



Assemblée générale

Distr.
LIMITÉE

A/CN.4/L.619/Add.1
2 août 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

Additif

TABLE DES MATIÈRES

	<u>Paragraphe</u>	<u>Page</u>
B. Examen du sujet à la présente session (<i>suite</i>)		
3. Article 14		
a) Utilité [art. 14 a)]		
i) Présentation par le Rapporteur spécial		
ii) Résumé du débat.....		
iii) Conclusions du Rapporteur spécial		
b) Renonciation et estoppel [art. 14 b)]		

TABLE DES MATIÈRES (*suite*)

	<u>Paragraphe</u>	<u>Page</u>
i) Présentation par le Rapport spécial		
ii) Résumé du débat		
iii) Conclusions du Rapporteur spécial		
c) Lien volontaire et lien de rattachement territorial [art. 14 c) et d)]		
i) Présentation par le Rapporteur spécial		
ii) Résumé du débat.....		
iii) Conclusions du Rapporteur spécial		
d) Retard abusif et refus d'accès [art. 14 e) et f)]		
i) Présentation par le Rapporteur spécial		
ii) Résumé du débat.....		
iii) Conclusions du Rapporteur spécial		

3. Article 14

a) Futilité [art. 14 a)]¹

i) Présentation par le Rapporteur spécial

1. 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, répondant en cela à l'idée exprimée au sein tant de la Commission que de la sixième Commission de l'Assemblée générale selon laquelle seul devait être visé l'épuisement «de tous 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 partageaient la charge de la preuve, le premier devant prouver que des recours internes étaient disponibles tandis que le second devait rapporter la preuve que ces recours étaient inefficaces ou futiles.

2. Proposant d'écarter le terme générique «inefficace» en raison de son imprécision, le Rapporteur spécial a soumis à la Commission trois critères fondés sur la jurisprudence et la doctrine pour définir ce qu'était un recours interne «inefficace». Un recours interne était inefficace lorsqu'il était «manifestement futile», «n'offrait aucune perspective raisonnable

¹ L'article 14 a) est ainsi libellé:

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);
 - ...

de succès», ou «n'offrait aucune possibilité raisonnable d'obtenir une mesure de réparation efficace».

3. Le Rapporteur spécial a précisé que le premier critère dit de la «futilité manifeste» qui veut que l'inefficacité du recours interne soit immédiatement apparente, avait été critiqué aussi bien par des auteurs que par la Cour internationale de Justice dans l'affaire *ELSI*² comme étant trop strict. De même, le deuxième critère, qui exige seulement que le demandeur prouve que les recours internes «n'offrent aucune perspective raisonnable de succès», avait été jugé trop faible. Le troisième critère, qui combine les deux autres et selon lequel les recours internes «n'offrent aucune possibilité raisonnable d'obtenir une mesure de réparation efficace», semblait au Rapporteur spécial le plus approprié.

4. Expliquant sa position, le Rapporteur spécial a cité des circonstances dans lesquelles des recours internes avaient été jugés inefficaces ou futiles: incompetence de la juridiction interne en l'espèce (par exemple, affaire du *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*³; 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, affaire *Robert E. Brown*⁴); existence d'une jurisprudence constante défavorable à l'étranger; et absence, dans l'État défendeur, d'un système adéquat de protection judiciaire.

ii) Résumé du débat

5. L'idée de renvoyer le paragraphe 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.

6. Il a été noté que la futilité des recours internes était une question complexe en ce qu'elle supposait un jugement subjectif et était liée à la charge de la preuve; elle posait la question

² *C.I.J. Recueil* 1989, p. 14.

³ *C.P.J.I.* 1939, série A/B, n° 76, p. 4.

⁴ Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VI (1923), p. 120.

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.

7. Par ailleurs, on a fait observer que le critère de l'inefficacité devait être 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.

8. Il a été dit cependant que, quelle que soit l'option retenue, les termes proposés faisaient une large place à la subjectivité de l'interprète, 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 toutefois été noté que l'article 15 n'offrait aucune limite à l'arbitraire apparent du critère retenu à l'article 14. Il a été en outre souligné que, les concepts de «recours efficace» et de «retard abusif» ayant un caractère relatif, ils ne pouvaient donner lieu à aucune norme universelle. Il convenait donc de les apprécier en fonction du contexte et des circonstances d'espèce et par rapport à 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.

