Document:-

A/CN.4/SR.2776

Compte rendu analytique de la 2776e séance

sujet:

<plusiers des sujets>

Extrait de l'Annuaire de la Commission du droit international:-

2003, vol. I

Telechargé du site Internet de la Commission du Droit International
(http://www.un.org/law/ilc/index.htm)

Copyright © Nations Unies

2776e SÉANCE

Mercredi 16 juillet 2003, à 10 heures

Président: M. Enrique CANDIOTI

Présents: M. Addo, M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Chee, M. Daoudi, M. Dugard, M. Economides, Mme Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kabatsi, M. Kamto, M. Kateka, M. Kemicha, M. Kolodkin, M. Koskenniemi, M. Mansfield, M. Matheson, M. Melescanu, M. Momtaz, M. Niehaus, M. Pambou-Tchivounda, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Sepúlveda, Mme Xue, M. Yamada.

Responsabilité des organisations internationales *(fin*)* [A/CN.4/529, sect. E, A/CN.4/532[1], A/CN.4/L.632]

[Point 7 de l'ordre du jour]

RAPPORT DU COMITÉ DE RÉDACTION

1. M. KATEKA (Président du Comité de rédaction), présentant le rapport du Comité de rédaction sur la responsabilité des organisations internationales (A/CN.4/L.632), rappelle que le Rapporteur spécial a proposé dans son premier rapport trois articles qui ont tous été renvoyés au Comité de rédaction. Celui-ci les a examinés et a proposé trois textes, ce qui augure bien du déroulement des travaux de la Commission en la matière. Les projets d'articles 1 à 3 proposés par le Comité se lisent comme suit:

«*Article premier. – Champ d'application du présent projet d'articles*

«1. Le présent projet d'articles s'applique à la responsabilité internationale d'une organisation internationale pour un fait qui est illicite en vertu du droit international.

«2. Le présent projet d'articles s'applique aussi à la responsabilité internationale de l'État pour le fait internationalement illicite d'une organisation internationale.

«*Article 2. – Définition*

«Aux fins du présent projet d'articles, on entend par «organisation internationale» toute organisation instituée par un traité ou un autre instrument régi par le droit international et dotée d'une personnalité juridique internationale propre. Outre des États, une organisation internationale peut comprendre parmi ses membres des entités autres que des États.

«*Article 3. – Principes généraux*

«1. Tout fait internationalement illicite d'une organisation internationale engage sa responsabilité internationale.

«2. Il y a fait internationalement illicite d'une organisation internationale lorsqu'un comportement consistant en une action ou une omission:

«*a*) Est attribuable à l'organisation internationale en vertu du droit international; et

«*b*) Constitue une violation d'une obligation internationale de cette organisation internationale.»

2. Ce sujet constitue en fait un prolongement du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite adopté par la Commission à sa cinquante-troisième session[2]. Ceci ne signifie pas que la Commission devait simplement se contenter de copier les articles sur la responsabilité de l'État, mais plutôt qu'elle suivrait la tendance générale qui s'était dégagée sur cette question. Cela étant, lorsqu'un article du présent sujet exprime le même principe juridique qu'un article sur la responsabilité de l'État, le libellé serait le même afin d'éviter toute confusion et ambiguïté.

3. Le projet d'article premier, qui traite du champ d'application du projet d'articles, se compose de deux phrases, que le Comité de rédaction a préféré séparer en deux paragraphes différents.

4. Le paragraphe 1 correspond à la première phrase de l'article premier proposé par le Rapporteur spécial, et découle de l'article 57 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. Il indique que la question traitée est celle de la responsabilité internationale d'une organisation internationale pour un fait qui est illicite en vertu du droit international. Le Comité de rédaction a conservé le texte proposé par le Rapporteur spécial, en lui apportant deux changements. Tout d'abord, il a supprimé le mot «question» qui lui semblait superflu. Le nouveau texte se lit donc comme suit «[…] s'applique à la responsabilité internationale […]», et non plus «[…] s'applique à la question de la responsabilité internationale». D'autre part, la dernière partie du paragraphe est désormais rédigée au singulier et non plus au pluriel. Il s'agit d'une modification purement stylistique, conforme aux précédents travaux de codification de la Commission. Cette dernière partie se lit donc comme suit: «pour un fait qui est illicite», et non plus «pour des faits qui sont illicites». Il avait été proposé d'autre part de dire «pour un fait internationalement illicite de celle-ci». Le Comité de rédaction n'a pas suivi cette proposition, car on aurait pu soutenir que cette formulation ne couvrait pas les cas dans lesquels une organisation internationale était responsable pour les faits illicites de ses membres dans des circonstances similaires à celles qui sont envisagées au chapitre IV de la première partie du projet d'articles sur la responsabilité de l'État. Ainsi, par souci de clarté et afin d'éviter toute ambiguïté, le Comité de rédaction a décidé de conserver le libellé proposé par le Rapporteur spécial.

5. Il avait également été proposé en plénière de traiter de l'attribution dans l'article premier. Le Comité de rédaction, après avoir attentivement examiné la question, a décidé qu'il n'était pas prudent de traiter de cette question à ce stade, car il ne fallait pas limiter le champ

* Reprise des débats de la 2763e séance.

[1] Reproduit dans *Annuaire... 2003*, vol. II (1re partie).

[2] Voir 2751e séance, note 3.

d'application. Par exemple, on ne sait pas encore si le projet d'articles devait exclure des situations où une organisation assume certaines obligations qui doivent être exécutées par un de ses membres, puis le membre en question ne s'en acquitte pas. Dans une telle situation, le fait illicite peut, en principe, être attribuable à l'État, mais la Commission décidera peut-être que, dans certaines circonstances, ce serait à l'organisation d'en assumer la responsabilité. Le paragraphe 1 est donc rédigé en termes généraux. Il ne donne aucune indication sur les faits pour lesquels la responsabilité d'une organisation peut être engagée ou sur les circonstances dans lesquelles un État peut être responsable d'un acte de l'organisation. Il sera expliqué, dans le commentaire, que cet article indique simplement de quel type de questions traitent les articles, sans fournir de solution à l'avance. Le paragraphe 1 est rédigé de manière à couvrir également la responsabilité d'une organisation internationale qui est membre d'une autre organisation internationale.

6. Le paragraphe 2 correspond à la seconde phrase de l'article premier proposé par le Rapporteur spécial, et traite de la responsabilité de l'État pour le fait internationalement illicite d'une organisation internationale. Il complète le premier paragraphe et comble une lacune. Le Comité de rédaction en a modifié quelque peu la rédaction. Par souci de cohérence avec le paragraphe 1, le terme «question» a été supprimé et les mots «le comportement d'une organisation internationale» remplacés par «le fait internationalement illicite d'une organisation internationale». Il s'agit d'indiquer clairement que l'on parle de la responsabilité éventuelle d'un État pour le fait illicite d'une organisation internationale.

7. Il convient également d'observer que le paragraphe ne fait pas référence à la responsabilité de l'«État membre» d'une organisation, mais simplement à la responsabilité de l'«État». Il s'agit d'un choix délibéré, pour couvrir également les situations visées par les articles du chapitre IV de la première partie du projet sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, celles où un État, même s'il n'est peut-être pas membre d'une organisation, peut, par exemple, aider ou contraindre celle-ci à commettre un fait illicite ou lui donner des directives à cette fin.

8. Passant à l'article 2 (Définition), qui définit pour l'instant uniquement l'expression «organisation internationale», M. Kateka rappelle qu'il a fait l'objet d'un long débat en plénière avant d'être renvoyé à un groupe de travail à composition non limitée qui a établi un texte que la plénière a ensuite renvoyé au Comité de rédaction. C'est sur la base de ce texte que le Comité a travaillé.

