



**Assemblée générale**

Distr.  
LIMITÉE

A/CN.4/L.637/Add.3  
20 juin 2003

FRANÇAIS  
Original: ANGLAIS

COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL  
Cinquante-cinquième session  
Genève, 5 mai-6 juin et 7 juillet-8 août 2003

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

**Rapporteur: M. William MANSFIELD**

**CHAPITRE V**

**PROTECTION DIPLOMATIQUE**

**Additif**

TABLE DES MATIÈRES

	<u>Paragraphe</u>	<u>Page</u>
C. Texte des articles 8 à 10 du projet d'articles sur la protection diplomatique provisoirement adoptés par la Commission ( <i>suite</i> ) .....	1	2
2. Texte des projets d'articles accompagnés des commentaires y afférents.....	1	2

**C. Texte des articles 8 à 10 du projet d'articles sur la protection diplomatique provisoirement adoptés par la Commission (*suite*)**

**2. Texte des projets d'articles accompagnés des commentaires y afférents**

1. Les textes des projets d'articles 8 à 10 et les commentaires y afférents adoptés par la Commission à sa cinquante-cinquième session sont repris ci-après.

**PROTECTION DIPLOMATIQUE**

**Article 8 [10]<sup>1</sup>**

**Épuisement des recours internes**

1. Un État ne peut formuler une réclamation internationale à raison d'un préjudice causé à un de ses nationaux ou à une autre personne visée à l'article 7 [8]<sup>2</sup> avant que la personne lésée ait, sous réserve de l'article 10 [14], épuisé tous les recours internes.
2. Par «recours internes» on entend les recours ouverts de droit à la personne lésée devant les tribunaux ou organes, judiciaires ou administratifs, ordinaires ou spéciaux, de l'État dont il est allégué qu'il est responsable du préjudice.

**Commentaire**

1) L'article 8 vise à codifier la règle du droit international coutumier qui pose l'épuisement des recours internes comme condition préalable de toute réclamation internationale. Dans l'affaire de l'*Interhandel*, la Cour internationale de Justice l'a reconnue comme «une règle bien établie du droit international coutumier»<sup>3</sup> et, dans l'affaire *Elettronica Sicula (ELSI)*, une chambre de la Cour a salué en elle «un important principe du droit international coutumier»<sup>4</sup>. La règle de l'épuisement des recours internes fait en sorte que «l'État où la lésion a été commise puisse y remédier par ses propres moyens, dans le cadre de son ordre juridique interne»<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Les articles 8 [10], 9 [11] et 10 [14] figureront dans une future quatrième partie, intitulée «Recours internes» et seront renumérotés.

<sup>2</sup> Le renvoi à l'article 7 [8] sera examiné plus avant si d'autres exceptions à la règle de la nationalité sont incorporées dans le projet d'articles.

<sup>3</sup> *C.I.J. Recueil 1959*, p. 27.

<sup>4</sup> *C.I.J. Recueil 1989*, p. 42, par. 50.

<sup>5</sup> Affaire de l'*Interhandel*, op. cit. *Supra* note 3, p. 27.

La Commission du droit international a déjà examiné l'épuisement des recours internes dans le cadre de ses travaux sur la responsabilité des États et en a conclu qu'il s'agit là d'un «principe du droit international général» étayé par la jurisprudence, la pratique des États, les traités et la doctrine<sup>6</sup>.

2) Les personnes morales comme les personnes physiques sont tenues d'épuiser les recours internes. Une société étrangère financée partiellement ou principalement par des capitaux publics doit également épuiser les recours internes quand elle accomplit des *acta jure gestionis*.

Les personnes autres que les nationaux de l'État exerçant sa protection, qui ont droit à la protection diplomatique dans les circonstances exceptionnelles prévues à l'article 7 [8], sont elles aussi tenues d'épuiser les recours internes.

3) Le paragraphe 1 parle de la formulation d'une réclamation plutôt que de sa présentation, car le mot «formuler» rend plus exactement compte de la procédure en jeu que le mot «présenter», qui suggère un acte formel auquel sont attachées des conséquences et qui s'emploie de préférence pour désigner le moment dans le temps où la réclamation est formellement faite.

4) L'expression «tous les recours internes» doit s'entendre sous réserve de l'article 10 [14], qui expose les circonstances exceptionnelles dans lesquelles les recours internes n'ont pas à être épuisés. La suggestion de préciser dans cette disposition qu'il ne faut épuiser que les recours internes «adéquats et efficaces» n'a pas été suivie, pour deux raisons. D'une part, parce qu'un tel tempérament de la prescription de l'épuisement des recours internes demande à être traité avec une attention particulière dans une disposition à part. D'autre part, le fait que c'est généralement à l'État défendeur qu'incombe la charge de prouver que des recours internes sont disponibles, et à l'État demandeur celle de prouver qu'il n'y a pas de recours effectifs ouverts à la personne

---

<sup>6</sup> Article 22 adopté en première lecture. Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 10* et rectificatif (A/51/10 et Corr.7), chap. III D 1; *Annuaire ... 1977*, vol. II (deuxième partie), p. 30 à 50; art. 44 adopté en seconde lecture: *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10* (A/56/10), p. 327 à 330.

lésée<sup>7</sup>, exige que ces deux aspects de la règle de l'épuisement des recours internes soient traités séparément.

