

# PROTECTION DIPLOMATIQUE

[Point 6 de l'ordre du jour]

DOCUMENT A/CN.4/484\*

## Rapport préliminaire sur la protection diplomatique, par M. Mohamed Bennouna, rapporteur spécial

[Original: français]  
[4 février 1998]

### TABLE DES MATIÈRES

	<i>Pages</i>
Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport.....	317
Ouvrages cités dans le présent rapport .....	318
	<i>Paragraphes</i>
INTRODUCTION.....	1-13 319
<i>Chapitres</i>	
I. LA NATURE JURIDIQUE DE LA PROTECTION DIPLOMATIQUE.....	14-54 320
A. La conception classique .....	15-32 320
B. La reconnaissance des droits de l'individu sur le plan international.....	33-44 322
C. Droit interne et nature juridique de la protection diplomatique.....	45-48 324
D. Quels sont les droits en cause dans la protection diplomatique ? .....	49-54 324
II. LE CARACTÈRE DES RÈGLES RÉGISSANT LA PROTECTION DIPLOMATIQUE.....	55-65 325

\* Incorporant le document A/CN.4/484/Corr.1.

### Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport

	<i>Sources</i>
Accord en vue de déterminer les sommes à payer par l'Autriche et par la Hongrie pour satisfaire aux obligations qui leur incombent en vertu des traités conclus par les États-Unis d'Amérique avec l'Autriche, le 24 août 1921, et avec la Hongrie, le 29 août 1921 (Washington, 26 novembre 1924)	Société des Nations, <i>Recueil des Traités</i> , vol. XLVIII, p. 69.
Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme) [Rome, 4 novembre 1950]	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 213, p. 221.
Protocole n° 9 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, portant restructuration du mécanisme de contrôle établi par la Convention (Rome, 6 novembre 1990)	Conseil de l'Europe, <i>Série des traités européens</i> , n° 140.
Convention de Vienne sur les relations diplomatiques (Vienne, 18 avril 1961)	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 500, p. 95.
Convention de Vienne sur les relations consulaires (Vienne, 24 avril 1963)	Ibid., vol. 596, p. 261.

## Sources

Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (Washington, 18 mars 1965)	Ibid., vol. 575, p. 159.
Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (New York, 16 décembre 1966)	Ibid., vol. 993, p. 3.
Pacte international relatif aux droits civils et politiques (New York, 16 décembre 1966)	Ibid., vol. 999, p. 171.
Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux (Londres, Moscou et Washington, 29 mars 1972)	Ibid., vol. 961, p. 187.

## Ouvrages cités dans le présent rapport

- BENNOUNA, Mohamed  
« Le règlement des différends peut-il limiter le "droit" de se faire justice à soi-même ? », *Revue européenne de droit international* (Institut universitaire européen de Florence), vol. 5, n° 1, 1994.
- BERLIA, Georges  
« Contribution à l'étude de la nature de la protection diplomatique », *Annuaire français de droit international*, 1957 (Paris, Éditions du CNRS), vol. 3.
- BERNHARDT, Rudolf (dir. publ.)  
"Diplomatic protection", *Encyclopedia of Public International Law*, vol. I, Amsterdam, 1992.
- BORCHARD, Edwin M.  
*The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, New York, The Banks Law Publishing Co., 1919.
- BRIGGS, Herbert W.  
« La protection des individus en droit international : la nationalité des réclamations », *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 51, t. I, session de Varsovie, septembre 1965.
- BROWNLIE, Ian  
"International law at the fiftieth anniversary of the United Nations: general course on public international law", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1995, vol. 255, La Haye/Boston/Londres, Martinus Nijhoff, 1996.
- CARREAU, Dominique  
*Droit international*, 5<sup>e</sup> éd., Paris, Pedone, 1997.
- COTTEREAU, Gilles  
« Responsabilité de l'Iraq : aperçu sur les indemnisations urgentes des personnes physiques », *Annuaire français de droit international*, 1995 (Paris, Éditions du CNRS), vol. 41.
- DE VISSCHER, Charles  
*Théories et réalités en droit international public*, 2<sup>e</sup> éd. rev. et augmentée, Paris, Pedone, 1955.
- DOMINICÉ, Christian  
« La réparation non contentieuse », *La responsabilité dans le système international*, Paris, Pedone, 1991.
- DUBOIS, Louis  
« La distinction entre le droit de l'État réclameur et le droit du ressortissant dans la protection diplomatique (à propos de l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 14 juin 1977) », *Revue critique de droit international privé* (Paris), vol. 67, 1978.
- DUPUY, Pierre-Marie  
*La responsabilité internationale des États pour les dommages d'origine technologique et industrielle*, Paris, Pedone, 1976.
- JESSUP, Philip C.  
*A Modern Law of Nations: An Introduction*, New York, Macmillan, 1949.
- LAVIEC, Jean-Pierre  
*Protection et promotion des investissements : étude de droit international économique*, Paris, Presses universitaires de France, 1985.
- LILLICH, Richard B.  
"The diplomatic protection of nationals abroad: an elementary principle of international law under attack", *American Journal of International Law* (Washington), vol. 69, 1975.
- PELLET, Alain  
« Remarques sur une révolution inachevée : le projet d'articles de la CDI sur la responsabilité des États », *Annuaire français de droit international*, 1996 (Paris, Éditions du CNRS), vol. 42.
- REUTER, Paul  
« Quelques remarques sur la situation juridique des particuliers en droit international public », *La technique et les principes du droit public : études en l'honneur de Georges Scelle*, vol. 2, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1950.
- RIGAUX, François  
« Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale : cours général de droit international privé », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1989-I, vol. 213, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1989.
- SCELLE, Georges  
« Règles générales du droit de la paix », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1933-IV, vol. 46, Paris, Sirey, 1934.
- SIMMA, Bruno  
"From bilateralism to community interest in international law", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1994-VI, vol. 250, La Haye, Martinus Nijhoff, 1997.
- SUDRE, Frédéric  
*Droit international et européen des droits de l'homme*, 2<sup>e</sup> éd. rev. et augmentée, Paris, Presses universitaires de France, 1995.
- VATTEL, E., DE  
*Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, vol. I, reproduction des livres I et II de l'édition de 1758, Washington, Carnegie Institution, 1916.

## Introduction

1. Les discussions auxquelles a donné lieu le rapport du Groupe de travail sur la protection diplomatique, aussi bien au sein de la Commission que lors du débat à l'Assemblée générale<sup>1</sup>, ont permis de mettre en évidence les deux aspects déterminants du sujet, qu'il sera nécessaire de traiter à titre préliminaire, de manière à ce que la Commission puisse donner au Rapporteur spécial les orientations dont il a besoin pour poursuivre l'étude qui lui est confiée.