9. Plusieurs propositions rédactionnelles ont été faites, dont celle de viser le mot «recours» au singulier dans la phrase liminaire de l'alinéa *a* afin d'éviter des affirmations générales quant au 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 agissaient de manière déraisonnable si on ne leur disait pas expressément de se comporter de manière raisonnable; celle de viser 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 certain chevauchement entre l'alinéa *a* et

les alinéas *c*, *d*, *e* et *f* de l'article 14, lesquels portaient sur des situations particulières dans lesquelles il se pouvait qu'il n'y ait aucune possibilité de recours efficace.

10. 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 si le recours interne était manifestement futile (option 1). Toutefois, il a été dit que le critère de la futilité manifeste serait trop rigoureux.

iii) Conclusions du Rapporteur spécial

11. Le Rapporteur spécial a rappelé qu'au cours de la 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.

12. 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 en même temps, l'option 1 ayant été peu appuyée. Le Rapporteur spécial a donc proposé de renvoyer l'alinéa *a* de l'article 14 au Comité de rédaction, en chargeant celui-ci d'examiner les options 2 et 3.

b) Renonciation et estoppel [art. 14 b)]⁵

i) Présentation par le Rapporteur spécial

⁵ L'article 14 b) est ainsi libellé:

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;

...

13. 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. Il a en outre fait observer qu'une clause expresse de renonciation pouvait figurer dans un accord d'arbitrage spécial conclu pour régler un différend donné; elle pouvait aussi être prévue 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.

14. La question des renonciations tacites était plus délicate, comme cela ressortait de l'affaire *ELSI* dans laquelle la Cour internationale de Justice avait indiqué «qu'elle ne saurait accepter qu'un principe important du droit international coutumier a été tacitement écarté sans que l'intention de l'écartier soit verbalement précisée». 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.

15. 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 lorsqu'il n'était rien précisé dans l'accord sur la règle de l'épuisement des recours internes – ce silence pouvait être interprété comme une renonciation dès lors que l'accord était 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 alors l'arbitrage – si l'État de nationalité endossait la réclamation en l'occurrence, la renonciation implicite pouvait aussi s'appliquer à une procédure internationale, bien qu'il n'y ait 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.

16. 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 Cour internationale de Justice dans l'affaire *ELSI* et elle était également appuyée par des décisions juridictionnelles rendues dans le domaine des droits de l'homme.

17. 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

18. 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.

19. 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, 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 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.

20. 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.

21. 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 de 1957 sur 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'obligation d'épuisement des recours internes.

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

23. 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.

24. Certains membres, tout en acceptant le principe posé à l'alinéa *b*, émettaient 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

25. 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 avaient été troublés par la notion de renonciation implicite et avaient estimé qu'une renonciation devait être claire et dépourvue d'ambiguïté. Cela étant, même ces derniers membres n'étaient pas opposés à ce que le Comité de rédaction se penche sur la question. Il a donc proposé 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 [article 14 c) et d)]⁶

i) Présentation par le Rapporteur spécial

26. 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 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, elle avait jugé inutile de prévoir de telles dispositions.

27. 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*⁷ dans laquelle il n'existait aucun lien volontaire entre les parties lésées 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

⁶ L'article 14 c) et d) est ainsi libellé:

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;

⁷ *C.I.J. Recueil* 1959, p. 146.

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.

28. 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 fondée sur l'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 visé plusieurs décisions, dont celles rendues dans l'affaire *Interhandel*⁸, l'affaire *Salem*⁹, l'affaire relative à *Certains emprunts norvégiens*¹⁰ et l'affaire de l'*Incident aérien*. 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*¹¹, 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 (le Canada) par l'État défendeur (les États-Unis) 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.

29. 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

⁸ *C.I.J. Recueil* 1959, p. 6.

⁹ Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (1932), p. 1165.

¹⁰ *C.I.J. Recueil* 1957, p. 9.

¹¹ Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (1935), p. 1905.

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 (Gut Dam)¹², dans lequel le Canada avait renoncé à cette exigence, ni dans la Convention de 1972 sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux, ne figurait la condition d'épuisement des recours internes.

30. 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. 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.

31. 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: des dommages transfrontières à l'environnement causés par la pollution, les retombées radioactives ou les 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.

32. 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

¹² Reproduit dans *I.L.M.*, vol. IV (1965), p. 468.

la Commission pour décider si elle souhaitait suivre la voie adoptée en 1996 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

33. 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 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.

34. 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. Il a ainsi été suggéré que la Commission pourrait étudier plus directement les questions de principe sous-tendant la règle de l'épuisement des recours internes.

35. 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.

36. 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.

37. 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 XIX^e 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 frontière. 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.

38. Il a été dit que la règle de l'épuisement des recours internes ne supposait pas l'acceptation d'un risque mais était un moyen de régler des questions entre gouvernements avant que celles-ci 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 à 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.