5) Les recours ouverts à un étranger, qui doivent être épuisés avant qu'une réclamation internationale puisse être formulée, varient inévitablement d'un État à l'autre. Il n'est donc pas possible de codifier une règle absolue régissant toutes les situations. Le paragraphe 2 vise à définir, en termes généraux, la principale catégorie de recours qui doivent être épuisés<sup>8</sup>. Tout d'abord, il est évident que l'étranger est tenu d'épuiser tous les recours judiciaires disponibles en vertu du droit interne de l'État défendeur. Si le droit interne en question autorise en l'espèce un recours devant la plus haute juridiction, l'intéressé doit former ce recours pour obtenir une décision définitive. À ce propos, les juridictions comprennent à la fois les tribunaux ordinaires et les tribunaux extraordinaires, car «la question essentielle n'est pas de savoir s'il s'agit d'un recours ordinaire ou extraordinaire, mais s'il offre un remède efficace et suffisant»<sup>9</sup>.

Les recours administratifs doivent eux aussi être épuisés. L'étranger lésé n'est toutefois tenu d'épuiser que les recours qui lui sont ouverts de droit et peuvent aboutir à une décision obligatoire, suivant l'adage *ubi jus, ibi remedium*. Il n'est pas tenu de s'adresser à l'exécutif pour que celui-ci lui octroie réparation dans l'exercice de ses pouvoirs discrétionnaires. Les recours

---

<sup>7</sup> Voir l'arrêt de la Chambre de la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Elettronica Sicula* (ELSI), *C.I.J. Recueil 1989*, p.14, p. 46 à 48 (par. 59 à 63). La question de la charge de la preuve a été examinée par le *Rapporteur spécial* dans le troisième rapport sur la protection diplomatique, A/CN.4/523 et Add.1, par. 102 à 118. La Commission a décidé de ne pas retenir de projet d'article sur ce sujet, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-septième session, Supplément n° 10* (A/57/10), par. 240 à 252.

<sup>8</sup> Dans l'affaire *Ambatielos*, le tribunal arbitral avait déclaré que «c'[était] l'ensemble du système de protection *juridique* prévu par le droit interne qui [devait] avoir été mis à l'épreuve», (1956) 12 Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales (R.S.A)*, p. 120. Sur ce sujet, voir aussi C. F. Amerasinghe, *Local Remedies in International Law* (1990).

<sup>9</sup> *B. Schouw Nielsen c. Danemark*, requête n° 343/57 (1958-1959), 2 *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme*, p. 438. Voir aussi l'affaire *Lawless c. Irlande*, requête n° 332/57, *ibid.*, p. 318 à 322.

internes ne comprennent pas les recours gracieux<sup>10</sup>, ni ceux dont «le but est d'obtenir une faveur et non de faire valoir un droit»<sup>11</sup>.

6) Pour fonder convenablement une réclamation internationale au motif que les recours internes ont été épuisés, le plaideur étranger doit formuler, devant les tribunaux nationaux, tous les arguments qu'il entend faire valoir au niveau international. Dans l'affaire de *l'Arbitrage relatif aux navires finlandais*, l'arbitre avait déclaré ceci:

«[t]ous les arguments de fait et de droit qui sont avancés par le Gouvernement demandeur ... doivent avoir été examinés par les tribunaux internes, qui doivent s'être prononcés en ce qui les concerne»<sup>12</sup>.

Le principe a été confirmé par la Cour internationale de Justice dans l'affaire *ELSI*<sup>13</sup>. Il s'ensuit que le plaideur étranger doit produire tous les éléments de preuve dont il dispose à l'appui de sa cause dans le cadre de l'épuisement des recours internes<sup>14</sup> et qu'il ne saurait se servir du recours international offert par la protection diplomatique pour compenser la mauvaise préparation ou la mauvaise présentation de sa demande au niveau national<sup>15</sup>.

#### **Article 9 [11]<sup>1</sup>**

##### **Classement des réclamations**

Les recours internes doivent être épuisés lorsqu'une réclamation internationale, ou une demande de jugement déclaratif liée à la réclamation, repose principalement sur un préjudice causé à un national ou à une autre personne visée à l'article 7 [8]<sup>2</sup>.

---

<sup>10</sup> *Arbitrage relatif aux navires finlandais* (1934), Nations Unies, R.S.A p. 1479.

<sup>11</sup> *De Becker c. Belgique*, requête n° 214/56 (1958-9), 2 *Annuaire de la Convention européenne...*, op. cit. , p. 238.

<sup>12</sup> *Supra* note 10, p. 1502.

<sup>13</sup> *Supra* note 4, p. 45 et 46.

<sup>14</sup> *Ambatielos*, *supra* note 8, p. 120.

<sup>15</sup> D.P. O'Connell, *International Law*, vol. 2, p. 1059.

### Commentaire

1) La règle de l'épuisement des recours internes ne s'applique qu'aux cas dans lesquels l'État demandeur a été lésé «indirectement», c'est-à-dire en la personne de son national<sup>16</sup>. Elle ne joue pas lorsque l'État auteur de la réclamation est directement lésé par le fait illicite d'un autre État, puisqu'il a alors lui-même une raison particulière d'introduire une réclamation internationale. Au surplus, on ne saurait s'attendre à ce qu'un État épuise les recours internes en pareil cas, car ce serait contraire au principe *par in parem non habet imperium, non habet jurisdictionem*.

2) En pratique, il est difficile de déterminer si la réclamation est «directe» ou «indirecte» lorsqu'elle «mélange» des éléments constitutifs de préjudice pour l'État et des éléments constitutifs de préjudice pour ses nationaux. De nombreux différends portés devant les juridictions internationales correspondaient à ce cas de figure. Dans l'affaire dite des *Otages*<sup>17</sup>, il y avait un manquement direct de la part de la République islamique d'Iran à l'obligation dont elle était tenue envers les États-Unis d'Amérique de protéger leurs agents diplomatiques et consulaires, mais il y avait en même temps un dommage causé à la personne de leurs nationaux (agents diplomatiques et consulaires) détenus comme otages; et dans l'affaire de l'*Interhandel*<sup>18</sup>, la Suisse s'était plainte d'avoir été lésée à la fois directement, par la violation d'un traité, et indirectement, par un préjudice causé à une société de droit suisse. Dans l'affaire des *Otages*, la Cour a considéré qu'il y avait eu violation directe du droit international, et dans celle de l'*Interhandel*, elle avait jugé que la lésion alléguée était principalement indirecte et que la Suisse n'avait pas épuisé les recours internes.

