

Document:-  
**A/CN.4/SR.2520**

**Compte rendu analytique de la 2520e séance**

sujet:  
**Protection diplomatique**

Extrait de l'Annuaire de la Commission du droit international:-  
**1998, vol. I**

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

2520<sup>e</sup> SÉANCE

Mardi 28 avril 1998, à 10 h 5

Président : M. João BAENA SOARES

Présents : M. Addo, M. Al-Khasawneh, M. Bennouna, M. Brownlie, M. Candioti, M. Dugard, M. Economides, M. Ferrari Bravo, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Herdocia Sacasa, M. Kabatsi, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Melescanu, M. Mikulka, M. Opertti Badan, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rosenstock, M. Sepúlveda, M. Simma, M. Thiam.

**Protection diplomatique (A/CN.4/483, sect. E, A/CN.4/484<sup>1</sup>, A/CN.4/L.553)**

[Point 6 de l'ordre du jour]

RAPPORT PRÉLIMINAIRE DU RAPPORTEUR SPÉCIAL

1. Le PRÉSIDENT rappelle que, comme il est dit au paragraphe 233 du rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa quarante-neuvième session<sup>2</sup>, la première partie de la session en cours doit être consacrée à l'examen des divers rapports et la seconde, qui doit se tenir à New York, à l'adoption des projets d'articles accompagnés de leurs commentaires ainsi que du rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa cinquantième session. Il invite donc celle-ci à commencer l'examen du sujet de la protection diplomatique et propose que le rapport préliminaire sur le sujet (A/CN.4/484) soit examiné question par question, méthode qui a donné de bons résultats à la session précédente. Les membres de la Commission devraient aussi étudier quelles mesures celle-ci pourrait prendre pour la suite de ses travaux sur le sujet.

2. La Commission pourrait également envisager de reconstituer le Groupe de travail sur la protection diplomatique établi lors de sa quarante-neuvième session<sup>3</sup> après le débat général, afin d'aider le Rapporteur spécial à mieux cerner les éléments qui doivent être inclus dans son second rapport.

3. M. BENNOUNA (Rapporteur spécial) rappelle qu'en le nommant rapporteur spécial, la Commission a recommandé qu'il présente un rapport préliminaire à la session en cours et a décidé qu'elle s'efforcera d'achever l'examen du sujet de la protection diplomatique en première lecture à la fin du quinquennat. Il se peut toutefois que ce dernier objectif soit revu. Les préliminaires sont indispensables pour la réussite de toute entreprise

humaine. De ce fait, un rapport préliminaire ouvre la voie à l'étude approfondie du sujet et à l'éventuelle incorporation à un traité ou autre instrument de ce qui est devenu une pratique attestée. Dès les tout débuts de l'examen du rapport du Groupe de travail sur le sujet<sup>4</sup>, des membres de la Commission ont fait valoir qu'une analyse préliminaire était indispensable avant toute tentative d'étude approfondie de la protection diplomatique. M. Lukashuk, par exemple, a estimé que le Rapporteur spécial devra se pencher sur la notion même de protection diplomatique, qui est de plus en plus axée en droit contemporain sur les droits de l'individu; considérant qu'il existe bien un droit à la protection diplomatique, M. Lukashuk a estimé que la protection diplomatique ne procède pas d'une compétence *ratione personae* sur l'individu. Ces propos ont été approuvés par un certain nombre d'autres membres de la Commission.

4. M. Pellet a appelé l'attention sur l'absence totale de symétrie dans la protection diplomatique. Un État dont un national a été lésé peut exercer sa protection diplomatique à l'encontre de l'État auteur du préjudice, mais l'inverse n'est pas vrai : l'État qui a subi un dommage du fait d'une personne privée ne peut s'en plaindre auprès de l'État dont cette personne a la nationalité. M. Pellet a ajouté que les rapports de force politiques et économiques expliquent que l'institution joue pour ainsi dire à sens unique. Il a été rejoint en cela par M. Thiam, qui a ajouté que les sociétés multinationales sont souvent plus puissantes que des États.

5. M. Pellet a également estimé que le fait que les individus sont aujourd'hui de plus en plus reconnus comme des sujets de droit international est une dimension qui devra nécessairement être prise en compte dans le rapport préliminaire du Rapporteur spécial. M. Ferrari Bravo est allé encore plus loin et a affirmé que l'arrêt de la CPJI dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine* ne serait que l'expression d'une théorie aujourd'hui dépassée où l'État était considéré comme le « maître » de ses citoyens. Le Rapporteur spécial lui-même a souligné que les évolutions importantes intervenues au cours des dernières années obligent à envisager le sujet sous un angle nouveau et « rajeuni ».

6. Le Rapporteur spécial a pensé que, dans un rapport préliminaire, il se devait de présenter les options offertes à la Commission sans chercher à imposer sa propre conception du sujet. Il demeure personnellement tout à fait ouvert, mais, à l'évidence, on ne peut s'en tenir aujourd'hui à la conception traditionnelle de la protection diplomatique, sauf à s'abriter dans ce conservatisme à toute épreuve dont on a parfois accusé la Commission.