2. Il s'agit tout d'abord de la nature juridique de la protection diplomatique ou, en d'autres termes, du titulaire du droit sous-jacent. Il a été soutenu, en effet, que le développement des droits de la personne humaine, à laquelle on reconnaît de plus en plus la qualité de sujet de droit international, devrait amener la Commission à reconsidérer le droit classique en la matière tel qu'affirmé avec force en l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine* par la CPJI<sup>2</sup>.

3. On a fait remarquer ensuite que la proposition du Groupe de travail de limiter le sujet à la codification des règles secondaires pouvait entraîner des difficultés lorsqu'il s'agira d'étudier certaines questions comme le « principe des "mains propres", qui se trouve exactement à la jonction des règles primaires et des règles secondaires »<sup>3</sup>.

4. Après un rappel du développement historique de l'institution de la protection diplomatique, le présent rapport s'attachera donc à l'analyse du caractère des normes en la matière.

5. Le sujet à l'examen comporte une grande part de codification; ses origines coutumières sont avérées, comme l'a souligné le Groupe de travail, en se référant à l'arrêt relatif à l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine*, et selon lequel : « C'est un principe élémentaire du droit international\* que celui qui autorise l'État à protéger ses nationaux lésés par des actes contraires au droit international commis par un autre État, dont ils n'ont pu obtenir satisfaction par les voies ordinaires »<sup>4</sup>.

6. Ce « principe » a été imaginé très tôt puisqu'on renvoie souvent aux premiers théoriciens du droit international et notamment à Vattel, qui affirmait : « Quiconque maltraite un citoyen offense indirectement l'État, qui doit protéger ce citoyen. Le souverain de celui-ci doit venger son injure, obliger, s'il le peut, l'agresseur à une entière réparation ou le punir; puisqu'autrement le citoyen

n'obtiendrait point la grande fin de l'association civile, qui est la sûreté »<sup>5</sup>.

7. On peut voir là soit quelque relent de droit féodal où la protection du seigneur était donnée en contrepartie de l'allégeance de ses sujets (nationalité) soit encore l'un des prolongements des théories du « contrat social », en vogue à l'époque pour légitimer l'État, qui associaient la paix sociale et la reconnaissance de l'autorité souveraine.

8. Cependant, il se profile en filigrane, dans la citation de Vattel, l'un des reproches essentiels adressé à cette institution, qui serait discriminatoire en son essence dans la mesure où seuls les États puissants pourraient la mettre en œuvre à l'encontre des plus faibles. Elle aurait donc un caractère profondément inégalitaire, puisque la personne humaine a la possibilité de voir sa cause internationalisée ou non en fonction de l'État dont elle relève par le lien de nationalité. Bien plus, la protection diplomatique a servi de prétexte à des interventions dans les affaires de certains pays. Le juge Padilla Nervo a dénoncé cette situation en ces termes :

L'histoire de la responsabilité des États, en matière de traitement des étrangers, est une suite d'abus, d'ingérences illégales dans l'ordre interne des États faibles, de réclamations injustifiées, de menaces et même d'agressions militaires sous le couvert de l'exercice des droits de protection, et de sanctions imposées en vue d'obliger un gouvernement à faire les réparations demandées.<sup>6</sup>

9. Les pays latino-américains, qui ont subi en premier les méfaits de cette perversion de la protection diplomatique, ont tenté une parade juridique connue sous le nom de clause Calvo, du nom d'un homme d'État argentin (1824-1906), par laquelle l'étranger renonce contractuellement à la protection diplomatique de son État d'origine. On reviendra plus loin sur les discussions auxquelles cette clause a donné lieu.

10. Quoiqu'il en soit, la protection diplomatique a été conçue dès le départ comme le corollaire de la compétence personnelle de l'État sur sa population, lorsque des éléments de celle-ci, se trouvant en territoire étranger, ont subi un préjudice en violation du droit international<sup>7</sup>. Il s'agit, en fait, d'un mécanisme ou d'une procédure pour la mise en œuvre de la responsabilité internationale de l'État d'accueil des étrangers, au point que certains auteurs ont considéré que l'étude de celle-ci inclut la protection diplomatique<sup>8</sup>. Pourtant, la relation d'État à État

<sup>5</sup> Vattel, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, liv. II, chap. VI, par. 71, p. 309.

<sup>6</sup> *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1970*, p. 246, opinion individuelle du juge Padilla Nervo. De son côté, Charles De Visscher a estimé que les « impérialismes du XIX<sup>e</sup> siècle ont fait marcher de pair l'entreprise privée et la diplomatie » (*Théories et réalités en droit international public*, p. 337).

<sup>7</sup> Voir Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, p. 26 : « Lorsqu'un citoyen quitte le territoire national, il entre dans le champ du droit international [...] En recevant l'étranger sur son territoire, l'État de séjour accepte la souveraineté de l'État dont celui-ci est un national et reconnaît le lien qui l'y rattache. »

<sup>8</sup> Voir Jessup, *A Modern Law of Nations: An Introduction*, p. 97 et 98; et Briggs, « La protection des individus en droit international : la nationalité des réclamations », p. 9.

<sup>1</sup> Pour le débat à la quarante-neuvième session de la Commission, voir *Annuaire... 1997*, vol. I, 2513<sup>e</sup> séance, par. 1, p. 285. Pour le débat à l'Assemblée générale à sa cinquante-deuxième session, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, Sixième Commission, cinquante-deuxième session*, 16<sup>e</sup> à 25<sup>e</sup> séances (A/C.6/52/SR.16 à A/C.6/52/SR.25), et rectificatifs.

<sup>2</sup> Arrêt n<sup>o</sup> 2, 1924, C.P.J.I. série A n<sup>o</sup> 2. Voir, notamment, les interventions de MM. Lukashuk et Pellet devant la Commission (*Annuaire... 1997*, vol. I, 2513<sup>e</sup> séance, par. 7, p. 286, et par. 27, p. 288).

<sup>3</sup> Intervention de M. Simma à la quarante-neuvième session de la Commission (*Annuaire... 1997*, vol. I, 2513<sup>e</sup> séance, par. 21, p. 287).