3) Dans le cas d'une réclamation «mixte», il incombe au tribunal d'en examiner les différents éléments pour décider si c'est l'élément direct ou l'élément indirect qui est prépondérant. Dans

---

<sup>16</sup> Ceci cadre avec le principe exposé par la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine*, selon lequel «en prenant fait et cause pour l'un des siens, en mettant en mouvement, en sa faveur, l'action diplomatique ou l'action judiciaire internationale, cet État fait, à vrai dire, valoir son droit propre, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants le droit international», *C.P.J.I., 1924, Série A, n° 2*, p. 12.

<sup>17</sup> *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran, C.I.J. Recueil 1980*, p. 3.

<sup>18</sup> *Supra* note 3.

l'affaire *ELSI*, la chambre de la Cour internationale de Justice a rejeté l'argument des États-Unis selon lequel leur demande reposait sur la violation d'un traité et l'épuisement des recours internes n'était donc pas nécessaire, en disant:

«La chambre ne doute pas que la question qui colore et imprègne la demande des États-Unis tout entière est celle du préjudice que Raytheon et Machlett [des sociétés américaines] auraient subi.»<sup>19</sup>.

Très proche de celui de la prépondérance, le critère de la condition *sine qua non*, ou «en l'absence de», pose la question de savoir si la réclamation visant des éléments de préjudice tant direct qu'indirect aurait été introduite sans la demande pour le compte du national lésé. Si la réponse est négative, la réclamation est indirecte et les recours internes doivent être épuisés. Cela dit, il n'y a pas grand-chose qui distingue le critère de la prépondérance du critère «en l'absence de». Si une réclamation repose pour une part prépondérante sur le préjudice causé à un national, cela établit qu'elle n'aurait pas été introduite en l'absence de ce préjudice. Dans ces conditions, la Commission a préféré n'adopter qu'un seul critère – celui de la prépondérance.

4) Les autres «critères» invoqués pour établir si la réclamation est directe ou indirecte ne sont pas tant des critères que des facteurs qu'il faut prendre en considération pour décider si la réclamation penche nettement dans le sens d'une réclamation directe ou d'une réclamation indirecte, ou si elle n'aurait pas été introduite en l'absence du préjudice causé au national. Les principaux facteurs à considérer pour ce faire sont l'objet du différend, la nature de la réclamation et la réparation demandée. Ainsi, lorsque l'objet du litige est un agent diplomatique<sup>20</sup> ou un bien de l'État<sup>21</sup>, la réclamation sera normalement directe, et lorsque l'État cherche à obtenir une indemnité pour le compte de son national, elle sera indirecte.

5) L'article 9 [11] précise bien que les recours internes doivent être épuisés non seulement dans le cas d'une réclamation internationale, mais encore dans celui d'une demande de jugement déclaratif reposant principalement sur un préjudice causé à un national. Bien que l'on puisse considérer que si l'État ne demande pas d'indemnité pour un national lésé, mais une simple

---

<sup>19</sup> *Supra* note 4, p. 43, par. 52. Voir aussi l'affaire de l'*Interhandel*, *supra* note 3, p. 28.

<sup>20</sup> Affaire des *Otages*, *supra* note 17.

<sup>21</sup> Affaire du *Détroit de Corfou*, *C.I.J. Recueil 1949*, p. 4.

décision sur l'interprétation et l'application d'un traité, il n'est pas nécessaire que les recours internes aient été épuisés<sup>22</sup>, il est des cas où un État a été requis d'épuiser les recours internes quand il demandait un arrêt déclaratoire portant sur l'interprétation et l'application d'un traité que l'État défendeur aurait violé dans le cadre ou à l'occasion du traitement réservé par lui à un national de l'État demandeur<sup>23</sup>. L'article 9 [11] dit nettement qu'une demande de jugement déclaratif ne vaut pas en soi exemption de la règle d'épuisement des recours internes. Lorsque la demande de jugement déclaratif est accessoire d'une réclamation invoquant un préjudice causé à un national ou est liée à une telle réclamation – *qu'elle s'accompagne ou non d'une demande d'indemnisation du national lésé ou de restitution en sa faveur* –, il demeure possible à un tribunal de statuer que, au vu de toutes les circonstances de l'espèce, la demande de jugement déclaratif repose principalement sur le préjudice causé au national. Une telle décision serait juste et raisonnable s'il est établi que l'État demandeur a délibérément sollicité un jugement déclaratif pour éviter de se plier à la règle de l'épuisement des recours internes.

### Article 10 [14]<sup>1</sup>

#### Exceptions à la règle de l'épuisement des recours internes

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

- a) Les recours internes n'offrent aucune possibilité raisonnable d'obtenir une mesure de réparation efficace;
- b) L'administration du recours subit un retard abusif attribuable à l'État présumé responsable;
- c) Il n'existe pas de lien pertinent entre la personne lésée et l'État présumé responsable, ou les circonstances de l'espèce font par ailleurs qu'il est déraisonnable de vouloir épuiser les recours internes;
- d) L'État présumé responsable a renoncé à exiger que les recours internes soient épuisés<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> *Air Services Agreement*, (1978) 19 *Nations Unies*, R.S.A, p. 415; *Applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la section 21 de l'accord du 26 juin 1947 relatif au Siège de l'Organisation des Nations Unies*, C.I.J. Recueil 1988, p. 29, par. 41.

<sup>23</sup> Voir *Interhandel*, *supra* note 3, p. 28 et 29, et *ELSI*, *supra* note 4, p. 43.