9. Au cours du débat en plénière, on a fait observer que des organisations très variées, menant des activités dans le monde entier, peuvent se considérer comme «internationales». Elles ont des membres différents pouvant aller des États à des entités non étatiques. Il serait difficile de couvrir toutes ces organisations. Il faudrait donc indiquer clairement quel type d'«organisations internationales» seront visées par le projet, ce qui ne veut pas dire que les principes et les règles qui seront finalement dégagés, ou du moins certains d'entre eux, ne s'appliqueraient pas à d'autres organisations. Ce point devra être expliqué dans le commentaire. Certains membres ont estimé que la définition de l'organisation internationale, telle que proposée par le Rapporteur spécial, était plutôt abstraite. Ils ont demandé des explications quant aux types d'organisations internationales qui existent actuellement afin de se faire une idée plus claire de ce qu'il faudrait mettre dans la définition. Toutefois, d'autres membres étaient d'avis que la définition devait se fonder sur quelques caractéristiques générales et vérifiables. Le texte issu des travaux du Groupe de travail à composition non limitée a été établi sur cette base. L'article recense les trois critères auxquels doit répondre une organisation internationale pour entrer dans le champ d'application du sujet: tout d'abord, le mode de création; deuxièmement, la personnalité juridique; troisièmement, la composition. Le Comité de rédaction n'a apporté que quelques modifications au texte présenté par le Groupe de travail.

10. Le texte actuel comprend deux phrases. La première concerne les deux premiers éléments de la définition, à savoir le mode de création et la personnalité juridique de l'organisation, et la seconde traite des membres qui la composent. S'agissant du mode de création, une «organisation internationale» entrant dans le champ d'application du projet doit être créée par un «traité» ou par un «autre instrument» régi par le droit international. Au sein du Comité de rédaction, l'avis général était qu'une organisation internationale visée par ces articles devait être créée par un acte de droit international, exprimant clairement le consentement des parties. Le terme «traité» est défini, de manière générale, à l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article 2 de la Convention de Vienne de 1969. La même définition figure à l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article 2 de la Convention de Vienne de 1986. Cette définition s'applique également au terme «instrument». L'utilisation des deux termes dans la définition proposée à l'article 2 est utile pour couvrir les déclarations, résolutions, pactes, lois, etc. Après avoir envisagé d'autres termes tels que «accords», «formes d'expression du consentement», «actes de droit international», ou encore «autres moyens», le Comité de rédaction a finalement retenu le terme «instrument» comme étant le plus approprié au sujet. L'article 2 prévoit également que ces traités ou instruments doivent être «régis par le droit international». L'expression figure aussi à l'article 2 (par. 1, al. *a*), des Conventions de Vienne de 1969, 1978 et 1986. Il s'agit d'établir une distinction entre les traités et instruments qui sont régis par le droit international, et d'autres instruments qui sont régis par le droit national.

11. Le deuxième critère est qu'une telle organisation internationale devrait être dotée d'une «personnalité juridique propre». La définition proposée par le Groupe de travail comportait le membre de phrase suivant placé entre crochets: «distincte de celle de ses membres». Le Comité de rédaction, suivant en cela l'avis général formulé en plénière, l'a jugé superflu, dans la mesure où cette condition était déjà implicitement contenue dans la notion de personnalité juridique indépendante, et il l'a donc supprimé.

12. Le troisième critère est que l'organisation comprenne nécessairement des «États» parmi ses membres. En effet, il existe des organisations internationales qui ont aussi comme membres d'autres organisations internationales,

des territoires et des organisations non gouvernementales. La présence d'États parmi les membres est indispensable pour limiter le champ d'application et exclure ainsi de la définition les organisations non gouvernementales. L'expression «des entités autres que des États» à la fin de la phrase désigne précisément les organisations internationales, les territoires et les organisations non gouvernementales qui peuvent être membres d'une organisation internationale. Il n'est pas fait expressément mention des organisations internationales qui sont composées uniquement d'organisations internationales. Pour le Comité de rédaction, de telles organisations internationales sont rares. Il a toutefois admis que, en principe, il n'y a pas de raison pour que ces articles ne s'appliquent pas également à de telles organisations internationales.

13. Quant à l'article 3 (Principes généraux), il reproduit les articles 1 et 2 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, le terme «État» étant remplacé par «organisation internationale». L'article proposé par le Rapporteur spécial a bénéficié d'un appui considérable en plénière. Le Comité de rédaction l'a donc conservé, en remplaçant uniquement les mots «est attribué», à l'alinéa *a*, par «est attribuable», par souci de cohérence avec le texte de l'article 2 du projet sur la responsabilité de l'État.

14. On a fait observer en plénière que le principe général énoncé à l'article 3 est incomplet. Cet article ne couvre que la responsabilité d'une organisation internationale pour un fait internationalement illicite. Il ne couvre pas le cas de la responsabilité de l'État pour le fait illicite d'une organisation internationale, question traitée au paragraphe 2 de l'article premier. Le Comité de rédaction a souscrit à ce point de vue, tout en faisant valoir qu'au stade actuel la Commission n'est pas encore en mesure d'énoncer un principe sur la responsabilité de l'État pour le fait illicite d'une organisation internationale. Alors que l'article premier sur le champ d'application du projet d'articles doit clairement énoncer les questions entrant dans le cadre du sujet, l'article sur les principes généraux n'a pas à être exhaustif pour l'instant. Lorsque les travaux sur ce sujet auront suffisamment progressé, et que l'on comprendra mieux comment et dans quelles circonstances la responsabilité d'un État peut être engagée pour le fait illicite d'une organisation internationale, la Commission pourra alors décider s'il convient aussi d'énoncer des principes généraux sur ce point. Il serait en effet prématuré de formuler un principe juridique avant d'avoir mieux compris les circonstances dans lesquelles une telle responsabilité peut être engagée, ainsi que les exceptions éventuelles. Il est clair toutefois qu'à un moment ou à un autre, la Commission devra examiner cette question. Le Comité de rédaction a pris note d'une proposition à ce sujet qui a été formulée en plénière (2755e séance), et qui se lit comme suit:

> «Le fait internationalement illicite d'une organisation internationale peut également engager la responsabilité internationale d'un État si:
>
> *«a*) L'État a contribué au fait illicite de l'organisation internationale;
>
> *«b*) L'organisation internationale a agi en tant qu'organe de l'État».

15. Le Comité de rédaction a également examiné la question soulevée en plénière, de l'absence dans le présent article d'une disposition équivalente à l'article 3 du projet sur la responsabilité de l'État, qui prévoit que la qualification du fait d'un État comme internationalement illicite relève du droit international, et n'est pas affectée par la qualification du même fait comme licite par le droit interne. Il a estimé que cette disposition ne s'appliquait pas dans le cas des organisations internationales, et que ce point serait expliqué dans le commentaire.

16. Le PRÉSIDENT dit que, s'il n'y a pas d'objection, il considérera que la Commission adopte le projet d'article premier.

Il en est ainsi décidé.

17. M. MELESCANU s'aperçoit, dès ces trois premiers articles, que la question de la responsabilité des organisations internationales, malgré ses analogies avec celle de la responsabilité des États, possède ses caractéristiques propres. Il fait partie des membres qui auraient souhaité que la définition des organisations internationales soit plus large. En effet, il est difficile selon lui de la cantonner dans des limites très strictes, même s'il comprend la nécessité pratique d'en limiter le champ d'application à partir de critères objectifs. N'ayant pas constaté d'opposition de principe à l'idée que le projet d'articles pouvait aussi couvrir la responsabilité d'autres organisations internationales, M. Melescanu propose d'y inclure une clause du type «sans préjudice», qui permettrait d'indiquer que ses dispositions pourraient s'appliquer également à d'autres organisations internationales non couvertes par la définition étroite qui a été établie.

18. En ce qui concerne l'article 3 et le problème de la responsabilité des États pour les actes des organisations internationales, M. Melescanu estime que la meilleure solution consisterait à examiner cette question dans le cadre du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. En effet, en la développant trop, la Commission court le risque d'aboutir à une impasse.

19. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA aurait une réserve à émettre au sujet du projet d'article 2. En effet, il a quelque difficulté à comprendre la présentation linéaire de cet article, lequel énonce, selon lui, deux choses distinctes. La première phrase correspond bien à l'intitulé du projet, mais la seconde porte sur la composition de l'organisation internationale. Il serait donc plus judicieux d'intituler l'article 2 «Définition et composition».

20. M. KAMTO partage l'avis exprimé par M. Pambou-Tchivounda. En effet, l'article 2 tel qu'il est présenté additionne deux éléments qui doivent être présentés séparément. Par ailleurs, M. Kamto pense que l'emploi dans cet article de l'expression «un traité ou un autre instrument régi par le droit international» risque de prêter à confusion. Il avoue avoir du mal à voir à quoi la Commission fait référence. En effet, selon lui, la définition du traité qui est donnée dans les Conventions de Vienne de 1969 et de 1978 couvre pratiquement toute la palette des instruments juridiques internationaux qui expriment la volonté des États à être liés. Toutes les autres hypothèses proposées en plénière sont couvertes par cette

définition. La Commission pourrait peut-être préciser ce qu'elle entend par «un autre» instrument régi par le droit international, de façon à mieux faire comprendre sa préoccupation.