7. La conception traditionnelle peut être adaptée aux réalités nouvelles, mais cette adaptation peut emprunter des voies assez variées et il n'est nullement nécessaire de s'en tenir à une construction juridique unique. La Commission s'est déjà attaquée à la distinction entre règles primaires et règles secondaires, et le Groupe de travail a proposé dans son rapport que le sujet soit limité aux règles secondaires du droit international, c'est-à-dire aux conséquences d'un fait internationalement illicite (par commis-

<sup>1</sup> Reproduit dans *Annuaire... 1998*, vol. II (1<sup>re</sup> partie).

<sup>2</sup> *Annuaire... 1997*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 72.

<sup>3</sup> *Ibid.*, par. 169, p. 61.

<sup>4</sup> Pour le rapport du Groupe de travail, *ibid.*, par. 172 à 189, p. 61 à 64.

sion ou par omission) qui a causé un préjudice médiat à l'État, généralement au travers d'un préjudice causé à ses nationaux<sup>5</sup>. Le Groupe de travail a ajouté que l'étude ne portera pas sur le contenu précis de l'obligation internationale qui aura été violée.

8. MM. Pambou-Tchivounda et Simma ont toutefois rappelé que la règle des « mains propres » et celle de l'épuisement des recours internes obligerait la Commission à s'aventurer dans le domaine des règles premières. Il se peut aussi que la référence à des catégories générales d'obligations s'avère nécessaire et, puisqu'un effort analogue sera nécessaire pour le sujet de la responsabilité des États, peut-être conviendrait-il de coordonner les travaux sur les deux sujets.

9. En 1996, l'Association de droit international a créé le Comité sur la protection diplomatique des personnes et des biens, qui est aux prises avec ces questions mêmes que la Commission est sur le point d'examiner. Dans une lettre adressée au Rapporteur spécial, en octobre 1997, le Président de ce comité a précisé que les travaux de ce dernier pourraient être concentrés plus particulièrement sur la manière dont les principes traditionnels du droit international relatifs à la protection diplomatique ont changé dans la pratique moderne. Le Comité se pencherait plus précisément sur les questions de savoir par quels actes un État est censé avoir pris fait et cause pour son ressortissant, si l'État peut exercer la protection diplomatique même lorsque ses ressortissants ont refusé que l'État prenne fait et cause pour eux, si le fait pour l'État de prendre fait et cause pour ses citoyens prive ceux-ci du droit de présenter des réclamations de leur propre chef et si l'on doit admettre la possibilité pour des requérants de se retirer individuellement d'une réclamation collective ou globale, autant de questions qui ramènent à la question centrale de la nature juridique de la protection diplomatique et à la définition même de la matière.

10. À l'évidence, la Commission devra trouver une solution, et deux approches peuvent être envisagées à cet égard. La première, latine ou cartésienne, consisterait à s'attacher à la définition de la notion pour ensuite déterminer le cours futur des travaux sur le sujet. La seconde approche, que l'on pourrait appeler anglo-saxonne ou empirique, consisterait à laisser dans un premier stade ouverte la question de la définition, en laissant à l'étude de la pratique le soin de guider le choix des solutions juridiques en vue de la codification de la matière. Chacune de ces méthodes a ses vertus et ses défauts mais il paraît indispensable dans tous les cas de figure de procéder à l'analyse critique de la conception traditionnelle de la protection diplomatique de manière à ce qu'elle ne serve pas dans tous les cas de critère d'appréciation et d'évaluation de la pratique contemporaine. Le Rapporteur spécial est pour sa part convaincu qu'il y a une relation dialectique constante entre théorie et pratique et que rien n'empêche des experts de la pratique du droit international de se livrer, ne serait-ce qu'un court moment, au jeu des théories.

11. En présentant à l'Assemblée générale le rapport de la Commission sur les travaux de sa quarante-neuvième session, le Président de celle-ci a insisté sur la nécessité

d'une évaluation préliminaire de la nature de la protection diplomatique en se posant notamment la question de savoir si cette protection est un droit de l'individu ou si elle relève du pouvoir discrétionnaire de l'État, et il a ajouté que, « à la limite, on peut se demander si la fiction juridique qui est à la base de la protection diplomatique conserve sa raison d'être à la fin du XX<sup>e</sup> siècle »<sup>6</sup>. Le Président a en quelque sorte lancé un défi, qui consiste à se livrer à un travail salvateur de dépoussiérage et de rénovation de la conception traditionnelle de la protection diplomatique telle qu'elle a été enseignée dans les facultés de droit depuis des générations.

