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 c'était le cas de l'Organisation des Nations Unies au Kosovo et (auparavant) au Timor oriental. Cette question semblait avoir recueilli quelque appui, mais la majorité des membres de la Commission estimaient qu'elle avait plutôt sa place dans le contexte de la responsabilité des organisations internationales.

45. 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 dans l'additif de son troisième rapport, consacré à la clause Calvo (A/CN.4/523/Add.1), ainsi que dans le commentaire de l'article 3 [5] dans le contexte de l'affaire *Nottebohm*¹⁴ et dans le cadre de la nationalité des sociétés dans le contexte de l'affaire de la *Barcelona Traction*¹⁵.

¹⁴ *C.I.J. Recueil 1955*, p. 4.

¹⁵ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, deuxième phase, C.I.J. Recueil 1970*, p. 3.

46. Quant à la question du déni de justice, le Rapporteur spécial a indiqué qu'il n'était pas favorable à l'inclusion dans le projet d'un article qui lui soit consacré, mais que force était de reconnaître que, comme la clause Calvo, elle avait profondément marqué l'évolution de la protection diplomatique, en particulier en Amérique latine, et que plusieurs membres de la Commission originaires de cette région l'avaient à maintes reprises soulevée. Il ressortait, à son avis, du débat au sein de la Commission que la majorité des membres étaient hostiles ou, au mieux, neutres quant à l'inclusion de cette notion dans le champ de l'étude. Plusieurs membres avaient insisté sur le fait qu'il s'agissait d'une règle primaire, tandis que d'autres avaient fait valoir que le déni de justice se retrouvait dans un certain nombre de contextes relevant de la procédure, et qu'il s'agissait donc d'une forme de règle secondaire. En tout état de cause, le contenu de la notion de déni de justice était incertain. Au début du XX^e siècle, il englobait le refus de l'accès aux tribunaux; les théoriciens latino-américains y avaient ajouté la partialité et le retard abusif, tandis que pour d'autres le déni de justice ne se limitait pas à une action ou à une omission des organes judiciaires et incluait la violation du droit international par l'autorité administrative ou le législateur, couvrant ainsi tout le champ de la responsabilité des États. Actuellement, il était généralement admis que le déni de justice s'entendait des seuls actes des organes judiciaires ayant abouti à un vice de procédure ou à une décision injuste. Quoiqu'il en soit, cette notion apparaissait de moins en moins dans la jurisprudence et était dans une large mesure remplacée par les normes de justice énoncées dans les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, notamment à l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques¹⁶. Le Rapporteur spécial a indiqué que, la Commission considérant manifestement que cette notion n'avait pas sa place dans le sujet, il renonçait à lui consacrer un additif.

¹⁶ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 999, p. 171.

2. Articles 12 et 13¹⁷

a) Présentation par le Rapporteur spécial

47. 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 devraient être lues conjointement et proposé donc 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.

48. 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 en 1977 et confirmé en 1996 à l'occasion de l'examen en première lecture du projet d'articles sur ce sujet une disposition en conséquence¹⁸. Il s'agissait cependant à son sens d'une règle essentiellement de procédure plutôt que d'une règle de fond, et il fallait donc revenir sur cette question.

¹⁷ Les articles 12 et 13 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.

¹⁸ Art. 22. Voir *Annuaire ... 1977*, vol. II (deuxième partie), par. 31; *Annuaire ... 1996*, vol. II (deuxième partie), par. 65.

49. 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.

50. 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.

51. Selon la position «mixte», défendue par Fawcett, 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.

52. 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 perpétré. Deuxièmement, pourrait aussi se poser un problème de compétence, comme cela avait été le cas dans l'affaire

des *Phosphates du Maroc*¹⁹, dans laquelle la Cour permanente de Justice internationale 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.

53. 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 fait observer qu'en 1977 la Commission s'était ralliée, en élaborant ce qui était alors l'article 22 du projet d'articles sur la responsabilité des États, 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, Kokott avait défendu l'idée qu'il s'agissait purement d'une règle de procédure.

54. 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 Cour permanente de Justice internationale 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.

55. 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.

¹⁹ *C.P.J.I. Recueil 1938*, série A/B n° 74.

56. 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 ne 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.

57. 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. 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

58. 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 où ils 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 qu'elles 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.

59. 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 dans la perspective d'un petit État, 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.

60. 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.

61. L'idée dominante qui se dégagait du débat était que les projets d'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 permettait 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.

62. 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.