<sup>24</sup> L'alinéa d sera peut-être réexaminé ultérieurement pour être placé dans une disposition distincte intitulée «Renonciation».

## Commentaire

1) L'article 10 [14] vise les exceptions à la règle de l'épuisement des recours internes. Les alinéas *a* à *c* qui concernent les circonstances faisant qu'il serait injuste ou déraisonnable d'exiger d'un étranger lésé qu'il épuise les recours internes avant de formuler une réclamation, sont des exceptions claires à la règle de l'épuisement des recours internes. L'alinéa *d* vise une situation différente – celle qui se présente lorsque l'État défendeur a renoncé à exiger le respect de cette règle. Comme cette exception n'est pas de même nature que celle qui figure aux alinéas *a* à *c*, il sera peut-être nécessaire, à un stade ultérieur, de prévoir cette situation dans une disposition distincte<sup>25</sup>.

### *Alinéa a*

2) L'alinéa *a* vise l'exception à la règle de l'épuisement des recours internes parfois dite, sans autre précision, de «futilité» ou d'«inefficacité». La Commission a examiné trois variantes pour la formulation d'une règle exposant les circonstances dans lesquelles les recours internes n'ont pas à être épuisés:

- i) Les recours internes sont à l'évidence futiles;
- ii) Les recours internes n'offrent aucune perspective raisonnable de succès;
- iii) Les recours internes n'assurent aucune possibilité raisonnable de réparation efficace.

Ces options ont toutes trois des partisans parmi les autorités.

3) La Commission a examiné le critère de la «futilité manifeste», exposé par l'arbitre Bagge dans l'affaire des *Navires finlandais*<sup>26</sup>, mais elle a décidé qu'il fixait la barre trop haut. À l'inverse, le critère de «l'absence de perspective raisonnable de succès», accepté par la Commission européenne des droits de l'homme dans plusieurs décisions<sup>27</sup>, lui a paru trop

---

<sup>25</sup> Voir la note 24.

<sup>26</sup> *Supra* note 10, p. 1504.

<sup>27</sup> *Retimag c. RFA*, Requête n° 712/60, 4 *Annuaire de la Convention européenne...*, 385, p. 400; *X, Y et Z c. RU*, Requêtes n°s 8022/77, 8027/77, 18 *Commission européenne des droits de*

généreux pour le demandeur. Elle a donc préféré la troisième variante, qui, sans être aussi stricte que la formule «futilité manifeste», n'en impose pas moins une lourde charge au demandeur en l'obligeant à prouver que, dans les circonstances de l'espèce et eu égard au système juridique de l'État défendeur, il n'y a aucune possibilité raisonnable d'obtenir une réparation efficace.

Ce critère trouve son origine dans une opinion individuelle de Sir Hersch Lauterpacht dans l'affaire des *Emprunts norvégiens*<sup>28</sup>, et il a l'appui d'une partie de la doctrine<sup>29</sup>. Et d'ailleurs, il cadre avec les cas où il a été jugé que les recours internes n'ont pas à être épuisés si le tribunal interne est incompetent à l'égard du différend considéré<sup>30</sup>; que les tribunaux ne peuvent pas connaître la législation interne justifiant les actes attaqués par l'étranger<sup>31</sup>, que les tribunaux internes manquent notoirement d'indépendance<sup>32</sup>; qu'une jurisprudence constante et bien établie est défavorable à l'étranger<sup>33</sup>; que les tribunaux internes n'ouvrent pas à l'étranger un recours

---

*l'homme, Décisions et rapports*, p. 66 à 74. Voir aussi le commentaire de l'article 22 du projet d'articles sur la responsabilité des États adopté par la Commission en première lecture, *Annuaire ... 1977*, vol. II (deuxième partie), p. 47, par. 48.

<sup>28</sup> *C.I.J. Recueil 1957*, 9, p. 39.

<sup>29</sup> Voir le troisième rapport sur la protection diplomatique (2002), A/CN.4/523 et Add.1, par. 35.

<sup>30</sup> Affaire du *Chemin de fer Panevesys-Saldutiskis*, *C.P.J.I.*, 1939, Séries A/B, n° 76, p. 4 à 18; *Arbitration under Article 181 of the Treaty of Neuilly*, rapportée dans (1934), 28 *A.J.I.L.*, p. 760 à 789; R. Gelbtrunk et «Salvador Commercial Co.» et al. (1902), 15 *R.S.A.*, p. 467 à 477; *Lotti May Incident* (1899), 15 *R.S.A.*, p. 29 à 31; opinion individuelle du juge Lauterpacht en l'affaire des *Emprunts norvégiens*, *supra* note 28, p. 39 et 40; *Arbitrage relatif aux navires finlandais*; *supra* note 10, p. 1535.

<sup>31</sup> *Arbitrage au titre de l'article 181 du Traité de Neuilly*, *supra* note 30, p. 789. Voir aussi *Forêts du Rhodope central*, (1933) 3 *R.S.A.*, p. 1405; *Ambatielos*, *supra* note 8, p. 119; affaire de *l'Interhandel*, *supra* note 3, p. 28.

<sup>32</sup> Affaire *Robert E. Brown* (1923) 6 *R.S.A.*, p. 120; affaire *Vélasquez Rodríguez* (1989) 28 *I.L.M.*, 291, p. 304 à 309.

<sup>33</sup> Affaire du *Chemin de fer Panevesys-Saldutiskis*, *supra* note 30, p. 18; *S. S. Lisman* (1937), 3 *R.S.A.*, 1769, p. 1773; *S. S. Seguranca* (1939), 3 *R.S.A.* 1861, p. 1868; *Arbitrage relatif aux navires finlandais*, *supra* note 10, p. 1495; *X. c. République fédérale d'Allemagne* (1957), 1 *Annuaire de la Convention européenne...*, p. 138; *X. c. République fédérale d'Allemagne* (1958), 2 *ibid.*; 342, p. 344; *X. c. Autriche* (1960), 3 *ibid.*; 196, p. 202.

approprié et suffisant<sup>34</sup>, ou encore que l'État défendeur n'a pas de système adéquat de protection judiciaire<sup>35</sup>.