21. M. GAJA (Rapporteur spécial) considère que la Commission sera confrontée à une tâche sans fin si elle doit revenir sur des points qui ont déjà été débattus en plénière, puis au sein du Groupe de travail, et enfin par le Comité de rédaction.

22. S'agissant de l'observation de M. Melescanu relative aux organisations internationales qui ne sont pas couvertes par la définition proposée à l'article 2, M. Gaja estime qu'il n'est pas nécessaire que la question soit abordée au stade actuel, et qu'il sera possible d'y revenir ultérieurement.

23. En ce qui concerne la proposition de M. Pambou-Tchivounda visant à séparer l'article 2 en deux paragraphes distincts, M. Gaja n'y est pas fondamentalement opposé, mais il aurait fallu à son avis qu'elle soit formulée plus tôt pour que le Comité de rédaction puisse envisager cette possibilité.

24. En revanche, M. Gaja ne partage pas l'avis exprimé par M. Kamto concernant l'emploi de l'expression «un autre instrument». Cette question a été discutée de manière approfondie en plénière, et le Comité de rédaction a proposé que l'on donne dans le commentaire des exemples d'organisations qui ne sont pas créées par traité. Il est vrai, selon lui, que dans certains cas il peut y avoir des traités implicites, ce qui sera évoqué dans le commentaire. M. Gaja demande aux membres de la Commission de ne pas rouvrir le débat sur le fond de la question.

25. M. PAMPOU-TCHIVOUNDA se défend de vouloir rouvrir un débat de fond, mais souligne qu'à l'évidence les deux phrases consécutives traitent de deux questions distinctes.

26. Le PRÉSIDENT suggère d'introduire un lien logique entre les deux phrases, par exemple une formule telle que «de telles organisations peuvent comprendre parmi leurs membres […]» afin de clarifier les choses.

27. M. Sreenivasa RAO exprime sa reconnaissance au Président du Comité de rédaction pour l'excellent travail accompli. Le texte proposé lui semble bien équilibré et suffisamment clair. Bien entendu, on peut toujours rechercher la perfection, mais la Commission a grandement progressé par rapport au point de départ.

28. M. GALICKI appuie l'article 2 proposé par le Comité de rédaction qui, selon lui, est soigneusement équilibré et, plus important encore, reflète parfaitement ce qui a été dit au cours du débat. Des propositions ont été faites pour améliorer la définition de l'organisation internationale. Pour M. Galicki, cette définition comprend deux éléments très importants: premièrement, les traités ne peuvent être seuls considérés comme base d'établissement d'une organisation internationale; deuxièmement, les membres des organisations internationales ne sont pas exclusivement des États. Ces deux ajouts sont justifiés et se fondent sur la pratique des organisations internationales. Bien entendu, on pourrait multiplier les critères, ajouter des facteurs parfois artificiels, mais ce sont ces deux facteurs qui, selon M. Galicki, sont les plus importants car ils donnent une idée claire de ce à quoi songe la Commission lorsqu'elle parle d'organisation internationale.

29. M. KAMTO dit qu'il ne désire pas non plus rouvrir un débat de fond mais que, chaque fois que l'on peut apporter une idée pouvant être prise en compte à un moment ou à un autre pour mieux éclairer le travail de la Commission, il n'y a pas de raison de se priver de le faire. Son propos visait seulement à appeler l'attention sur le fait que lorsqu'on arrivera au stade du commentaire des articles, il faudra prendre soin d'éclairer les utilisateurs sur ce que veut dire la Commission. Pour le reste, il continue d'apprécier les résultats obtenus tant par le Comité de rédaction que par le Groupe de travail.

30. M. KATEKA (Président du Comité de rédaction) espère que la Commission adoptera le texte des projets d'article examinés en l'état, sans changement aucun. C'est un texte équilibré et tout ajout, même celui proposé par le Président, risque d'être source de distorsions. On pourra toujours, lors de la prochaine lecture, examiner la façon de tourner les choses autrement. Dans l'immédiat, il adresse un appel aux membres de la Commission pour qu'ils adoptent l'article 2 tel que rédigé.

31. Le PRÉSIDENT dit que, s'il n'y a pas d'objection, il considérera que la Commission adopte le projet d'article 2 relatif à la définition, tel que proposé par le Comité de rédaction et compte tenu de tous les commentaires et observations formulés au cours de la séance, qui seront consignés dans le compte rendu analytique pertinent.

Il en est ainsi décidé.

32. Le PRÉSIDENT dit que, s'il n'y a pas d'objection, il considérera que la Commission adopte le projet d'article 3 relatif aux principes généraux, tel que proposé par le Comité de rédaction.

Il en est ainsi décidé.

33. Le PRÉSIDENT dit que, s'il n'y a pas d'objection, il considérera que la Commission adopte dans sa totalité le rapport du Comité de rédaction relatif à la responsabilité des organisations internationales.

Il en est ainsi décidé.

Protection diplomatique[3] *(suite)* [A/CN.4/529, sect. A, A/CN.4/530 et Add.1[4], A/CN.4/L.631]

[Point 3 de l'ordre du jour]

Quatrième rapport du Rapporteur spécial *(suite)*

34. M. KAMTO félicite le Rapporteur spécial des projets d'article qu'il soumet à la Commission dans son

[3] Pour le texte des articles 1 à 7 du projet d'articles sur la protection diplomatique et des commentaires y relatifs adoptés à titre provisoire par la Commission à sa cinquante-quatrième session, voir *Annuaire… 2002*, vol. II (2e partie), chap. V, sect. C, p. 70 et suiv.

[4] Voir *supra* la note 1.

quatrième rapport (A/CN.4/530 et Add.1), et qui lui paraissent tout à fait utiles et bien conçus. Il semble toutefois que la *lex specialis* telle qu'envisagée à l'article 21 ne correspond pas à la façon dont elle est envisagée à l'article 55 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite[5]. Comme l'a déjà relevé M. Gaja à la séance précédente, l'article 55 est conçu pour les cas où il y aurait une véritable contradiction entre la règle générale et la règle spéciale. Si l'article 21 était conçu dans le même but, M. Galicki aurait raison de demander qu'on le modifie pour y introduire l'idée d'incompatibilité entre les deux types de règles. Mais tel n'est pas le sens de l'article 21 proposé par le Rapporteur spécial. Pour qu'il s'applique, il n'est nullement besoin qu'il y ait contradiction entre les dispositions d'un traité de protection des investissements et le futur projet d'articles sur la protection diplomatique. Alors que l'article 55 introduit un principe de résolution des conflits entre les normes contenues dans deux instruments juridiques de portée différente, l'article 21 pose le principe selon lequel, en matière de protection des sociétés, la préférence est donnée aux procédures spéciales sur les règles de la protection diplomatique. C'est pourquoi la formulation de l'article 21 devrait être conservée telle quelle.

35. Le libellé de cet article 21 montre que les futurs articles sur la protection diplomatique seront probablement des normes supplétives, et donc d'application supplétive. On a évoqué le nombre particulièrement élevé des traités bilatéraux et multilatéraux de protection des investissements. On peut également relever le développement des systèmes régionaux de protection des droits de l'homme comportant une instance de règlement des différends. Dès lors, M. Kamto partage l'avis des membres qui ont suggéré l'élargissement de cette disposition à l'ensemble du projet d'articles et son renvoi à la fin de celui-ci. On peut d'ailleurs concevoir que la formulation définitive n'intervienne que plus tard, lorsque la Commission se sera fait une idée complète de l'ensemble du projet d'articles, car elle pourra décider alors de la portée qu'elle voudra donner à la *lex specialis*.