63. Il a été rappelé que cette distinction avait été faite à l'origine à l'occasion de l'examen du sujet de la responsabilité des États, dans le contexte de la détermination du moment précis où le fait illicite était commis. La question était de savoir si la responsabilité de l'État entraînait 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 adoptée pour l'article 44 du projet d'articles sur la responsabilité des États intitulé «Recevabilité de la demande». De même, il a été noté que le libellé de l'article 12 posait problème: comment la violation d'une règle de droit interne pouvait 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.

64. D'autre part, certains membres de la Commission ont contesté l'affirmation selon laquelle la renonciation à l'épuisement des recours internes était incompatible avec le caractère procédural de la règle. Les États pouvaient renoncer à une condition de recevabilité à l'égard soit d'une question de fond, soit d'une question de procédure. Certaines règles n'étaient guère impératives mais étaient sujettes à l'accord des parties.

65. 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 cette règle était 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.

66. 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 questions de procédure ou de fond.

67. 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.

68. 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 proposé de formuler des exceptions pour tenir compte des cas dans lesquels l'application de la règle pouvait 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.

69. 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

70. 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.

71. 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 premier rapport, 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.

72. Le Rapporteur spécial a fait observer que les articles 12 et 13 avaient suscité force critiques et qu'ils 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.

73. 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

[Voir: A/CN.4/L.619/Add.1]

4. Article 15²⁰

a) Présentation par le Rapporteur spécial

74. Le Rapporteur spécial a fait observer que dans le contexte d'une instance devant une juridiction internationale, 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.

75. 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 au regard de l'existence et de l'efficacité des recours internes. Il a rappelé que lors de précédentes

²⁰ L'article 15 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.

tentatives de codification de la règle de l'épuisement des recours internes, on avait évité d'essayer de formuler des dispositions sur ces points.

76. 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.

77. 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*²¹, l'*Arbitrage relatif aux navires finlandais*²², l'affaire *Ambatielos*²³, l'affaire *ELSI*²⁴, l'affaire relative à l'*Incident aérien du 27 juillet 1955 (Israël c. Bulgarie)*²⁵ et l'affaire relative à *Certains emprunts norvégiens*²⁶. Deux conclusions pouvaient être tirées de ces affaires: premièrement, la charge de la preuve incombait à l'État défendeur, en ce sens 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 immédiat.

²¹ 1939, *C.P.J.I.*, Série A/B, n° 76.

²² *Arbitrage relatif aux navires finlandais* (1934), Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III, p. 1479.

²³ (1956), *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII, p. 120.

²⁴ *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, *C.I.J. Recueil* 1989, p. 15.

²⁵ Affaire relative à l'*Incident aérien du 25 juillet 1955 (Israël c. Bulgarie)*, *Exceptions préliminaires*, *C.I.J. Recueil* 1959, p. 127.

²⁶ *C.I.J. Recueil* 1957, p. 9.

78. 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 spécifiques et dans le contexte de laquelle le juge Lauterpacht avait posé quatre principes que les auteurs avaient fortement appuyés: il appartenait à l'État demandeur de prouver qu'il n'existait pas de recours efficace auquel on puisse s'adresser; 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 appartenait à l'État défendeur de démontrer que, nonobstant l'absence apparente d'un recours, son existence pouvait néanmoins être raisonnablement présumée; le degré du fardeau de la preuve à produire ainsi ne devait pas être si strict qu'il rende la preuve déraisonnablement difficile.

79. 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

80. Certains membres de la Commission ont appuyé l'article 15, mais une vive opposition s'est manifestée quant à l'inclusion de l'article 15 relatif à la charge de la preuve dans le projet. Il était douteux que les règles de la preuve puissent être incorporées 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 romain 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, le même organe conventionnel pouvait avoir des règles en la matière 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. 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.

81. 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.

82. 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. 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.

83. 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 des tribunaux nationaux. Il a été proposé aussi de faire état dans le commentaire de la question de la charge de la preuve.

84. 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, mais l'intérêt que la partie considérée pourrait avoir à établir un certain fait qui semblait pertinent. À l'inverse, il a été dit que le paragraphe 1 était utile et qu'il devrait être incorporé dans le projet.

85. À propos du paragraphe 2, l'avis a été exprimé que la distinction entre l'existence d'un recours, qui devait être prouvée par l'État défendeur, et l'inefficacité, qui devait être prouvée par l'État demandeur, était artificielle. Un recours qui n'avait aucune chance d'aboutir, c'est-à-dire un recours inefficace, n'avait pas à être épuisé. 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 avait été causé. Selon un autre point de vue, le problème n'était qu'un problème de formulation, qui ressortait au Comité de rédaction.

c) Conclusions du Rapporteur spécial

86. Le Rapporteur spécial a fait observer que certains membres avaient jugé l'article 15 inoffensif et d'autres trop 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.