4) Le point de savoir si les recours internes offrent ou non une possibilité raisonnable d'obtenir une réparation efficace doit être tranché à la lumière du droit interne et des circonstances existant au moment où ces recours doivent être utilisés. Cette question relève de la juridiction internationale compétente chargée d'examiner l'épuisement des recours internes. La décision sur ce point doit être prise en admettant l'hypothèse que la demande est fondée<sup>36</sup>.

*Alinéa b*

5) La possibilité d'écarter l'obligation d'épuiser les recours internes lorsque l'État défendeur est responsable d'un retard abusif dans l'administration d'un recours interne est confirmée par les essais de codification<sup>37</sup>, les instruments relatifs aux droits de l'homme et la pratique en la matière<sup>38</sup>, les décisions

---

<sup>34</sup> *Arbitrage relatif aux navires finlandais*, *supra* note 10, p. 1496 et 1497; affaire *Vélasquez Rodríguez*, *supra* note 32, p. 304 à 309; *Yagci and Sargin c. Turquie*, Requête n° 16426/90 (1995), *Cour européenne des droits de l'homme, Recueil des arrêts et décisions*, n° 319, 3, p. 17, par. 42; *Hornsby c. Grèce*, Requête n° 18357/91, 1997-II, *ibid.*, n° 33, 495, p. 509, par. 37.

<sup>35</sup> *Mushikiwabo et autres c. Barayagwiza* (1977), I.L.R., 457. p. 460. Sous la dictature militaire au Chili, la Commission interaméricaine des droits de l'homme avait décidé que les irrégularités inhérentes aux actions devant la justice militaire dispensaient d'épuiser les recours internes; résolution 1a/88, affaire 9755, *Ann. Rep I A Com HR 1987/88*.

<sup>36</sup> *Navires finlandais*, *supra* note 10, p. 1504; *Ambatielos*, *supra* note 8, p. 119 et 120.

<sup>37</sup> Voir l'analyse des premières tentatives de codification que *F.V. Garcia Amador* faisait dans son premier rapport, *Annuaire ... 1956*, vol. II, 179, p. 223 à 226; voir aussi l'article 19 2) du projet de Convention de 1960 sur la responsabilité internationale des États à raison des dommages causés aux étrangers, élaboré par l'équipe Harvard Research on International Law, repris dans (1961) 55 *A.I.J.L.*, 545, p. 577.

<sup>38</sup> Pacte international relatif aux droits civils et politiques [art. 41 1) c)]; Convention américaine relative aux droits de l'homme [art. 46 2 c)]; *Weinberger c. Uruguay*, communication 28/1978, Comité des droits de l'homme, *Selected Decisions*, vol. 1, 57, p. 59; *Las Palmeras*, Cour interaméricaine des droits de l'homme, Série C, *Decisions and Judgments*, n° 67, par. 38 (4 février 2000); *Erdogen c. Turquie*, Requête n° 19807/92, 84 A, Commission européenne des droits de l'homme (1996), *Décisions et rapports*, 5 p. 15.

judiciaires<sup>39</sup> et la doctrine. La Commission n'ignore pas qu'il est difficile de donner un contenu ou une signification objectifs à la formule «retard abusif» comme d'essayer de prescrire un délai fixe dans lequel les recours internes doivent être menés à bien. Chaque espèce doit être jugée d'après les faits de la cause. Comme la Commission anglo-mexicaine des réclamations le déclarait dans l'affaire *El Oro Mining*:

«La Commission n'essayera pas de dire avec précision dans quel délai exactement un tribunal est censé rendre un jugement. Cela dépend nécessairement de plusieurs circonstances, au premier rang desquelles le volume de travail qu'implique un examen approfondi de l'affaire, en d'autres termes l'ampleur de cette dernière.»<sup>40</sup>.

6) L'alinéa *b* dit clairement que le retard intervenant dans l'administration du recours est attribuable à l'État présumé responsable d'un préjudice causé à un étranger. La formule «administration du recours» est ici préférée à «recours internes», car elle est destinée à recouvrir la totalité du processus par lequel les recours internes sont exercés et menés à terme et les canaux par lesquels ils passent.

#### *Alinéa c*

7) L'exception à la règle de l'épuisement des recours internes qui figure à l'alinéa *a* de l'article 10 [14], aux termes duquel il n'y a pas lieu d'épuiser les recours internes lorsqu'«[ils] n'offrent aucune possibilité raisonnable d'obtenir une mesure de réparation efficace», ne couvre pas les situations dans lesquelles les recours internes pourraient offrir une possibilité raisonnable de réparation efficace, mais où il serait déraisonnable ou particulièrement pénible pour l'étranger lésé de vouloir les épuiser. Même dans les cas où il existe des recours internes effectifs, il serait déraisonnable et injuste d'exiger d'une personne lésée qu'elle les épuise quand, par exemple, son bien a souffert d'un dommage causé à l'environnement par la pollution, de retombées radioactives ou de la chute d'un objet spatial émanant d'un État où ce bien n'est pas situé;

---

<sup>39</sup> *El Oro Mining and Railway Co.* (1931) 5 R. S. A, p. 91, voir p. 198. *Administration of the Prince of Pless* (1933) C.P.J.I., Série A/B, n° 52, p. 16.