<sup>4</sup> *Mavrommatis* (voir *supra* note 2), p. 12. Voir aussi le rapport du Groupe de travail sur la protection diplomatique, constitué par la CDI à sa quarante-neuvième session [*Annuaire... 1997*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 61 et 62].

a ceci de particulier, en l'occurrence, c'est qu'elle transite par le préjudice subi par les ressortissants de l'un sur le territoire de l'autre. Et pour concilier les compétences personnelle et territoriale en cause, la priorité est accordée au second État pour réparer le préjudice (en vertu du principe de l'épuisement des recours internes) avant que le premier n'engage une réclamation internationale, prenant fait et cause pour son ressortissant.

11. L'État conserve, en principe, le choix des moyens d'agir pour défendre ses ressortissants, dans le respect de ses engagements internationaux et des normes impératives du droit international. Il ne peut, notamment, recourir à la menace et à l'emploi de la force dans l'exercice de la protection diplomatique.

12. Cependant, comme l'a relevé le Groupe de travail de la Commission, la protection diplomatique *stricto sensu* est bien distincte de la mission diplomatique ou des fonctions consulaires exercées par l'État d'envoi en vue de prêter assistance à ses nationaux ou de protéger leurs

intérêts dans le pays d'accueil<sup>9</sup>, surtout lorsque ces actions consistent à obtenir certaines concessions en matière d'accès à des contrats ou à des marchés, à garantir aux ressortissants le droit à la défense ou encore à leur faciliter certaines procédures. Il n'est pas question dans ce cas de réclamation dirigée contre un autre État à la suite de la violation du droit international.

13. Si, dans l'exercice même de la protection diplomatique, l'État conserve le choix des moyens, il reste cependant à se demander sur quel droit il fonde son action, le sien propre ou celui de l'individu. La réponse à cette question détermine la nature juridique de la protection diplomatique (voir chap. I<sup>er</sup>). Il conviendra ensuite (chap. II) de s'interroger sur le caractère des règles en cause dans la protection diplomatique, entre le statut des étrangers en droit international (normes primaires) et les mécanismes de sa protection dans les relations interétatiques (normes secondaires).

<sup>9</sup> L'article 3 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques énumère « les fonctions d'une mission diplomatique ». L'article 5 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires définit les « fonctions consulaires ».

## CHAPITRE PREMIER

### La nature juridique de la protection diplomatique

14. Le Rapporteur spécial présentera d'abord la conception classique de la protection diplomatique, et les critiques dont elle a fait l'objet, avant de se demander si celles-ci débouchent sur de nouvelles propositions en liaison avec l'évolution des droits de l'homme et le renforcement des prérogatives de l'individu sur le plan international, tout en ayant à l'esprit le droit interne.

#### A. – La conception classique

15. Cette conception a été bien explicitée par la CPJI dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine* :

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

Il n'y a donc pas lieu, à ce point de vue, de se demander si, à l'origine du litige, on trouve une atteinte à un intérêt privé, ce qui d'ailleurs arrive dans un grand nombre de différends entre États. Du moment qu'un État prend fait et cause pour l'un de ses nationaux devant une juridiction internationale, cette juridiction ne connaît comme plaideur que le seul État.<sup>10</sup>

16. Certes, il y a au départ un différend opposant l'État d'accueil à un ressortissant étranger qui s'est vu refuser la reconnaissance de ses droits et a été victime, en fin de compte, d'un déni de justice, alors qu'il demandait réparation d'un dommage matériel et/ou moral. Si, par hypothèse, cet individu n'a pas la possibilité d'internationaliser le différend et de le sortir de la sphère du droit interne, son État national, par contre, peut endosser sa réclamation en lui faisant subir, ainsi qu'au litige, une véritable « nova-

tion ». En effet, dans la mesure où seul un État peut mettre en cause la responsabilité d'un autre État (l'individu étant privé de la qualité de sujet de droit international), l'endossement de la réclamation permet au demandeur, sur la base du lien de nationalité, de revendiquer le respect d'un droit qui lui est propre.

17. S'inspirant d'une approche dualiste des relations du droit international et du droit interne, la conception classique met ainsi en scène l'État national en occultant la réclamation de l'individu qui en est à l'origine. On oppose ainsi le préjudice immédiat subi par l'État en tant que tel (son territoire et ses agents, par exemple) au préjudice médiat qui le frappe au travers de ses ressortissants en territoire étranger et met en cause sa compétence personnelle. Reuter s'était demandé dès 1950 si cette distinction était toujours pertinente, à une époque où les biens des nationaux sont souvent comptabilisés dans la richesse nationale de leur État<sup>11</sup>. Et la question se pose encore plus à l'heure de la privatisation accélérée des moyens de production et de la « mondialisation ». Mais la réponse n'est pas aussi simple qu'il n'y paraît puisqu'elle soulève le difficile problème du lien de rattachement des biens à tel ou tel pays, problème qui sera abordé ultérieurement au sujet de la protection des personnes morales et de leurs actionnaires.

18. En énonçant le principe de l'épuisement des recours internes<sup>12</sup>, la Commission du droit international a été amenée, dans son projet sur la responsabilité des États,

<sup>11</sup> Reuter, « Quelques remarques sur la situation juridique des particuliers en droit international public », p. 540 et 541.

<sup>12</sup> L'article 22 (Épuisement des recours internes) du chapitre III (Violation d'une obligation internationale) du projet d'articles sur la responsabilité des États se lit comme suit :

<sup>10</sup> *Mavrommatis* (voir *supra* note 2), p. 12.

à prendre en compte le débat doctrinal opposant ceux qui considèrent le principe comme une simple règle de procédure et ceux qui en font au contraire une norme de substance. Dans cette seconde hypothèse, retenue par la Commission, la responsabilité de l'État hôte ne naît qu'après épuisement par les particuliers des recours internes. C'est que ces derniers, « bénéficiaires directs de l'obligation de résultat » relative au traitement qui leur est réservé par le droit international, font d'abord valoir devant les juridictions internes leur droit propre. Mais il n'est pas explicite, au travers des commentaires de la Commission, comment un tel droit est métamorphosé, à l'issue des procédures internes, en droit de l'État national afin d'en revenir à la logique de la protection diplomatique.

19. Dans la conception classique, l'endossement relève de la compétence discrétionnaire de l'État national, qui a toute latitude pour l'accorder ou le refuser « sans avoir à se justifier de quelque manière que ce soit, sans qu'il ait, par exemple, à s'appuyer sur le caractère mal fondé de la requête ou sur les nécessités de sa politique étrangère »<sup>13</sup>.

20. Si l'État national décide d'engager une réclamation, il a le choix des moyens de règlement du contentieux qui l'oppose à l'État territorial, y compris par amiable composition, en acceptant le versement par ce dernier d'une somme forfaitaire en guise de réparation. À la limite, il importe peu du point de vue du droit international de savoir comment l'individu lui-même a été indemnisé au final.