36. L'article 22 appelle deux remarques. Premièrement, les divers exemples fournis par le Rapporteur spécial aux paragraphes 117 à 121 de son rapport pour illustrer la diversité des personnes morales et la difficulté de prêter à celles-ci des traits «communs et uniformes» sont intéressants. Cependant, les choses se présentent de cette façon seulement parce que l'on mêle nature juridique et but ou objet des personnes morales citées dans les exemples fournis. Si l'on veut bien répondre à la question de savoir ce qu'est une personne morale au lieu de rechercher à quelles fins elle est constituée, on trouvera que ces êtres si variés dans leur mode de création et dans leurs activités répondent à une seule et même définition opératoire. Le trait fondamental commun à toutes les personnes morales est l'aptitude à être titulaire de droits et d'obligations, et ceci vaut en droit interne comme en droit international. Si donc le droit interne d'un État, qui est l'ordre juridique de référence en l'occurrence, désigne une entité comme étant une personne morale, ou fournit les éléments juridiques qui permettent de l'identifier comme telle, cela suffit: l'ordre juridique international doit la prendre comme telle aux fins de la protection diplomatique. Il semble dès lors que sur ce point le paragraphe 117 du rapport soit trop tranché et discutable.

37. La seconde remarque porte sur l'emploi de l'expression «*mutatis mutandis*». M. Kamto a été attentif à la préoccupation exprimée à la séance précédente par M. Gaja à propos de cette expression latine dont le sens exact pourrait ne pas être correctement saisi par tous. Il s'est donc reporté à divers dictionnaires, de droit international comme usuels, et a pu constater que cette expression peut être utilisée sans risquer de déconcerter les destinataires du projet d'articles.

38. Étant partisan des formulations proposées par le Rapporteur spécial pour l'article 22 comme pour l'article 21, M. Kamto appuie la proposition de les renvoyer au Comité de rédaction.

39. M. KEMICHA félicite le Rapporteur spécial pour l'excellent travail qu'il a accompli en éclairant la Commission sur le recours aux procédures de règlement des différends prévues, d'une part, par les traités bilatéraux de protection et d'encouragement des investissements et, d'autre part, par le mécanisme du CIRDI institué par la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États. Ces deux mécanismes ont ceci de commun qu'ils «excluent l'application des règles de droit coutumier relatives à la protection diplomatique», comme l'indique clairement le paragraphe 1 de l'article 27 de la Convention. Tout le monde s'accorde, y compris le Rapporteur spécial, sur le fait que ces mécanismes, mettant en œuvre les techniques de l'arbitrage international, offrent de meilleures garanties pour l'investisseur que la protection diplomatique, qui demeure conditionnée par le bon vouloir de l'État.

40. Ceci conduit à s'interroger sur l'opportunité de prévoir un article 21 consacré à un régime spécial de protection des investissements, une *lex specialis*. Pour sa part, M. Kemicha tend à considérer que, du point de vue de la pratique, ce régime − dit spécial − constitue désormais la règle et la protection diplomatique l'exception. Cela étant, il comprend le souci didactique du Rapporteur spécial dont il salue la sage décision, annoncée à la séance précédente, d'élargir cette référence à la *lex specialis* à l'ensemble du projet d'articles. C'est donc sous cette réserve qu'il recommande le renvoi du projet d'article 21 au Comité de rédaction.

41. S'agissant du projet d'article 22, l'utilisation de l'expression latine «*mutatis mutandis*» ne pose pas à M. Kemicha de problème majeur. Il doit cependant faire état de ses appréhensions quant à l'usage que feront les États de la protection diplomatique au profit de personnes morales autres que les sociétés, telles que les organisations non gouvernementales. Décider de faire jouer la protection diplomatique au profit d'une personne physique ou morale est une décision hautement politique relevant du pouvoir discrétionnaire de l'État qui la met en œuvre. Aussi peut-on craindre que dans certains cas ce même État puisse être tenté de prendre fait et cause pour une personne morale établie régulièrement sur son territoire contre un autre État avec lequel il n'entretient pas de relations cordiales et à qui il souhaite créer des problèmes pour de bonnes ou de moins bonnes raisons. Le

[5] Voir 2751e séance, note 3.

Rapporteur spécial fait référence, dans le paragraphe 120 de son rapport, à l'opinion de Doehring selon laquelle une organisation non gouvernementale «ne présente pas de liens suffisants avec l'État d'immatriculation pour avoir droit à la protection diplomatique»[6], sans toutefois la retenir ni en tenir compte dans la rédaction du projet d'article 22 qu'il propose à la Commission. M. Kemicha lui serait reconnaissant de bien vouloir préciser sa position sur ce point et indiquer s'il y a lieu d'envisager une sorte de garde-fou pour ce type de situation.

42. Mme ESCARAMEIA félicite le Rapporteur spécial pour son excellent rapport. Elle note qu'à propos de l'article 21, M. Kamto a dit que l'article 55 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État ne s'appliquait pas nécessairement car la situation était différente. Mme Escarameia n'est pas certaine que tel soit le cas. Elle croit comprendre, à la lecture du rapport, que l'intention du Rapporteur spécial était de proposer une alternative, même si certains paragraphes sont peut-être un peu trop catégoriques comme l'a fait remarquer M. Matheson à la séance précédente. En fait, il arrive parfois que les traités d'investissement bilatéraux ou même les conventions multilatérales ne disent rien de la protection diplomatique, ne traitent que de certains de ses aspects, ou encore prévoient des mécanismes qui ne donnent pas les résultats escomptés. C'est d'ailleurs pourquoi, par souci de pragmatisme, il conviendrait d'insérer dans l'article 21 les mots «et dans la mesure où» entre «lorsque» et «la protection des sociétés». En effet, toutes les fois que les mécanismes prévus échouent ou qu'ils sont incomplets, il doit être possible de recourir à la protection diplomatique. Sans doute était-ce cela que voulait dire le Rapporteur spécial.

43. Une longue discussion a eu lieu à la séance précédente sur la question de savoir s'il convenait d'adopter un principe général de *lex specialis* et non pas seulement une règle applicable uniquement aux sociétés. Comme le Rapporteur spécial, Mme Escarameia pense qu'une règle de *lex specialis* devrait être mentionnée toutes les fois que cela se justifie. Des règles spéciales s'appliqueront aux sociétés, et non des règles générales; il est donc utile que cela soit mentionné dans le projet d'article 21. Mais il n'est pas sûr que cela s'applique dans toutes les autres circonstances, en particulier aux personnes physiques. En fait, Mme Escarameia craint que l'on dise qu'il y aura une *lex specialis* pour chaque entité, y compris les personnes physiques. La protection diplomatique pourrait alors être exclue chaque fois que seraient prévus des régimes spéciaux de protection des droits de l'homme. Ces régimes sont ordinairement fondés sur les conventions multilatérales et silencieux sur la protection diplomatique, mais il est certain qu'ils n'excluent pas cette dernière. Si l'on décide de rédiger un article sur la *lex specialis* et de l'appliquer aux personnes physiques ou à d'autres entités, il est à craindre que cela puisse donner à penser que d'une manière ou d'une autre, chaque fois que l'on est en présence d'un régime spécial, par exemple concernant les droits de l'homme, il est impossible de recourir à la protection diplomatique. Or tel n'est pas le but recherché. Mme Escarameia pense donc qu'il vaut mieux être prudent et dire qu'une règle de *lex specialis* ne peut s'appliquer dans sa totalité et exclusivement que lorsqu'elle est prévue expressément et que, sinon, les règles générales sur la protection diplomatique s'appliquent aussi.

44. Sur l'article 22, Mme Escarameia convient avec M. Kateka qu'il faut ajouter le mot «autres» dans l'intitulé, puisque les sociétés sont des personnes morales. Quant au renvoi qui est fait aux articles 17 à 21, il est clair que les articles 18 et 19 ne s'appliquent pas puisqu'il n'est plus question d'actionnaires dans le projet d'article 22. Il n'est même pas certain qu'il faille conserver la mention de l'article 17, ni même de l'article 21. Sans doute ne faudrait-il retenir que l'article 20, et peut-être l'article 17. Mme Escarameia se réserve d'y revenir ultérieurement.