<sup>40</sup> *Supra* note 39, p. 198.

ou dans le cas où elle se trouve à bord d'un aéronef abattu par un État dont l'espace aérien a été violé accidentellement; ou quand l'État défendeur ou quelque autre organe met de sérieux obstacles à son utilisation des recours internes. En pareils cas, on a pu dire que les recours internes n'ont pas à être épuisés en raison de l'absence de lien volontaire ou de lien de rattachement territorial entre la personne physique lésée et l'État défendeur, ou en raison de l'existence d'une exception pour difficultés extraordinaires.

8) Certains auteurs font valoir que dans toutes les affaires où l'on a exigé que les recours internes soient épuisés, il y avait un certain lien entre l'individu lésé et l'État défendeur (présence physique volontaire, résidence, propriété d'un bien ou relation contractuelle avec l'État défendeur, par exemple)<sup>41</sup>. Pour les tenants de cette thèse, la nature de la protection diplomatique et la règle de l'épuisement des recours internes ont beaucoup évolué depuis quelque temps. Si, à ses débuts, la protection diplomatique jouait essentiellement dans les situations où l'étranger résidant dans un État étranger et y exerçant une activité économique était lésé par l'action de cet État et pouvait donc être censé épuiser les recours internes au nom de l'idée que le national qui se rend à l'étranger doit normalement être obligé d'accepter le droit du pays hôte en l'état où il le trouve, y compris les voies de droit ouvertes pour la réparation de préjudices, une personne physique peut de nos jours être lésée par le fait d'un État étranger en dehors de son territoire ou par quelque acte accompli dans son territoire, alors même que la personne en question n'a aucun lien de rattachement avec ce territoire. On en trouve des exemples dans le dommage transfrontière causé à l'environnement (l'explosion, par exemple, de la centrale nucléaire de Tchernobyl, près de Kiev, en Union soviétique, dont les retombées radioactives ont été ressenties jusqu'au Japon et en Scandinavie) et le fait d'abattre un aéronef qui s'était égaré dans l'espace aérien d'un État (comme dans l'affaire de l'incident aérien où la Bulgarie avait abattu un appareil d'El Al qui avait par hasard pénétré dans son espace aérien).

Le fondement de cette règle d'un lien volontaire ou d'un lien de rattachement territorial réside dans le risque que l'étranger assume dans un État étranger. Ce n'est que dans les cas où l'étranger s'est volontairement placé sous la juridiction de l'État défendeur qu'il peut être censé épuiser les recours internes.

---

<sup>41</sup> Voir Amerasinghe, *supra* note 8, p. 138; T. Meron, «The Incidence of the Rule of Exhaustion of Local Remedies» (1959) 35 *B.Y.I.L.*, 83, p. 94.

9) Ni la jurisprudence ni la pratique des États ne fournissent d'indications bien nettes quant à l'existence d'une telle exception à la règle de l'épuisement des recours internes. Si l'on trouve des dicta penchant dans ce sens dans les affaires de l'Interhandel<sup>42</sup> et Salem<sup>43</sup>, il est d'autres affaires<sup>44</sup> où la règle de l'épuisement des recours internes a été jugée applicable malgré l'absence de lien volontaire entre l'étranger lésé et l'État défendeur. Tant dans l'affaire des Emprunts norvégiens<sup>45</sup> que dans celle de l'Incident aérien (Israël c. Bulgarie)<sup>46</sup>, des arguments percutants ont été avancés en faveur de la condition du lien volontaire, mais la Cour internationale ne s'est prononcée sur ce point ni dans l'une ni dans l'autre. Dans celle de la Fonderie de Trail<sup>47</sup>, affaire de pollution transfrontière dans laquelle il n'y avait ni lien volontaire, ni lien de rattachement territorial, le Canada n'avait pas insisté sur l'épuisement des recours internes. Cette affaire et d'autres<sup>48</sup>, dans lesquelles la règle de l'épuisement des recours internes avait été écartée en l'absence de lien volontaire, ont été interprétées comme venant au soutien du principe qui subordonne l'application de cette règle à la condition préalable d'une acceptation volontaire de juridiction. Or, le fait que l'on n'ait pas entendu faire jouer la règle de l'épuisement des recours internes dans ces affaires peut s'expliquer autrement: l'affaire de la Fonderie de Trail peut être regardée comme un cas de préjudice direct où les recours internes n'ont pas à être épuisés, ou un cas où le compromis d'arbitrage ne l'exigeait pas.

---

<sup>42</sup> La Cour internationale de Justice y disait ceci: «... il a été considéré en pareil cas nécessaire que *l'État où la lésion a été commise* puisse y remédier par ses propres moyens», *supra* note 3, p. 27. Pas de passage en italique dans l'original.

<sup>43</sup> Dans cette affaire, un tribunal arbitral avait déclaré: «En règle générale, un étranger doit reconnaître qu'il est lui-même justiciable des voies de droit instituées par le pays où il a bel et bien choisi de résider» (1932) 2 *R.S.A.*, 1165, p. 1202.

<sup>44</sup> *Navires finlandais*, *supra* note 10; *Ambatielos*, *supra* note 8.

<sup>45</sup> Plaidoiries de la France, C.I.J. Mémoires 1957, vol. I, p. 408.

<sup>46</sup> Plaidoiries d'Israël, C.I.J. Mémoires 1959, p. 531 et 532.

<sup>47</sup> (1935) 3 *R.S.A.*, p. 1905.

<sup>48</sup> L'affaire *Virginus*, rapportée dans J.B. Moore, *A Digest of International Law* (1906), vol. II, 895, p. 903; l'affaire *Jessie*, rapportée dans (1922) 16 *A.J.I.L.*, p. 114 à 116.