39. 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.

40. Des doutes ont également été exprimés quant à la pertinence des exemples cités dans le 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 de 1972 sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux, car celle-ci concernait un régime spécial.

41. 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.

42. 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. Il était considéré comme abusif d'imposer à des groupes de gens ne disposant pas de moyens financiers importants d'épuiser des recours internes dans de telles circonstances.

43. 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 ait constitué un fait internationalement illicite. S'il pouvait poser une question de responsabilité (liability) internationale, il n'était pas certain qu'il s'agissait d'une responsabilité (responsibility) internationale. 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.

44. Inversement, on a fait observer que l'accident de Tchernobyl soulevait effectivement 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 limiter la responsabilité (liability) des parties contractantes en cas d'accident de ce type.

45. 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 (art. 15)¹³. Ce type de disposition, que l'on trouvait dans la plupart des traités relatifs à l'environnement, encourageait les personnes qui étaient affectées et qui vivaient dans d'autres pays à engager 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

¹³ Assemblée générale, *Documents officiels, cinquante-sixième session, Supplément n° 10* (A/56/10), chap. V.E.1.

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.

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

47. 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

48. Le Rapporteur spécial a constaté qu'il était difficile de tirer une conclusion claire du débat. Les membres de la Commission avaient été généralement d'accord sur le fait que, quoi qu'il advienne 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 estimé que l'alinéa *c* contenait un principe important qui constituait cependant non pas une exception mais une condition préalable à 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. Le Rapporteur spécial avait jugé initialement que les alinéas *c* et *d* de l'article 14 étaient inutiles parce que, dans la plupart des cas, il y aurait préjudice direct, ce qui était couvert par l'article 11, ou problème d'efficacité, ce qui renvoyait à l'alinéa *a* de l'article 14.

49. 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 avait été finalement convaincu que l'existence

d'un lien volontaire était essentiellement la raison d'être de la règle de l'épuisement des recours internes et que cette question ne se prêtait donc pas à la codification, comme le confirmait l'évolution de la notion de responsabilité des États. À son avis, si la Commission tenait 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 en tant qu'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: «c) Toute tentative pour épuiser les recours internes causerait de graves difficultés à l'étranger lésé [/serait manifestement déraisonnable]». Selon une autre suggestion, l'alinéa *c* serait tout simplement supprimé, car il n'était pas souhaitable, notamment en raison de l'évolution du droit relatif aux dommages transfrontières.

50. Le Rapporteur spécial préférait que la question du lien volontaire ne soit expressément mentionnée dans aucune disposition mais soit plutôt intégrée 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, dans le cadre de l'examen d'un 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.

51. Se référant aux situations difficiles, évoquées au paragraphe 83 de son troisième rapport sur la protection diplomatique, 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 les 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 protection diplomatique mais dans celui de la responsabilité (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 dans le territoire de l'État A, de tuer un ressortissant de cet État A, le plus souvent, il existait normalement une disposition conventionnelle internationale prévoyant la possibilité de présenter une réclamation contre l'État B. Mais, dans le cas contraire, on ne voyait 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* du projet d'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 celui-ci 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* du projet d'article 14.

52. 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 dommages causés par des activités non interdites par le droit international.

d) Retard abusif et refus d'accès [article 14 e) et f)]¹⁴

i) Présentation par le Rapporteur spécial

53. 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*¹⁵ et l'affaire *Interhandel*. 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.

54. 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 à 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

55. Un membre a jugé satisfaisants les alinéas *e* (retard abusif) et *f* (refus d'accès) du projet d'article 14. 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

¹⁴ L'article 14 e) et f) était 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.

¹⁵ [1931] Commission anglo-mexicaine des réclamations, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, p. 191.

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.

56. Pour un autre membre, l'alinéa *a* ne rendait pas superflu l'alinéa *e*. Les cas couverts par ces deux alinéas se suivaient en un sens dans le temps: un recours interne existant qui pourrait sembler 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.

57. 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 de droit]».

58. 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 bénéficier du fait que la situation de l'appareil judiciaire ait permis que l'examen d'une affaire ait été inutilement retardé.

59. 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 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.

60. 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 serait-ce que dans les commentaires, 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.

61. Des doutes ont été exprimés par d'autres membres qui ont estimé que l'on pourrait 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

62. 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.

63. En ce qui concerne l'alinéa *f*, 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 appui avait été exprimé en faveur du renvoi de l'alinéa *f* au Comité de rédaction. Toutefois, la majorité des membres avait 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.