45. Pour Mme Escarameia, l'expression «*mutatis mutandis*» est trop vague. Elle convient avec M. Gaja que cette expression ne dit rien quant à la manière d'appliquer le régime à d'autres personnes et qu'il conviendrait d'être plus précis. Le Rapporteur spécial a dit qu'il était très difficile de trouver des exemples de la pratique des États dans ce domaine, mais M. Brownlie a évoqué des affaires jugées par la CPJI. Dans le contexte actuel de mondialisation, Mme Escarameia pense pour sa part qu'il y aura dans l'avenir beaucoup plus d'interactions entre les fondations, les organisations non gouvernementales et les universités, par exemple, et donc que ces autres personnes morales participeront de plus en plus aux activités internationales. Il conviendrait donc d'approfondir les recherches afin d'aboutir à une règle ou à un principe un peu plus spécifique. Ainsi, Mme Escarameia appuie ce qu'a dit M. Gaja sur la nécessité d'établir un lien entre ces organisations et l'État qui exerce la protection diplomatique. Ce lien pourrait être fondé sur quelque chose de comparable à ce que dit l'article 17 en ce qui concerne la nationalité de la société, ou ce pourrait être quelque chose de légèrement différent. Il n'est cependant pas nécessaire que les deux États en cause reconnaissent tous les deux la personnalité juridique de l'entité. Seul l'État qui exerce la protection diplomatique devrait être tenu de la reconnaître. Dans le cas contraire, un État qui ne reconnaît pas les organisations non gouvernementales et ne leur accorde pas la personnalité juridique se sentirait libre d'agir à sa guise avec ces organisations non gouvernementales ou même avec d'autres entités. Cette règle n'a d'ailleurs pas été appliquée dans le cas des sociétés parce qu'il existe des États qui ne reconnaissent pas la personnalité juridique des sociétés.

46. La définition de la société aux fins du projet d'articles, donnée au paragraphe 117 du rapport, devrait être énoncée clairement au tout début du commentaire, ou en tout cas dès que l'on commence à parler des sociétés. Il existe en effet des sociétés sans actionnaires ni responsabilité limitée et l'on peut même user de ce terme pour désigner des entités qui ne sont pas des entreprises et n'ont donc aucun but lucratif.

47. Nonobstant les réserves qu'elle a pu formuler, Mme Escarameia pense que les projets d'articles 21 et 22 devraient être renvoyés au Comité de rédaction.

48. M. DUGARD (Rapporteur spécial) relève un point très important dans ce qu'a dit Mme Escarameia, à savoir qu'il existe une différence entre les régimes spéciaux régissant les investissements étrangers et les régimes spéciaux de protection des droits de l'homme.

[6] Doehring, loc. cit. (voir 2774e séance, note 7), p. 573 et suiv.

49. L'objet des traités d'investissement bilatéraux et multilatéraux est d'exclure les règles normales de protection diplomatique. Les investisseurs jugent inadéquates les règles coutumières de protection diplomatique car, dans ce système, ils dépendent du bon vouloir de l'État national. Or dans la pratique, les États sont très réticents à intervenir en faveur de la protection des investissements étrangers. Les traités d'investissement internationaux sont donc rédigés précisément de manière à éliminer cet élément discrétionnaire et aussi à conférer des droits à l'actionnaire, ce qui n'est pas possible en vertu du droit international coutumier tel que reflété dans l'affaire de la *Barcelona Traction*.

50. Il existe donc un antagonisme entre les traités d'investissement et les règles coutumières de la protection diplomatique. Mais on ne retrouve pas ce conflit dans les conventions relatives aux droits de l'homme. Les deux régimes sont dans ce cas destinés à se compléter, à fonctionner en tandem. Lorsque les règles de la protection diplomatique ne s'appliquent pas, on peut avoir recours aux conventions relatives aux droits de l'homme, et vice versa. Si donc la Commission décidait qu'il conviendrait d'envisager de rédiger une disposition générale relative à la *lex specialis*, il faudrait garder à l'esprit cette importante différence entre traités d'investissement bilatéraux et instruments relatifs aux droits de l'homme.

51. M. KOSKENNIEMI dit que si la différence établie par le Rapporteur spécial entre les traités bilatéraux ou multilatéraux de protection des investissements et les instruments relatifs aux droits de l'homme est correcte, à savoir que les premiers visent à écarter la règle générale de la protection diplomatique tandis que les seconds n'ont pas cette finalité, alors le traitement des premiers par le biais de la *lex specialis* n'est pas la bonne façon de procéder. Le fait que la raison d'être du traité sur les investissements est d'écarter la règle générale ne fait qu'illustrer le caractère supplétif de ladite règle, et la référence à la *lex specialis* en tant que règle de résolution des conflits devient superfétatoire. Il n'y a aucune raison d'appliquer un principe interprétatif tel que celui de la *lex specialis* lorsque la règle à laquelle il est censé déroger n'est pas du *jus cogens*. L'on serait donc tenté de conclure qu'il n'y a nul besoin de mentionner la *lex specialis* dans le projet d'articles, pour deux raisons. En premier lieu, cette mention peut donner à penser, même si tel n'est pas le but recherché, que s'il existe un régime spécial pertinent au sens large, alors le régime de la protection diplomatique disparaît totalement et immédiatement, ce qui n'est pas le cas. En second lieu, comme d'autres intervenants l'ont fait remarquer, les termes employés par le Rapporteur spécial, au paragraphe 112 de son rapport en particulier, sont trop catégoriques et peuvent donner à penser que les règles de la protection diplomatique s'appliquent intégralement ou pas du tout. En conséquence, comme le proposait initialement M. Brownlie, il conviendrait peut-être de ne pas mentionner du tout la *lex specialis*, parce que ce principe s'appliquera en tout état de cause et que, si l'on continue de le mentionner, tout instrument où il ne sera pas mentionné pourra donner lieu à une interprétation a contrario.

52. M. ECONOMIDES estime que, dans le cas des droits de l'homme comme dans celui des investissements, le problème n'est pas tant celui de la *lex specialis* que celui de la priorité à accorder aux voies de recours plus efficaces qu'offrent les conventions relatives aux droits de l'homme ou les traités relatifs aux investissements par rapport à la procédure politique et lourde de la protection diplomatique, qui serait réservée aux cas plus ou moins extrêmes. Dans cette optique, la protection diplomatique n'est pas totalement exclue, en ce sens qu'elle peut jouer si l'État défendeur n'exécute pas la décision rendue dans le cadre de la voie de recours prioritaire. Il n'y a pas exclusion mutuelle et intégrale comme dans le cas de la *lex specialis* au sens strict du terme. Il serait donc peut-être préférable, à la place de la disposition sur la *lex specialis*, d'envisager une disposition d'un autre type sur les voies de recours prioritaires par rapport à la protection diplomatique, ce qui nécessiterait toutefois de ne pas renvoyer immédiatement les projets d'article à l'examen au Comité de rédaction.

53. M. MANSFIELD (Rapporteur) dit que, s'il est tout à fait clair que l'on ne fait que codifier une règle supplétive dans le cas des sociétés, il en va tout différemment dans celui des personnes physiques. Une application générale du principe de la *lex specialis*, comme il est suggéré dans le projet d'articles, pourrait poser des problèmes. Il faudrait peut-être effectivement étudier la question plus dans le détail, voire réfléchir à un autre type de disposition. Si les projets d'article sont renvoyés au Comité de rédaction, celui-ci pourrait peut-être envisager de demander à la Commission de les examiner plus avant en plénière, éventuellement dans le cadre d'un groupe plus restreint.

54. M. BROWNLIE dit que les doutes qu'il avait exprimés quant à la nécessité d'inclure une disposition sur la *lex specialis* étaient motivés par le commentaire plus que par le projet d'article 21 lui-même. Cela étant, la Commission a toujours inclus cette règle dans les projets qu'elle élabore. Dans le cas d'espèce, non seulement elle inclut la règle, mais elle semble vouloir en préciser le sens et même s'aventurer dans le marais des rapports et hiérarchies entre les différentes composantes du droit international. Tel était le nœud de l'affaire *Pinochet*, où des principes généraux de droit pénal international ont commencé à prendre corps sans que quiconque ne prenne en compte le fait que ces principes commençaient à contredire la règle classique de l'immunité des chefs d'État. La Commission perdrait des années à tenter de démêler l'écheveau des priorités de ce type. Le mieux serait donc soit de n'inclure aucune disposition sur la *lex specialis*, soit d'en inclure une mais d'en dire le moins possible sur son application.

55. M. MATHESON dit que la question est peut-être simplement de reconnaître qu'il existe des régimes spéciaux importants dans le domaine de la protection des investissements et que le projet d'articles à l'examen n'a pas pour objet de modifier ces régimes spéciaux ou de s'y substituer. Il en résulte que les règles du droit coutumier peuvent encore s'appliquer, dans la mesure où elles ne sont pas en contradiction avec ces régimes. Ce constat pourrait être énoncé dans un article, ce qui est l'objet du projet d'article 21, ou dans le commentaire.