21. En réalité, la conception classique est fondée largement sur une fiction juridique. Si l'État national est censé réclamer, sur le plan international, le respect de son « droit propre » (par référence au fameux « standard minimum » de traitement reconnu par le droit international aux étrangers), celui-ci est souvent calqué sur le droit reconnu au ressortissant concerné sur le plan interne, ainsi que l'a rappelé la CIJ dans l'affaire de la *Barcelona Traction*<sup>14</sup>:

En l'espèce, il est donc capital de rechercher si les pertes qu'auraient subies des actionnaires belges de la *Barcelona Traction* ont eu pour cause la violation d'obligations dont ils étaient bénéficiaires. Autrement dit, un droit de la Belgique a-t-il été violé du fait que des droits appartenant à des ressortissants belges, actionnaires d'une société n'ayant pas la nationalité belge, auraient été enfreints ?

« Lorsqu'un comportement d'un État a créé une situation non conforme au résultat requis de lui par une obligation internationale concernant le traitement à réserver à des particuliers étrangers, personnes physiques ou morales, mais qu'il ressort de l'obligation que ce résultat ou un résultat équivalent peut néanmoins être acquis par un comportement ultérieur de l'État, il n'y a violation de l'obligation que si les particuliers intéressés ont épuisé les recours internes efficaces leur étant disponibles sans obtenir le traitement prévu par l'obligation ou, au cas où cela n'était pas possible, un traitement équivalent. »

[*Annuaire...* 1977, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 12 et 13 et commentaire de l'article 22, p. 31 à 52].

<sup>13</sup> Berlia, « Contribution à l'étude de la nature de la protection diplomatique », p.63 et 64.

<sup>14</sup> *Barcelona Traction* (voir *supra* note 6), par. 35, p. 32 et 33. La Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux prévoit (art. XII) que la réparation du dommage doit être de nature « à rétablir la personne physique ou morale [...] dans la situation qui aurait existé si le dommage ne s'était pas produit ». Voir Dupuy, *La responsabilité internationale des États pour les dommages d'origine technologique et industrielle*, p. 51 et 55.

22. D'autre part, c'est le dommage infligé au ressortissant étranger qui sert à apprécier la responsabilité de l'État hôte et à évaluer la réparation due à l'État national. La CPJI a précisé en ces termes cette relation :

[L]a réparation due à un État par un autre État ne change pas de nature par le fait qu'elle prend la forme d'une indemnité pour le montant de laquelle le dommage subi par un particulier fournira la mesure. [...] Le dommage subi par le particulier n'est donc jamais identique en substance avec celui que l'État subira : il ne peut que fournir une mesure convenable de la réparation due à l'État.<sup>15</sup>

23. La fiction est bien là, en effet, lorsque la Cour se sent tenue de proclamer, par une pétition de principe, l'absence d'identité entre les deux dommages tout en reconnaissant que l'un (le dommage subi par le particulier) servira à mesurer le second (qui demeure fictif) et donc la réparation due à l'État national. « Ce dictum célèbre de l'arrêt rendu dans l'affaire de la *manufacture de Chorzow* est-il plus que l'habile escamotage d'un talentueux illusionniste ? », s'exclamera Dubouis<sup>16</sup>.

24. Comment, par ailleurs, peut-on justifier, dans la conception classique, l'exigence de la continuité de la nationalité de l'individu, depuis la survenance du dommage jusqu'à la présentation de la demande ou même la décision finale ? Ainsi que l'a souligné Charles De Visscher : « Si le traitement infligé au ressortissant d'un État était en soi une offense à ce dernier, le droit à une intervention, acquis de ce moment même à l'État, ne saurait se perdre par un changement subséquent de nationalité chez le particulier lésé »<sup>17</sup>.

25. Dans le même ordre d'idées, le comportement de l'individu est pris en compte dans la détermination de la responsabilité de l'État hôte; la faute de la victime (réelle) peut ainsi être invoquée soit pour atténuer celle-ci soit pour l'exonérer (règle dite des « mains propres »).

26. Scelle ira jusqu'à qualifier la protection diplomatique de « novation fictive [...] inconsistante et illusoire », et d'ajouter : « Non seulement la personnalité *fictive* de l'État engloutit la personnalité *réelle* de l'individu, mais il résulte de cette prestidigitation que le sujet de droit originaire et effectif se trouve complètement éliminé, et le rapport *juridique* initial remplacé par un rapport *politique* »<sup>18</sup>.

27. Même si elle prend son point de départ dans une conception du droit international rejetant le droit subjectif de l'État fondé sur le lien de nationalité et plaidant pour un droit objectif d'intervention par référence à « la collectivité interétatique »<sup>19</sup>, la critique de Georges Scelle n'en est pas moins pertinente en ce qu'elle dévoile tous les artifices de la construction juridique en question.

<sup>15</sup> *Usine de Chorzów, fond, arrêt n° 13, 1928, C.P.J.I. série A n° 17, p. 28.*

<sup>16</sup> Dubouis, « La distinction entre le droit de l'État réclameur et le droit du ressortissant dans la protection diplomatique (à propos de l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 14 juin 1977) », p. 624.

<sup>17</sup> De Visscher, *op. cit.*, p. 342.

<sup>18</sup> Scelle, « Règles générales du droit de la paix », p. 660 et 661.

<sup>19</sup> La CIJ va opérer une distinction entre « les obligations des États envers la communauté internationale dans son ensemble et celles qui naissent vis-à-vis d'un autre État dans le cadre de la protection diplomatique » dans l'affaire de la *Barcelona Traction* (voir *supra* note 6), par. 33, p. 32.

28. La doctrine latino-américaine, dans le sillage de la clause Calvo, a estimé inadmissible qu'un individu « titulaire de l'intérêt et du droit lésé »<sup>20</sup> ne puisse renoncer de son plein gré à la protection de son État national. Ce faisant, ledit individu accepterait de se soumettre au principe d'égalité avec les nationaux qui sont justiciables de leurs seuls tribunaux. Mais le débat n'est pas resté au niveau théorique puisque les législations de certains pays sont allées jusqu'à faire de ladite clause l'une des conditions de la validité des contrats conclus avec les étrangers. En réalité, toute la controverse autour de la clause Calvo ramène à la question centrale de la nature du droit en cause (et donc de son titulaire) dans l'exercice par l'État de la protection diplomatique.