10) Il ressort de la pratique récente des États que dans le cas où un aéronef étranger a été abattu par accident, l'État responsable n'exigera pas des familles des victimes qu'elles épuisent les recours internes avant de pouvoir introduire des réclamations contre lui. La Chine ne l'avait pas exigé avant de verser une indemnité aux victimes qu'elle avait faites en abattant en 1960 un appareil de la compagnie British Cathay Airlines<sup>49</sup>. Pas plus que les États-Unis ne l'ont fait lorsqu'ils ont offert des sommes d'argent aux ressortissants iraniens après que des missiles américains eurent abattu un avion commercial iranien au-dessus de l'Iran<sup>50</sup>. L'Inde n'a pas davantage soulevé le non-épuisement des recours internes comme exception préliminaire à une demande en réparation formée par le Pakistan à la suite de la destruction par l'Inde d'un aéronef pakistanais<sup>51</sup>. Il en va de même, semble-t-il, dans le cas des dommages transfrontières causés à l'environnement. Ainsi, le Canada a renoncé à exiger que les recours internes soient épuisés lorsqu'il a accepté d'indemniser les citoyens des États-Unis qui avaient subi une perte du fait de la construction du barrage de Gut<sup>52</sup>. L'article XI 1) de la Convention de 1972 sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux va également dans ce sens: «La présentation d'une demande en réparation à l'État de lancement en vertu de la présente Convention n'exige pas l'épuisement préalable des recours internes qui seraient ouverts à l'État demandeur ou aux personnes physiques ou morales dont il représente les intérêts.»<sup>53</sup>.

11) Tout en considérant qu'il est nécessaire de prévoir expressément cette exception à la règle des recours internes, la Commission a préféré ne pas employer le terme «lien volontaire» pour la définir, car il souligne l'intention subjective de la personne lésée plutôt que l'absence de lien objectivement déterminable entre cette personne et l'État d'accueil. Au surplus, il serait difficile

---

<sup>49</sup> Cet incident est décrit dans C.H.P. Law, *The Local Remedies Rule in International Law* (1961), p. 104.

<sup>50</sup> Voir *Incident aérien du 3 juillet 1988 (Iran c. États-Unis d'Amérique)*, C.I.J. Mémoires, exceptions préliminaires soulevées par les États-Unis d'Amérique, première partie, chap. III, sect. I, p. 44 à 48.

<sup>51</sup> *Incident aérien du 10 août 1999 (Pakistan c. Inde)*, *Compétence de la Cour* (2000) 39 *I.L.M.*, p. 1116.

<sup>52</sup> Voir le compromis d'arbitrage États-Unis-Canada sur le lac Ontario (barrage de Gut) (1965), 4 *I.L.M.*, p. 468.

<sup>53</sup> Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 961, 187, p. 191 et 192.

en pratique de prouver l'existence d'un tel critère subjectif. D'où la décision de la Commission d'exiger l'existence d'un «lien pertinent» entre l'étranger lésé et l'État d'accueil. Ce lien doit être «pertinent» en ce sens qu'il doit se rattacher d'une manière ou d'une autre au préjudice subi. Le tribunal sera tenu d'examiner non seulement la question de savoir si la personne lésée était présente, résidait ou exerçait une activité économique sur le territoire du pays d'accueil, mais encore si, en l'occurrence, elle avait, par son comportement, assumé le risque d'être soumise à la justice de l'État d'accueil dans le cas où elle subirait un préjudice. Le mot «pertinent», a-t-il été décidé, était celui qui permettrait le mieux au tribunal d'examiner les éléments essentiels régissant la relation entre l'étranger lésé et l'État d'accueil dans le contexte du préjudice considéré en vue de déterminer si l'étranger lésé avait assumé ce risque.

12) La seconde partie de l'alinéa *c* est destinée à donner à un tribunal le pouvoir d'écarter la nécessité d'épuiser les recours internes lorsque, vu toutes les circonstances de l'espèce, il serait déraisonnable de s'attendre à ce que cette règle soit respectée. Pour en décider, il faudra évidemment examiner chaque espèce dans ses particularités, et il serait malavisé d'essayer de donner une liste exhaustive des facteurs qui pourraient justifier cette exception. On indiquera cependant que celle-ci pourrait être invoquée lorsqu'un État empêche un étranger lésé d'avoir matériellement accès à ses tribunaux, par exemple en lui refusant l'entrée de son territoire ou en l'exposant à des dangers tels qu'il ne serait pas en sécurité s'il cherchait à y pénétrer; ou dans les cas où des actes d'associations de malfaiteurs dans l'État d'accueil y empêcheraient l'introduction d'instances devant les tribunaux internes; ou encore, si l'épuisement des recours internes est d'un coût prohibitif.

#### *Alinéa d*

13) Il peut arriver qu'un État soit prêt à renoncer à exiger l'épuisement des recours internes. Comme la règle a pour but de protéger les intérêts de l'État mis en cause par un étranger, cet État peut lui-même renoncer à cette protection. La Cour interaméricaine des droits de l'homme a ainsi dit:

«Dans les affaires de ce type, conformément aux principes généralement reconnus du droit international et à la pratique internationale, la règle qui exige l'épuisement préalable des recours internes est établie au bénéfice de l'État, qu'elle dispense ainsi d'avoir à

répondre devant un organe international des faits à lui imputés avant qu'il ait eu la possibilité d'y remédier par les voies internes. Cette exigence est donc considérée comme un moyen de défense pour l'État qui peut, par conséquent, y renoncer, ne serait-ce que tacitement.»<sup>54</sup>.

14) La renonciation à cette exigence de l'épuisement de recours internes peut revêtir bien des formes différentes. Elle peut figurer dans une convention bilatérale ou multilatérale conclue avant ou après la naissance du différend, ou dans un contrat entre l'étranger et l'État défendeur; elle peut être expresse ou implicite, ou encore être déduite du comportement de l'État défendeur dans des circonstances où l'on peut parler d'estoppel ou de déchéance du droit d'exiger l'épuisement des recours internes.