56. M. KAMTO dit que le débat le conforte dans l'idée que le projet d'article 21 renvoie à un principe de préférence, pour plus de souplesse dans le cas des traités sur l'investissement et pour plus d'efficacité dans le cas des

instruments relatifs aux droits de l'homme. Cela étant, dans le projet à l'examen, la clause sur la *lex specialis* devrait être, comme dans le projet sur la responsabilité des États, une clause finale dérogatoire, rédigée sous une forme ouverte afin que tous les régimes de *lex specialis* − investissements, droits de l'homme, questions d'immunité, etc. − entrent naturellement dans le cadre de cette disposition.

57. M. GAJA rappelle que la problématique des priorités relève du régime des traités et n'a pas à être évoquée dans un projet d'articles de droit international général. Si l'on excepte les normes impératives, toutes les autres règles du droit international général peuvent faire l'objet de dérogations par voie de traité, y compris des règles comme celle des recours internes. Il faut donc envisager dans le projet d'articles à l'examen une disposition de caractère général.

58. M. CHEE fait observer que le droit international traverse une phase de mutation où des règles de droit international coutumier comme celle de la protection diplomatique sont progressivement remplacées par de nouvelles pratiques des États, par exemple celle des accords bilatéraux d'investissement, dont il en existe actuellement plus de 2 000. C'est donc cette pratique des États qu'il faut privilégier.

59. M. DUGARD (Rapporteur spécial) précise que lorsqu'il a rédigé le projet d'article 21 et le commentaire correspondant, il s'intéressait uniquement aux traités bilatéraux et multilatéraux de protection des investissements et s'inquiétait du risque que les sociétés et leurs actionnaires protégés par ce type de traités soient lésés en cas d'absence d'une clause sur la *lex specialis*. MM. Brownlie et Matheson ont fait remarquer à juste titre que cette clause, telle qu'elle est formulée, ne tient pas suffisamment compte de la possibilité de recourir au droit international coutumier lorsque les traités sur l'investissement comportent des lacunes. Il s'agit là d'une critique importante. N'ayant pas à l'esprit les instruments relatifs aux droits de l'homme, le Rapporteur spécial n'a pas fait du projet d'article 21 une clause générale applicable à l'ensemble du projet d'articles. Or l'extension de la portée de cette clause aux instruments relatifs aux droits de l'homme comporte un danger, qu'illustre l'exemple suivant: un État dont un ressortissant est détenu sans jugement ou torturé dans un autre État ne pourrait pas exercer sa protection diplomatique en faveur de son ressortissant si l'État défendeur peut faire valoir qu'il est partie à un instrument relatif aux droits de l'homme et que c'est donc la procédure prévue dans cet instrument qui s'applique. La personne détenue ou torturée se trouve alors privée d'une protection qui pourrait être plus efficace. Une certaine prudence s'impose donc dans la formulation de cette règle. Le Rapporteur spécial constate qu'à ce stade, trois possibilités s'offrent à la Commission, à savoir se passer de toute disposition sur la *lex specialis*, n'appliquer une telle disposition qu'aux traités bilatéraux ou multilatéraux d'investissement, ou formuler cette disposition en termes généraux. La quatrième possibilité évoquée par certains, à savoir l'élaboration d'une disposition plus technique, risque d'entraîner la Commission sur un tout autre terrain, celui des conflits entre régimes spéciaux et droit coutumier.

60. M. KOLODKIN n'a pas de position tranchée sur le projet d'article 21 mais prend note du fait que, comme l'a fait remarquer M. Brownlie, cette disposition pourrait être superflue dans la mesure où, selon un principe général du droit, la norme spéciale l'emporte sur la norme générale pour les questions visées par la première. Si la Commission décide de conserver cet article, il faudra régler la question de savoir s'il doit s'appliquer à l'ensemble du projet d'articles, c'est-à-dire y compris aux personnes physiques; cela suppose que l'on définisse d'abord ce que l'on entend par règles spéciales aux fins de la protection de cette catégorie de personnes, ce qui n'est guère simple. Il est permis de se demander si les conventions relatives aux droits de l'homme constitueraient réellement des normes spéciales qui enlèveraient à l'État la possibilité de recourir à la protection diplomatique. Il conviendrait à cet égard d'étudier la pratique des États et leur position sur cette question, qui semble renvoyer aux débats du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international. Par ailleurs, il manque dans le projet d'article 21 une limitation qui figure dans l'article 55 du projet sur la responsabilité des États, à savoir que le projet à l'examen doit s'appliquer non seulement dans le cas où, mais aussi dans la mesure où, la question est régie par des normes spéciales de droit international. Introduire cette limitation dans le projet d'article 21 permettrait d'éviter une élimination indue du droit à la protection diplomatique. Enfin, il n'est pas certain que le membre de phrase placé en incise dans le texte du projet d'article 21 soit vraiment nécessaire.

61. En ce qui concerne le projet d'article 22, il ne semble pas qu'il y ait à ce stade suffisamment d'éléments concernant la pratique des États pour justifier un projet d'article sur la protection diplomatique des personnes morales autres que les sociétés. Le Rapporteur spécial donne les raisons de cette situation, mais ces raisons ne constituent pas une solution au problème. La formule «*mutatis mutandis*» ne semble guère utile en l'occurrence. Peut-on assimiler les membres d'une organisation non gouvernementale internationale aux actionnaires d'une société? Quelles modifications et adaptations il faut apporter aux règles pour les appliquer à d'autres personnes morales, et de quelles autres personnes morales il s'agit, vu la très grande variété de formes que les personnes morales peuvent revêtir et les différentes manières dont elles sont traitées par les différents systèmes juridiques, comme le Rapporteur spécial le reconnaît lui-même au paragraphe 121 de son rapport. La prudence est de mise sur cette question, qu'il conviendrait peut-être de maintenir hors du champ de l'étude.

62. M. MOMTAZ dit, en ce qui concerne le projet d'article 21, qu'il est évident que les dispositions des différents projets d'article présentés jusqu'ici par le Rapporteur spécial ne peuvent obliger les États et sont de nature purement dispositive. Les États demeurent donc libres de convenir de ne pas les appliquer dans leurs relations. Nombreux sont d'ailleurs les cas où ils se sont entendus pour écarter l'application des règles que le projet d'articles sur la protection diplomatique s'efforce de codifier. Un bon exemple en est la deuxième Déclaration du Gouvernement de la République algérienne démocratique et populaire sur le règlement du contentieux entre le Gouvernement des États-Unis d'Amérique et le Gouvernement de la République islamique d'Iran, en date du

19 janvier 1981[7], mettant en place le Tribunal du contentieux entre les États-Unis et l'Iran, compétent pour connaître, sous certaines conditions, des réclamations des ressortissants de chacun des États contre l'autre. Les dispositions de cette déclaration sont incontestablement des règles spéciales qui dérogent à celles énoncées dans le projet d'articles. À cet égard, M. Momtaz ne voit pas pourquoi le champ d'application de l'article 21 devrait être limité aux sociétés et à leurs actionnaires et, comme d'autres membres, il est favorable à une disposition plus générale qui serait placée à la fin du projet d'articles et qui s'appliquerait à l'ensemble des dispositions de celui-ci. Il est donc favorable à la troisième option proposée par le Rapporteur spécial.

63. S'agissant de l'article 22, on peut douter de son utilité, du moins pour ce qui est de la protection des organisations non gouvernementales, d'autant plus qu'il n'est pas fondé sur une pratique établie susceptible d'être codifiée. C'est pourquoi M. Momtaz souscrit à l'opinion de Karl Doehring citée au paragraphe 120 du rapport à l'examen: dans la plupart des cas, les organisations non gouvernementales n'ont pas de lien suffisant avec leur État d'immatriculation pour pouvoir prétendre à la protection diplomatique de celui-ci[8].