29. Dans la mesure où l'objectif est de limiter les abus des pays puissants, qui sont aussi les principaux exportateurs de capitaux, il n'est pas surprenant que ladite clause Calvo soit réapparue sous d'autres formes et une autre formulation dans les revendications des pays en développement, dans les années 70, pour un nouvel ordre économique international. Il s'agissait de réserver les différends concernant le statut de la propriété étrangère exclusivement aux seules juridictions nationales du pays d'accueil concerné<sup>21</sup>.

30. On doit relever, cependant, que nombreux étaient les États qui soutenaient cette thèse dans les instances internationales tout en concluant parallèlement des accords de promotion et d'encouragement des investissements qui reconnaissaient à l'État national le droit d'agir, y compris devant une instance arbitrale, pour faire respecter les droits reconnus dans le traité en faveur de ses ressortissants investisseurs.

31. Mais il s'agit d'accords qui s'inscrivent dans le cadre de l'ensemble des relations bilatérales entre les États concernés et qui, le plus souvent, prévoient, comme on le verra plus loin, l'accès des particuliers eux-mêmes à l'arbitrage international.

32. Quoi qu'il en soit, la protection diplomatique a été grevée d'une charge émotionnelle et politique importante, qui l'a rendue suspecte comme si elle n'était qu'un subterfuge pour manipuler une propriété et des actions de ressortissants étrangers ravalés au rang de « cheval de Troie ». Mais c'est la reconnaissance à l'individu d'une certaine dose de personnalité juridique internationale, en tant que destinataire direct de normes internationales et en tant que titulaire du droit d'engager des réclamations à leur sujet, qui va entraîner la doctrine à s'interroger plus

nettement sur la pertinence de la conception classique de la protection diplomatique.

## B. – La reconnaissance des droits de l'individu sur le plan international

33. Cette reconnaissance est intervenue dans certains domaines où le cadre étatique s'est révélé inadéquat dans la mesure où il ne correspond plus aux besoins des sociétés humaines, comme en matière des droits inhérents à la personne humaine, sans considération de sa nationalité, des droits des investisseurs étrangers, ou encore en ce qui concerne le règlement de certains contentieux internationaux.

### *Droits inhérents à la personne humaine*

34. Depuis l'adoption de la Charte des Nations Unies et de la Déclaration universelle des droits de l'homme<sup>22</sup>, on a assisté à un mouvement de reconnaissance des droits de la personne humaine au travers d'une série de grandes conventions multilatérales générales<sup>23</sup>. Il en a résulté un certain nombre de conséquences juridiques qui sortent complètement du cadre tracé par la conception classique de protection diplomatique.

35. L'État ne peut plus prétendre enfermer l'individu dans la sphère exclusive de sa compétence nationale puisque l'ordre international lui confère directement des droits et fait peser sur tous les États l'obligation d'en assurer le respect. Sous certaines conditions, l'individu peut même se faire entendre et défendre ses droits devant les organismes internationaux ou les comités créés par les conventions internationales relatives aux droits de l'homme (droit de pétition). L'approche dualiste qui a inspiré les premiers promoteurs de la protection diplomatique n'est donc plus de mise, en l'occurrence, puisqu'on assiste plutôt à une continuité entre les mécanismes interétatiques et la législation interne en matière de droits de l'homme.

36. D'autre part, l'État, lorsqu'il intervient en faveur d'une personne humaine, n'est pas mû nécessairement par un intérêt subjectif, fondé sur le lien de nationalité; il est censé agir pour le respect de la légalité internationale objective. Dans son *obiter dictum* en l'affaire de la *Barcelona Traction*, la Cour a considéré que « les règles concernant les droits fondamentaux de la personne humaine » constituent « des obligations *erga omnes* » créant en faveur de tous les États un intérêt à agir<sup>24</sup>.

37. Ainsi qu'on l'a fait remarquer à propos des normes conventionnelles sur les droits de l'homme et de la possibilité offerte aux États d'en demander le respect dans l'absolu : « On mesure, au plan théorique, l'innovation que constitue cette procédure par rapport à la procédure diplomatique traditionnelle ». En effet, c'est l'intérêt de la communauté qui est en cause ici pour protéger

<sup>20</sup> Rapport de F. V. García Amador, Rapporteur spécial sur la responsabilité internationale (*Annuaire... 1956*, vol. II, doc. A/CN.4/96, par. 106, p. 194).

<sup>21</sup> Lillich, "The diplomatic protection of nationals abroad: an elementary principle of international law under attack", p. 359 à 365. L'auteur se réfère notamment à la Charte des droits et devoirs économiques des États, adoptée le 12 décembre 1974 par l'Assemblée générale des Nations Unies [résolution 3281 (XXIX), art. 2, par. 2, al. c], qui dispose que :

« [...] Dans tous les cas où la question de l'indemnisation donne lieu à différend, celui-ci sera réglé conformément à la législation interne de l'État qui prend les mesures de nationalisation et par les tribunaux de cet État, à moins que tous les États intéressés ne conviennent librement de rechercher d'autres moyens pacifiques sur la base de l'égalité souveraine des États et conformément au principe du libre choix des moyens. »

<sup>22</sup> Résolution 217 A (III) de l'Assemblée générale, en date du 10 décembre 1948.

<sup>23</sup> Notamment le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels.

<sup>24</sup> *Barcelona Traction* (voir *supra* note 6), par. 33 et 34, p. 32.

« les valeurs communes que le système consacre »<sup>25</sup>. L'individu est associé à la procédure engagée devant la Cour européenne des droits de l'homme et l'opportunité lui est même offerte désormais de la saisir directement<sup>26</sup>.

#### *Droits des investisseurs étrangers*

38. Les conventions bilatérales relatives à la promotion et à la protection des investissements se sont multipliées depuis les années 60. Elles sont actuellement près de 300 conclues entre des pays exportateurs et des pays importateurs de capitaux, à partir de prototypes préparés généralement par les premiers (essentiellement les États-Unis d'Amérique, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, la France et l'Allemagne)<sup>27</sup>. Selon Lavieć, « ces modes récents de protection apparaissent aussi comme des alternatives pour éviter les écueils de la protection diplomatique, dont ils consacrent le déclin »<sup>28</sup>.

39. En effet, l'investissement est défini en tant que tel, ainsi que les droits y afférents pour garantir sa sécurité; le droit coutumier est précisé et complété (transferts des bénéfices et du capital, indemnisation en cas d'expropriation). Un grand nombre de ces accords bilatéraux prévoient qu'en cas de différend entre l'investisseur et l'État d'accueil, l'un ou l'autre peut recourir pour son règlement au CIRDI<sup>29</sup>. L'investisseur étranger peut de la sorte accéder directement à un tribunal arbitral dans un différend qui l'oppose à l'État d'accueil. On peut considérer, par conséquent, que, dans ce contexte, il bénéficie de la personnalité juridique internationale.