15) Une clause expresse de renonciation peut être insérée dans un compromis d'arbitrage spécialement conclu pour régler un différend déjà né ou dans un traité général prévoyant que les différends à naître dans l'avenir devront être réglés par voie d'arbitrage ou une autre forme de règlement international des différends. Elle pourra aussi figurer dans un contrat passé entre un État et un étranger. De l'avis général, une renonciation expresse est toujours valide.

La renonciation est désormais courante dans la pratique des États, et de nombreuses conventions d'arbitrage contiennent des clauses de renonciation. Le meilleur exemple en est sans doute l'article 26 de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements, qui est ainsi conçu:

«Le consentement des parties à l'arbitrage dans le cadre de la présente convention est, sauf stipulation contraire, considéré comme impliquant la renonciation à l'exercice de tout autre recours. Comme condition à son consentement à l'arbitrage dans le cadre de la présente convention, un État contractant peut exiger que les recours administratifs ou judiciaires internes soient épuisés.»<sup>55</sup>.

---

<sup>54</sup> Affaire du *Gouvernement costaricien*, Cour interaméricaine des droits de l'homme (1984), 67 *I.L.R.*, 578, p. 587, par. 26. Voir aussi l'affaire *ELSI*, *supra* note 7, p. 42, par. 50; et les affaires *De Wilde, Ooms et Versyp* («Affaires vagabondage»), Cour européenne des droits de l'homme (1971), 56 *I.L.R.*, 37, p. 370, par. 55.

<sup>55</sup> Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 575, p. 159.

Il est généralement admis que les renonciations expresse, qu'elles figurent dans un accord entre des États ou dans un contrat entre un État et un étranger, sont irrévocables, même si le contrat est régi par le droit de l'État d'accueil<sup>56</sup>.

16) Il faut se garder d'admettre d'emblée qu'il y a implicitement renonciation à l'épuisement des recours internes. Dans l'affaire *ELSI*, une chambre de la Cour internationale de Justice a dit à ce propos qu'elle «ne saurait accepter qu'on considère qu'un principe important du droit international coutumier a été tacitement écarté sans que l'intention de l'écarté soit verbalement précisée.»<sup>57</sup>.

17) En revanche, lorsque l'intention des parties de renoncer à cette règle ne fait pas de doute, cette intention doit être respectée. Tant les décisions judiciaires<sup>58</sup> que la doctrine confirment cette conclusion. Il n'est pas possible de poser de règle générale qui dise quand on peut admettre qu'il y a intention tacite de renoncer à l'épuisement des recours internes. Il faut le déterminer en chaque cas à la lumière des termes de l'instrument considéré et des circonstances dans lesquelles il a été adopté. Lorsque l'État défendeur a accepté de soumettre à l'arbitrage ses différends éventuels avec l'État demandeur, on peut considérer qu'un tel accord «n'implique pas la renonciation au droit d'exiger l'épuisement des recours internes lorsqu'une des parties contractantes endosse la réclamation de son national.»<sup>59</sup>. L'existence en pareil cas d'une forte présomption à l'encontre de la renonciation implicite ou tacite a été confirmée par la Chambre de la Cour internationale de Justice qui a connu de l'affaire *ELSI*<sup>60</sup>. Il est sans doute plus facile d'admettre une renonciation implicite dans le cas d'un compromis d'arbitrage conclu après la

---

<sup>56</sup> Affaire du *Gouvernement costaricien*, *supra* note 54, *ibid.*; affaires *De Wilde, Ooms et Versyp*, *supra* note 54, *ibid.*

<sup>57</sup> *Supra* note 7, p. 42, par. 50.

<sup>58</sup> Voir, par exemple, *Steiner and Gross v. Polish State* (1927-28) 4 *Annual Digest of Public International Law Cases*, p. 472; *American International Group Inc. c. Iran*, Sentence n° 93-2-3 (1983) 4 *Iran-US CTR*, p. 96.

<sup>59</sup> F. A. Mann, «State contracts and international arbitration» (1967), 42 *B.Y.I.L.* 1, p. 32.

<sup>60</sup> *Supra* note 7. Dans l'affaire du *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, la Cour permanente de justice internationale avait jugé que l'acceptation de la clause facultative de l'article 36, par. 2, du Statut de la Cour ne valait pas renonciation implicite à la règle de l'épuisement des recours internes: 1939, P.C.J.I., Série A/B, n° 76, p. 4.

naissance du différend en question. En pareil cas, on peut soutenir que la renonciation peut être considérée comme implicite si l'État défendeur a conclu avec l'État demandeur une convention d'arbitrage couvrant les différends relatifs au traitement des nationaux postérieurement au préjudice causé au national qui est l'objet du litige, dès lors que cette convention est muette sur le point de savoir si la règle de l'épuisement des recours internes est maintenue ou non.

18) Bien que l'idée que la conduite suivie par l'État défendeur dans une procédure internationale puisse faire que cet État se trouve empêché d'exiger l'épuisement des recours internes bénéficie d'un certain soutien<sup>61</sup>, la Commission a préféré ne pas mentionner l'estoppel dans sa formulation de la règle régissant la renonciation, en raison de l'incertitude qui entoure la doctrine dite de l'estoppel en droit international. La Commission a jugé plus sage de laisser la possibilité de considérer comme une renonciation implicite le comportement dont on pourrait déduire une renonciation à l'exigence de l'épuisement des recours internes.

-----

---

<sup>61</sup> Voir l'affaire *ELSI*, *supra* note 7, p. 44, par. 54; *United States-United Kingdom Arbitration concerning Heathrow Airport User Charges* (tribunal arbitral) (1966) 102 *I.L.R.*, p. 216, par. 6.33; *Foti et autres* (1982) 71 *I.L.R.* 360, p. 380, par. 46.