64. M. FOMBA estime que la première question qui se pose à propos du projet d'article 21 est de savoir dans quelle mesure on peut considérer que l'expression «*lex specialis*» est consacrée et clairement définie en droit international du double point de vue de la forme et du fond. C'est sans doute pourquoi, avec d'autres membres, M. Melescanu a exprimé certaines préoccupations qui semblent justifiées. Plus fondamentalement, il suffit, dans l'attente des conclusions du débat sur la fragmentation du droit international, qui devraient apporter des éclaircissements à cet égard, de rappeler que l'article 38 (par. 1, al. *a*) du Statut de la CIJ fait la distinction entre conventions internationales générales et spéciales. D'autre part, l'expression «*lex specialis*» a été utilisée par la Cour dans un certain nombre d'affaires, par exemple dans l'arrêt *Barcelona Traction*, au paragraphe 62, où la Cour a mentionné la «nature particulière de la *lex specialis*», tout comme au paragraphe 274 de son arrêt en l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* de 1986. La Commission a quant à elle inclus une disposition relative à la *lex specialis* à l'article 55 de son projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, et la légitimité d'une telle disposition semble avoir été démontrée par le Rapporteur spécial. Pour M. Fomba, elle devrait être placée à la fin du projet d'articles.

65. S'agissant du libellé de l'article 21, il conviendrait, dans le texte français, de dire «des» et non pas «les» règles spéciales. Par ailleurs, il pense comme M. Economides que la contradiction entre le droit international coutumier de la protection diplomatique et le droit conventionnel spécial des investissements est une contradiction non pas absolue mais bien conditionnelle.

66. En ce qui concerne l'article 22, M. Fomba souscrit aux conclusions formulées par le Rapporteur spécial aux paragraphes 122 et 123 de son rapport. Pour ce qui est de l'existence de personnes morales autres que les sociétés, elle est fonction des différents droits internes et non du droit international. S'agissant de savoir si ces personnes morales doivent bénéficier de la protection diplomatique, il serait prématuré, même s'il ne semble pas y avoir de pratique bien établie en la matière, de tirer une conclusion négative et définitive. Pour l'individu, le critère est la nationalité, de même que pour les sociétés c'est la nationalité concrétisée par le lieu de la constitution, le siège social ou d'autres critères; pour les personnes morales autres que les sociétés, le critère devrait être le lien juridique le plus pertinent déterminé par analogie et *mutatis mutandis*. Quant au titre de l'article 22, M. Fomba souscrit à la proposition de M. Kateka: le titre «Autres personnes morales» refléterait mieux le contenu de la disposition. En conclusion, M. Fomba estime que les articles 21 et 22 peuvent être renvoyés au Comité de rédaction.

67. M. DAOUDI dit, en ce qui concerne le projet d'article 21 présenté par le Rapporteur spécial, que si l'on doit suivre, à ce sujet, le raisonnement de ce dernier et considérer que les traités bilatéraux d'investissement constituent une *lex specialis* écartant l'application des règles coutumières de la protection diplomatique des sociétés et de leurs actionnaires, il faut tenir compte des éléments ci-après.

68. Les traités bilatéraux d'investissement peuvent ouvrir un recours direct à l'arbitrage international ad hoc ou dans le cadre d'une institution internationale non seulement aux sociétés, personnes morales, mais également aux personnes physiques, les investisseurs. Par ailleurs, ces personnes physiques bénéficiant d'un accès direct aux juridictions internationales constituées dans certains domaines du droit international, comme l'ont signalé à la séance précédente d'autres membres de la Commission, il est nécessaire de trouver un autre aménagement pour signaler la dérogation à l'application des règles coutumières en matière de protection diplomatique. Il semble qu'un article général s'appliquant à l'ensemble du projet d'articles, à l'instar de l'article 55 du projet de la Commission sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, répondrait mieux à l'objectif recherché par le Rapporteur spécial.

69. Cela semble d'autant plus justifié que l'article 21 prévoit d'écarter l'application de quatre articles du projet. Or il n'est pas clairement établi que ces dispositions ne seraient pas appliquées si l'État défendeur n'exécutait pas la décision arbitrale qui a tranché le différend. Par ailleurs, il n'est pas sûr qu'en présence d'un traité d'investissement, on puisse écarter l'application des dispositions de ces quatre articles dans leur intégralité, notamment si l'on songe à la référence qui y est faite à la nationalité des sociétés.

70. Dans son projet d'article 22, le Rapporteur spécial propose d'appliquer *mutatis mutandis* les principes contenus dans les articles 17 à 21 aux personnes morales autres que les sociétés commerciales, la justification étant qu'il «n'est pas possible d'élaborer d'autres articles traitant de la protection diplomatique de chaque espèce de personne morale», selon le paragraphe 113 du rapport du

[7] Voir *Journal du droit international*, 108e année, 1981, no 4, p. 780. Voir aussi *ILM*, vol. 20, no 1, janvier 1981, p. 230.

[8] Voir *supra* la note 6.

Rapporteur spécial. Dans le commentaire de cet article, le Rapporteur spécial cite les cas des universités et des communes aussi bien que le cas du partenariat. On a néanmoins l'impression que les personnes principalement visées susceptibles d'être intégrées dans la catégorie des personnes morales bénéficiant de la protection diplomatique sont les organisations non gouvernementales, comme en témoigne la lecture des paragraphes 117 à 120 du rapport à l'examen.

71. En premier lieu, il n'est pas sûr que l'on puisse appliquer *mutatis mutandis* les règles relatives à la protection diplomatique des sociétés commerciales et de leurs actionnaires, même moyennant des modifications, à d'autres collectivités. Il semble d'une part douteux de pouvoir assimiler les membres d'une organisation non gouvernementale aux actionnaires d'une société commerciale et, d'autre part, le lien de rattachement d'une organisation non gouvernementale à un État ne présente en aucun cas le même aspect que celui d'une société commerciale. Quelle que soit la sympathie que l'on éprouve pour les organisations non gouvernementales, donner aux États où elles sont immatriculées la possibilité d'exercer sa protection diplomatique à leur égard serait donner un moyen de plus à certains États d'intervenir dans les affaires intérieures d'autres États. Il est significatif que le Rapporteur spécial, au paragraphe 120 de son rapport, place la protection diplomatique dans le contexte des actes internationalement illicites dont les personnes morales, telles que les fondations, sont victimes dans les pays en développement où elles financent des projets relatifs à la protection sociale, aux libertés des femmes, aux droits de l'homme ou à l'environnement.

72. Bien qu'elle s'appuie sur deux exemples de jurisprudence internationale, la proposition du Rapporteur spécial n'est pas suffisamment étayée par la pratique internationale. À cet égard, la Commission ne saurait être moins exigeante en ce qui concerne la nécessité de l'existence d'une pratique suffisante des États dans ce domaine que dans celui des actes unilatéraux des États. S'il n'existe pas de pratique justifiant l'inclusion d'une catégorie spécifique de personnes morales dans le projet d'articles sur la protection diplomatique, il serait plus prudent de ne pas faire preuve de précipitation en la matière.

73. En conclusion, M. Daoudi propose, pour ce qui est de l'article 21, de supprimer la référence à la *lex specialis*, quelle que soit sa forme, et de se contenter d'une référence générale allant dans le sens de la proposition faite par M. Kamto, et, pour ce qui est de l'article 22, de le supprimer et de laisser à la pratique des États le soin de dégager les règles pertinentes.

74. Mme XUE croit comprendre que, en ce qui concerne l'article 21, de nombreux membres préféreraient une disposition plus générale à l'instar de l'article 55 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, et ce point de vue est fort compréhensible. On a parlé des droits de l'homme, mais ces dispositions pourraient aussi concerner des règles spéciales relatives à l'épuisement des recours internes et ceci est particulièrement vrai si la Commission décide par la suite de transférer les articles 8 à 10 dans la quatrième partie du projet. Si certains pays élaborent des règles spécifiques concernant la nécessité d'épuiser les recours internes avant d'accéder à une procédure de règlement de différends, ces règles spéciales doivent prévaloir, c'est-à-dire que les dispositions du projet d'articles concernant l'épuisement des recours internes ne s'appliqueraient pas.

75. Dans son intervention à la séance précédente, M. Economides a soulevé une autre question qui mérite examen et qui concerne la nature, absolue ou relative, des règles spéciales. Si les règles sont absolues, c'est-à-dire si les procédures de règlement des différends prévus dans un traité d'investissement bilatéral ou par le CIRDI aboutissent à un règlement définitif et liant les parties, la question est simple et le projet d'article 21 est dans ce cas valide. Si le règlement n'est pas définitif, on ne peut dire que les règles du droit coutumier relatives à la protection diplomatique ne s'appliquent pas. En effet, si une des parties au règlement n'exécute pas la décision, une réclamation peut être formulée par la voie diplomatique comme le montrent les dispositions conventionnelles reproduites en notes de bas de page concernant la dernière phrase du paragraphe 108 du rapport du Rapporteur spécial. Il ne faut pas oublier que les traités bilatéraux et multilatéraux de protection des investissements sont conclus pour empêcher les abus de la protection diplomatique; une protection adéquate des investissements étrangers sert la stabilité des relations diplomatiques.