40. En consentant à l'arbitrage, les parties au différend renoncent à tout autre recours. Ainsi sont écartés et l'exigence de la part de l'État d'accueil d'épuiser les recours internes et l'exercice de la protection diplomatique par l'État national. Autrement dit, cette « fiction » n'a plus lieu d'être lorsque le droit du particulier est reconnu directement par le droit international (conventions bilatérales déjà mentionnées) et qu'il peut le faire respecter lui-même à ce niveau.

#### *Règlement de certains contentieux internationaux*

41. Les États ont institué les tribunaux internationaux ad hoc pour permettre le règlement de différends qui op-

<sup>25</sup> Sudre, *Droit international et européen des droits de l'homme*, p. 74. L'article 24 de la Convention européenne des droits de l'homme autorise tout État contractant à saisir la Commission européenne pour tout manquement à la Convention commis par un autre État partie. Selon la Commission, « l'État qui intervient au titre de l'article 24 "ne doit donc pas être considéré comme agissant pour faire respecter ses droits propres, mais plutôt comme soumettant à la Commission une question qui touche à l'ordre public de l'Europe" » (décision du 11 janvier 1961, *Autriche c. Italie*, citée par Sudre, op. cit., p. 281).

<sup>26</sup> Protocole n° 9 à la Convention européenne des droits de l'homme.

<sup>27</sup> Une étude du Centre des Nations Unies sur les sociétés transnationales réalisée en 1988, et intitulée *Bilateral Investment Treaties* (publication des Nations Unies, numéro de vente : E.88.II.A.1), en recensait 265.

<sup>28</sup> Lavieć, *Protection et promotion des investissements : étude de droit international économique*, p. 5.

<sup>29</sup> Le CIRDI a été créé par la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, sous les auspices de la Banque internationale pour la reconstruction et le développement.

posent l'un d'entre eux aux ressortissants de l'autre. Il y eut tout d'abord les commissions mixtes au XIX<sup>e</sup> siècle, dont la première a été créée par le Traité anglo-américain du 8 février 1853<sup>30</sup>. Au lendemain de la première guerre mondiale, un accord du 26 novembre 1924 entre les États-Unis, d'une part, l'Autriche et la Hongrie, d'autre part, a permis la désignation d'un commissaire chargé de se prononcer sur les réclamations présentées par les États-Unis au nom des citoyens américains ayant subi des préjudices imputables à ces pays au cours de la première guerre mondiale.

42. Plus récemment, le Tribunal du contentieux entre les États-Unis et l'Iran a été créé par l'accord d'Alger de 1981 (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)<sup>31</sup>. Près de 4 000 sentences ont déjà été rendues par ce tribunal sur des questions qui opposent essentiellement les ressortissants étrangers à l'un ou l'autre des pays d'accueil. Il y a là aussi renonciation et aux recours internes et à la protection diplomatique, les particuliers étant autorisés à faire valoir directement leurs droits devant une juridiction internationale.

43. Enfin, il convient de relever les conditions dans lesquelles le Conseil de sécurité a décidé de régler les conséquences de la responsabilité pour « tous autres préjudices directs subis par des États étrangers et des personnes physiques et sociétés étrangères » directement imputables à l'invasion et à l'occupation du Koweït par l'Iraq<sup>32</sup>. La mise en œuvre de cette responsabilité sera confiée à un fonds d'indemnisation et à une commission de compensation placés sous l'autorité d'un conseil d'administration composé des mêmes membres que le Conseil de sécurité et siégeant à l'Office des Nations Unies à Genève<sup>33</sup>. La procédure est néanmoins hybride puisqu'elle comporte des garanties de nature judiciaire; des commissions tripartites composées de commissaires indépendants sont chargées d'étudier les demandes et de faire les propositions au Conseil d'administration, qui les entérine dans tous les cas.

44. Les demandes peuvent être présentées à la Commission par des États ou des organisations internationales au nom des individus concernés ou des personnes morales, et les indemnités décidées sont ensuite liquidées par leur intermédiaire. En quelque sorte, les États sont considérés en l'occurrence comme les agents des individus auprès de l'organisme chargé de trancher le litige les opposant au pays responsable du préjudice. Certains États offrent même à leurs ressortissants des avances, en attendant l'indemnisation en question, « confirmation, s'il en était encore besoin, de l'écart qui sépare les formules adoptées

<sup>30</sup> Rigaux, « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale : cours général de droit international privé », p. 120.

<sup>31</sup> Voir *Revue générale de droit international public* (Paris), vol. 85, 1981, p. 139.

<sup>32</sup> Résolution 687 (1991) du 3 avril 1991, par. 16.

<sup>33</sup> Résolution 692 (1991) du 20 mai 1991, par. 3.

dans ce conflit des mécanismes traditionnels de la protection diplomatique »<sup>34</sup>.

### C. – Droit interne et nature juridique de la protection diplomatique

45. Il n'est pas question, à ce stade, de passer en revue tous les systèmes juridiques, dans leur relation avec la protection diplomatique, mais plus simplement d'en rappeler les grandes lignes et de tenter de déceler quelques signes d'évolution.

46. Le droit interne a admis, bien entendu, le pouvoir discrétionnaire de l'État pour l'exercice de la protection diplomatique et en a déduit comme conséquence que la décision ou non d'engager la réclamation, le choix des voies de recours, l'acceptation d'une indemnité forfaitaire (*lump-sum agreement*) et les modalités de répartition de celle-ci ne sont pas susceptibles d'un contrôle juridictionnel. Sur ce dernier point cependant, on a constaté, dès les années 50, une évolution de la pratique dans le sens de l'instauration d'un contrôle juridictionnel du reversement de l'indemnité perçue par l'État. Ainsi la France, le Royaume-Uni et les États-Unis ont-ils institué des commissions à caractère juridictionnel pour répartir les sommes forfaitaires reçues de certains pays d'Europe orientale après la seconde guerre mondiale.

47. Ce serait aller trop vite en besogne que de conclure de cette pratique que de « discrétionnaire » la compétence de l'État serait désormais « liée »<sup>35</sup>, mais il n'en demeure pas moins que cette évolution illustre « le caractère “boiteux”, peu satisfaisant, voire archaïque, de la “protection diplomatique” »<sup>36</sup>.

48. Dorénavant, la plupart des droits internes autorisent le recours devant les tribunaux internes pour garantir le reversement de l'indemnité reçue par le gouvernement et pour en contrôler la répartition. Mais il est rarement question d'un droit de l'individu à bénéficier de la protection diplomatique de son État national et, en conséquence, d'une obligation ou d'un devoir qui pèserait en ce domaine sur ce dernier. Même si une telle obligation est évoquée par certains textes constitutionnels<sup>37</sup>, elle en reste, en réalité, au niveau beaucoup plus moral que juridique; l'intervention de l'État national dépendant à l'évidence de considérations politiques et d'opportunité, selon les relations diplomatiques en cause. Elle doit pour le moins se concilier avec les intérêts supérieurs de l'État national<sup>38</sup>.

<sup>34</sup> Cottureau, « Responsabilité de l'Iraq : aperçu sur les indemnités urgentes des personnes physiques », p. 166. Les dossiers soumis par les personnes physiques sont au nombre de 2,8 millions.

<sup>35</sup> Berlia, loc. cit., p. 66. L'auteur cite les accords conclus par les trois pays avec la Yougoslavie et la Tchécoslovaquie entre 1948 et 1951.

<sup>36</sup> Carreau, *Droit international*, p. 467.

<sup>37</sup> Notamment dans la Constitution de la Chine et celles de la Fédération de Russie et de certains pays européens de l'Est.

<sup>38</sup> La jurisprudence des tribunaux allemands reconnaît le devoir de protection des nationaux sous cette réserve. Voir Bernhardt (dir. publ.), « Diplomatic protection », p. 1052.

### D. – Quels sont les droits en cause dans la protection diplomatique ?

49. Il est certes établi qu'il existe un droit « procédural » de l'État d'engager une réclamation internationale pour protéger ses nationaux ayant subi un préjudice en violation du droit international. Et l'État peut accepter de limiter ce droit ou même d'y renoncer dans sa pratique conventionnelle avec d'autres pays.

50. Il reste à se demander, comme le préconise la conception classique, si, en agissant de la sorte, l'État « fait valoir son propre droit » ou, au contraire, s'il n'est que le mandataire ou le représentant de son ressortissant titulaire « d'un intérêt juridiquement protégé » sur le plan international et donc d'un droit<sup>39</sup>. Selon que l'on opte pour le droit de l'État ou le droit du ressortissant, on privilégie soit une coutume fort ancienne, qui faisait la part belle à la souveraineté, même en recourant à une fiction, soit le développement progressif et une adoption de la coutume, en prenant en compte la réalité au travers de la reconnaissance internationale des droits de la personne humaine.

51. Bien entendu, le choix n'est pas purement théorique; il a un impact sur le régime juridique de la protection diplomatique. En effet, la mise en œuvre par l'État d'un droit appartenant à son ressortissant l'oblige, d'une manière ou d'une autre, à associer celui-ci au niveau de la procédure et de la transaction éventuelle. On pourrait concevoir aussi, dans ce cas, que l'État ne puisse engager une réclamation internationale contre la volonté du ressortissant concerné. Aussi, en renonçant à la protection diplomatique de son État national, le ressortissant n'empiète pas sur les droits de ce dernier mais ne fait que disposer d'un droit qui lui est propre.

52. Le Rapporteur spécial a montré comment l'attribution de droits aux individus par la voie conventionnelle peut aller jusqu'à leur permettre d'accéder directement à des mécanismes et à des tribunaux internationaux pour en garantir le respect. Mais peut-on les considérer du point de vue du droit international général comme les titulaires de droits que les États peuvent simplement mettre en œuvre en engageant des réclamations internationales ? Tel est l'enjeu du débat juridique actuel sur la protection diplomatique au sujet duquel le Rapporteur spécial souhaite recevoir des orientations pour préparer les rapports futurs sur le sujet.

53. Ainsi, si on devait transposer la proclamation « Mavrommatis »<sup>40</sup>, on dirait que l'État, en prenant fait et cause pour ses ressortissants, fait valoir leur droit au respect des obligations internationales concernant le traitement réservé aux étrangers, personnes physiques ou morales. On pourrait objecter à une telle formulation, plus compatible avec l'évolution récente du droit international, le fondement de la responsabilité internationale où l'on associe la violation d'une obligation internationale par un État à l'existence d'un droit subjectif au bénéfice d'un autre État. Mais l'on admet de plus en plus qu'un État puis-

<sup>39</sup> Selon l'expression de la CIJ dans l'affaire de la *Barcelona Traction* (voir *supra* note 6), par. 35, p. 32.

<sup>40</sup> Voir *supra* note 2.



se avoir des obligations à l'égard d'individus titulaires de droits qui leur sont reconnus par le droit international. On ne voit pas dans ces conditions ce qui pourrait s'opposer à ce que l'État national, qui a un devoir de protection de ses ressortissants, prenne fait et cause pour ces derniers et engage une réclamation internationale en leur nom. Tout en admettant que « cette question mérite une étude approfondie », Dominicé ajoute « qu'il ne paraît pas y avoir d'obstacle de principe à une telle thèse »<sup>41</sup>.

<sup>41</sup> Dominicé, « La réparation non contentieuse », p. 221. L'auteur évoque des accords d'indemnisation forfaitaire « où il est question des

54. Le Rapporteur spécial souhaite donc que la Commission puisse répondre à la question suivante : en engageant une réclamation internationale, l'État fait-il valoir son propre droit ou bien celui de son ressortissant lésé ?

réclamations (*claims*) des ressortissants (*nationals*) de l'État qui obtient l'indemnité à l'endroit de celui qui s'engage à la verser ». La responsabilité de l'État serait alors engagée à l'égard de l'individu titulaire de prétentions fondées sur le droit international.

## CHAPITRE II

### Le caractère des règles régissant la protection diplomatique

55. Doit-on, comme l'a préconisé le Groupe de travail de la Commission, s'en tenir à la codification des règles secondaires en la matière ? La même limitation a prévalu, à l'initiative de Roberto Ago, pour mettre au point le projet d'articles sur la responsabilité des États; ce qui aurait permis de le « débloquer »<sup>42</sup>. Mais la distinction entre les obligations des États dans tel ou tel domaine de leurs relations (règles primaires) et celles qui naissent de leur violation, comme le droit à réparation (règles secondaires), n'est pas aussi stricte qu'il n'y paraît. La Commission du droit international a été amenée à classer les obligations primaires en obligations de comportement et de résultat, ou encore en obligations destinées à assurer un traitement donné aux particuliers étrangers, pour en tirer certaines conclusions en matière de responsabilité de l'État, bien qu'elle en soit restée à des catégories générales et ait évité d'aborder le contenu du droit matériel en cause. Cette ligne de conduite ne s'est pas démentie tout au long de ce travail :

[I] faut éviter à tout prix, pour les raisons maintes fois rappelées par la Commission, que la considération dans le projet du principe de l'épuisement des recours internes et de ses différents aspects ne débouche sur l'examen du contenu des règles « primaires » du droit international telles que, par exemple, celles qui ont trait au traitement des étrangers, dont l'effort de définition a été fatal aux anciennes tentatives de codification en matière de responsabilité internationale.<sup>43</sup>

56. Effectivement, la Commission avait décidé, dans le cadre de l'étude du sujet de la responsabilité internationale, de commencer par codifier l'aspect qui, selon elle, s'y prêtait le mieux, à savoir la « responsabilité de l'État pour dommages causés à la personne ou aux biens des étrangers »<sup>44</sup>.