76. Telle est la théorie. En pratique, lorsque deux parties, un État et un investisseur étranger, conviennent de procédures de règlement, c'est dans leur propre intérêt, et elles s'efforceront de régler leur différend dans le cadre de cette procédure. C'est pourquoi la Commission devrait, soit faire de l'article 21 une disposition générale, soit envisager de l'abandonner, car il énonce une évidence. Cela étant, si la majorité des membres veulent le renvoyer au Comité de rédaction, Mme Xue ne s'y opposera pas.

77. Pour ce qui est de l'article 22, après avoir lu les commentaires y relatifs, Mme Xue dit qu'elle comprend mieux pourquoi le Rapporteur spécial avait initialement l'intention de limiter les dispositions aux sociétés commerciales. Malheureusement, pour des raisons purement logiques, il envisage maintenant des personnes morales autres que les sociétés en négligeant un facteur fondamental, à savoir l'absence quasi totale de pratique des États en la matière. Comme le Rapporteur spécial le reconnaît lui-même, les personnes morales autres que les sociétés sont extrêmement diverses et de nature parfois fort complexe. L'article proposé en ce qui les concerne n'indique pas comment déterminer le lien effectif entre elles et l'État susceptible d'exercer sa protection diplomatique, ni selon quels critères. L'utilisation même de l'expression «*mutatis mutandis*» dénote l'existence de nombreuses incertitudes. De même, comme l'a fait observer M. Kabatsi à une séance précédente, il est douteux que les articles 18 et 19 puissent s'appliquer à d'autres personnes morales que les sociétés et notamment aux organisations non gouvernementales, fondations, partenariats et autres personnes morales mentionnés par le Rapporteur spécial. C'est là aller trop loin, et les incertitudes politiques inhérentes à la nature discrétionnaire de la protection diplomatique soulèvent des problèmes beaucoup plus graves qui méritent d'être examinés avec prudence. Comme d'autres membres de la Commission, Mme Xue estime qu'il serait utile d'étudier plus avant la pratique des États à cet égard.

78. M. DUGARD (Rapporteur spécial) demande à Mme Xue et à M. Momtaz s'ils estiment qu'en l'absence de pratique des États sur la protection des personnes morales autres que les sociétés la Commission doit s'abstenir de faire figurer dans son projet une disposition comme l'article 22, ou si au contraire elle doit le faire dans le cadre du développement progressif du droit.

79. M. MOMTAZ dit qu'il n'est pas favorable au développement progressif du droit dans ce domaine et pense avec M. Daoudi que cette disposition devrait être abandonnée.

80. Mme XUE juge aussi préférable de supprimer l'article 22 et de porter la question devant la Sixième Commission afin de savoir ce que pensent les États.

81. M. YAMADA fait observer que lorsque le droit coutumier de la protection diplomatique et des règles spéciales sont en conflit, c'est le régime spécial qui prévaut en application du droit international coutumier, et l'article 21 n'est pas nécessaire. Lorsque les règles relatives à la protection diplomatique et des règles spéciales ne sont pas totalement en conflit et que certaines d'entre elles sont compatibles, les unes et les autres, en vertu du droit international coutumier, s'appliquent parallèlement; par contre, aux termes du projet d'article 21, ce serait le régime spécial qui prévaudrait. Est-ce bien là le but recherché par le Rapporteur spécial?

82. M. DUGARD (Rapporteur spécial) dit que M. Yamada a assurément mis le doigt sur une faiblesse de l'article 21. Il faudra indiquer clairement, dans le commentaire ou la disposition si celle-ci est renvoyée devant le Comité de rédaction, que lorsque les deux régimes sont compatibles, ils s'appliquent tous deux.

83. M. MANSFIELD (Rapporteur) dit qu'il n'est pas favorable à une règle très élaborée en ce qui concerne la *lex specialis*, et qu'il faut être clair si l'on décide de généraliser la disposition. C'est en ce sens qu'il souscrit à la remarque de M. Economides: il préférerait que l'on abandonne le projet d'article 21 et que l'on traite de la question dans les commentaires ou, si l'on décide de formuler la disposition en termes généraux, que l'on donne dans le commentaire des indications quant à sa portée.

La séance est levée à 13 heures.

2777e SÉANCE

Vendredi 18 juillet 2003, à 10 heures

Président: M. Enrique CANDIOTI

Présents: M. Addo, M. Al-Baharna, M. Al-Marri, M. Brownlie, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Daoudi, M. Dugard, M. Economides, Mme Escarameia, M. Fomba, M. Galicki, M. Kabatsi, M. Kamto, M. Kemicha, M. Kolodkin, M. Koskenniemi, M. Mansfield, M. Matheson, M. Melescanu, M. Momtaz, M. Niehaus, M. Pambou-Tchivounda, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Sepúlveda, Mme Xue, M. Yamada.

Protection diplomatique[1] *(fin)* [A/CN.4/529, sect. A, A/CN.4/530 et Add.1[2], A/CN.4/L.631]

[Point 3 de l'ordre du jour]

QUATRIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL *(fin)*

1. M. SEPÚLVEDA dit qu'il a été beaucoup débattu du projet d'article 21 présenté dans le quatrième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/530 et Add.1), s'agissant de la nature et de la portée de la disposition relative à la *lex specialis* et de l'endroit où elle devrait être placée dans l'ensemble des projets d'article. Une question différente mais connexe est le régime spécial et autonome, doté de caractéristiques propres, prévu par les traités bilatéraux et multilatéraux de protection des investissements. L'invocation des procédures de règlement des différends prévues par ces traités exclut l'application des règles du droit coutumier relatives à la protection diplomatique. Il est toutefois intéressant de noter quels sont les sujets protégés par ces traités ou par la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, lesquels définissent notamment les termes «investissement» et «investisseur», mais non les droits et obligations des sociétés et de leurs actionnaires tels qu'ils sont visés à l'article 21. Aux fins de l'étude de la Commission, ces définitions constituent en définitive la *lex specialis* bien que, dans certains cas, leur portée soit plus vaste et puisse inclure les droits de propriété intellectuelle. En général, le terme «investisseur» s'entend de toute personne physique ou morale qui fait ou a fait un investissement, une personne physique étant un ressortissant de l'une des parties contractantes, une personne morale ayant été constituée conformément à la législation de l'une des parties contractantes et ayant son siège social sur son territoire. Sous l'angle conceptuel, il s'agit d'un terme différent de celui employé à l'article 21, et il convient d'en tenir compte. Dès lors que la règle spécifique applicable en l'occurrence donne une définition différente du sujet de droit, les dispositions du projet ne s'appliqueraient pas lorsque les investisseurs sont protégés par des règles spéciales du droit international. Cela concerne notamment le règlement des différends entre les investisseurs et les États ayant souscrit à ces règles spéciales. Pour ces raisons, M. Sepúlveda propose que le libellé de l'article soit plus étroitement aligné sur la terminologie des traités d'investissement. Il appuie néanmoins l'orientation fondamentale de l'article 21: la partie lésée doit d'abord épuiser tous les recours internes et, si elle n'obtient pas satisfaction, le différend pourrait être soumis, le cas échéant, à l'arbitrage international. À ce stade, la partie ne peut pas, en outre, se prévaloir de la protection diplomatique car cela est expressément interdit par le droit conventionnel, ainsi qu'il ressort de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, telle qu'elle est citée en note de bas de page du paragraphe 108 du rapport. Comme l'a souligné le Rapporteur spécial, les droits et obligations découlant

---

[1] Pour le texte des articles 1 à 7 du projet d'articles sur la protection diplomatique et des commentaires y relatifs adoptés à titre provisoire par la Commission à sa cinquante-quatrième session, voir *Annuaire… 2002*, vol. II (2e partie), chap. V, sect. C, p. 70 et suiv.

[2] Reproduit dans *Annuaire... 2003*, vol. II (1re partie).