57. Et, de fait, le Rapporteur spécial, M. V. F. García Amador, a choisi de traiter d'abord des règles primaires, à savoir « les principes et normes de *fond*, c'est-à-dire des

*actes et omissions* qui engagent la responsabilité internationale de l'État pour dommages causés aux étrangers » en laissant de côté, dans un premier temps, tous ceux (règles secondaires)

qui touchent à la procédure ou sont en liaison étroite avec elle : la règle de l'épuisement des recours internes, la renonciation du ressortissant étranger à la protection diplomatique de son État ou la renonciation de cet État à son droit de protection diplomatique, les méthodes et procédures de règlement (y compris le principe de la nationalité de la réclamation et les règles concernant la capacité de présenter des réclamations internationales), la prescription et les autres causes d'exonération et circonstances atténuantes ou aggravantes et, enfin, les formes et l'étendue de la réparation.<sup>45</sup>

58. C'est précisément en considération de cette première expérience que le Groupe de travail a proposé que la codification de la protection diplomatique ne concerne que les règles secondaires, soit le second aspect du plan proposé par le Rapporteur spécial, sous réserve des éléments qui relèvent du projet d'articles sur le droit de la responsabilité internationale. En effet, l'approche plus globale retenue par le Rapporteur spécial l'a conduit à une impasse puisqu'il proposera de codifier des pans entiers et très vastes du droit international, au-delà de la responsabilité *stricto sensu*, comprenant les comportements des organes de l'État, les droits de l'homme, les dettes publiques, les actes d'expropriation, les contrats entre États et particuliers, les droits acquis, etc.

59. On peut donc convenir qu'il est parfaitement approprié au traitement du sujet de la protection diplomatique de le limiter aux « règles secondaires » pour éviter le « débordement » inévitable qu'implique toute analyse des questions de responsabilité internationale<sup>46</sup>.

60. Ce « garde-fou » étant posé, la Commission devrait pouvoir se référer aux « règles primaires » au niveau des catégories générales et, lorsque cela s'avérera nécessaire, codifier valablement les « règles secondaires » entrant directement dans le cadre du sujet. Ce sera notamment le cas lorsqu'il s'agira de définir le lien de nationalité des

<sup>42</sup> Pellet, « Remarques sur une révolution inachevée : le projet d'articles de la CDI sur la responsabilité des États », p. 8.

<sup>43</sup> Conclusion du commentaire de l'article 22 (Épuisement des recours internes) du projet d'articles sur la responsabilité des États, *Annuaire... 1977*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), par. 52, p. 50.

<sup>44</sup> *Annuaire... 1956*, vol. II, doc. A/CN.4/96, p. 221.

<sup>45</sup> *Annuaire... 1957*, vol. II, doc. A/CN.4/106, par. 3, p. 120.

<sup>46</sup> Bennouna, « Le règlement des différends peut-il limiter le "droit" de se faire justice à soi-même ? », p. 63 et 64.

personnes physiques ou morales, qui permet d'engager une réclamation internationale, ou bien les causes d'exonération de responsabilité liées au comportement des particuliers. La « règle primaire » n'est plus étudiée en elle-même, mais dans sa relation avec « la règle secondaire ». Ainsi, ce n'est pas l'octroi de la nationalité qui serait en cause, en l'occurrence, mais les conditions de son opposabilité à un autre État; de même, ce n'est pas le respect par le particulier du droit du pays hôte qui sera étudié ici, mais les conditions dans lesquelles le comportement du premier pourrait exonérer le second de sa responsabilité.

61. Cette relation entre règles primaires et secondaires a été soulignée par Brownlie, lequel, après avoir cité la décision du Tribunal du contentieux entre les États-Unis et l'Iran dans l'affaire n° A/18 ("In cases where the Tribunal finds jurisdiction based upon a dominant and effective nationality of the claimant, the other nationality may remain relevant to the merits of the claim"), ajoute : "This proviso clearly refers to situations in which reliance upon the other nationality would involve elements of fraud, or estoppel, or fundamental considerations of equity, such as the principle of clean hands"<sup>47</sup>. Autant d'occasions d'examiner des règles primaires en vue de déterminer le droit d'un État d'engager une réclamation en protection de ses ressortissants et surtout d'évaluer sa responsabilité.

62. Le Rapporteur spécial pense donc que le temps des catégories étanches et des approches manichéennes du

<sup>47</sup> Brownlie, "International law at the fiftieth anniversary of the United Nations: general course on public international law", p. 109 et 110. Pour l'affaire n° A/18, voir *International Law Reports*, vol. 75, 1987, p. 176 à 194.

droit international est révolu. On assiste dorénavant à des continuités, aussi bien entre l'interne et l'international qu'entre l'interétatique et le communautaire<sup>48</sup>, avec des prédominances selon les domaines concernés.

63. De ce point de vue également, le Rapporteur spécial souhaite recevoir des orientations de la part de la Commission quant à la limitation du sujet de la protection diplomatique aux règles secondaires du droit international. Cette limitation signifie-t-elle que la référence à celles-ci sera à titre exclusif ou principal ?

64. Il n'est pas question, bien sûr, si la seconde option est retenue, d'en revenir aux errements de la première approche proposée à la CDI par M. V. F. García Amador; il ne s'agit de codifier ni le statut des étrangers ni le droit aux investissements. Il faut cependant avoir à l'esprit la nécessité où peut se trouver la Commission d'examiner, en tant que catégories générales, certaines règles primaires de manière à définir la nationalité des personnes physiques et morales et son opposabilité, et d'apprécier le comportement de celles-ci à l'égard du pays hôte en vue de déterminer sa responsabilité.

65. La question est donc de savoir si la Commission adoptera une conception rigide ou souple des règles secondaires en relation avec la protection diplomatique.

<sup>48</sup> Simma, "From bilateralism to community interest in international law".