12. D'aucuns peuvent estimer que l'on perd son temps à se poser des questions sur l'existence de la protection diplomatique : de tout temps, on a considéré que tout tort fait à un membre d'un groupe ou d'une tribu est une attaque contre le seigneur et maître de la tribu. Le droit est plein de fictions juridiques et ferait un excellent roman si on le reformulait en tant que fiction. Comme le roman, le droit transforme un aspect de la réalité en un élément différent. La personne morale, par exemple, est la plus célèbre des fictions juridiques. La CIJ, dans son arrêt en l'affaire de la *Barcelona Traction* (voir p. 39), dit que le droit a reconnu que l'existence indépendante de la personnalité morale ne saurait être considérée comme un absolu et que l'on a estimé justifié et équitable de « lever le voile social » ou de « faire abstraction de la personnalité juridique » dans certaines circonstances. La Cour a ainsi fait voler en éclats la fiction qui entoure la notion de société anonyme, montrant qu'il est possible et acceptable de revenir à la réalité sous-jacente, les fictions juridiques ne devant pas être considérées comme immuables. Elles sont inventées pour répondre à certains besoins mais les réalités prennent leur revanche et imposent une adaptation de la fiction juridique dans le sens d'une plus grande prise en compte des situations contemporaines.

13. Il en va certainement ainsi de cette autre fiction juridique qu'est la protection diplomatique. Le droit international a considérablement évolué depuis le milieu du XIX<sup>e</sup> siècle. L'approche dualiste qui est à l'arrière-plan de cette institution n'est plus de mise aujourd'hui. Les individus sont de plus en plus les destinataires directs de normes internationales et ils accèdent directement à des instances et à des procédures internationales pour défendre leurs droits. Les États et les juridictions, tant internationales qu'internes, sont amenés à prendre en compte de plus en plus la situation des individus dans l'élaboration et la mise en œuvre des règles du droit international. Il se crée donc une plus grande continuité entre les deux ordres juridiques, l'international et l'interne, même s'ils conservent chacun leurs spécificités.

14. Les raisons qui ont nécessité l'invention de la protection diplomatique en tant que fiction juridique, pour justifier l'intervention de l'État en faveur de ses nationaux, ont progressivement disparu. De plus en plus de raisons incitent à lever le voile de la fiction du droit de l'État pour retrouver la réalité du droit de l'individu. La Convention concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité (appelée ci-après « Convention de La Haye de 1930 ») a accentué la fiction

<sup>5</sup> Ibid., par. 180, p. 62.

<sup>6</sup> Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Sixième Commission, 22<sup>e</sup> séance, par. 60.

qui est à la base de la protection diplomatique en énonçant la théorie selon laquelle l'État n'a pas à répondre des actes d'un individu ayant la double nationalité. Or, aujourd'hui, il est généralement admis que les États sont responsables au plan international de la manière dont ils traitent leurs propres nationaux. Ceci vaut même lorsque l'individu a la double nationalité, pour autant que le critère de la nationalité effective soit respecté. Dans l'affaire A/18<sup>7</sup>, le Tribunal du contentieux entre les États-Unis et l'Iran a estimé que l'évolution vers une modification de la règle établie par la Convention de La Haye de 1930 n'est guère surprenante, tant elle est conforme à l'évolution actuelle du droit international tendant à accorder la protection juridique aux individus, y compris à l'encontre de l'État dont ils sont les ressortissants.

15. Pourquoi accepter que des étrangers puissent revendiquer le respect des règles du droit international et obtenir la protection de leur État national et refuser cette protection aux nationaux qui pâtissent des mêmes violations de ce même droit international ? La CIJ a fait un premier pas dans ce sens en reconnaissant la possibilité pour tous les États d'agir en faveur d'une personne humaine dont les droits fondamentaux ont été violés (affaire de la *Barcelona Traction*). Et il est aujourd'hui admis qu'un État peut agir sur le plan international pour défendre certains droits de la personne humaine de caractère universel sans avoir à justifier d'un quelconque lien de nationalité.

16. Le respect de la souveraineté de l'État d'accueil qui a inspiré la Convention de La Haye de 1930 justifie également la règle de l'épuisement des recours internes. Dans son projet sur la responsabilité des États<sup>8</sup>, la Commission a élaboré l'article 22 (Épuisement des recours internes) en partant du principe qu'il s'agit là d'une règle de fond et non de procédure et qu'il n'y a violation de l'obligation internationale et engagement de la responsabilité internationale de l'État qu'à l'achèvement des procédures nationales disponibles. L'on constate ainsi les effets du dualisme qui cherche à accréditer l'idée qu'aux recours internes correspond l'application du droit national et qu'à la réclamation internationale correspond la mise en œuvre du droit international. Au cours du Séminaire de droit international qui s'est tenu à Genève les 21 et 22 avril 1998 pour célébrer le cinquantième anniversaire de la Commission, M. Dominicé a appelé l'attention sur le fait que, de nos jours, l'acte initial peut être constitutif en lui-même d'une violation de l'obligation internationale dans la mesure où l'individu est destinataire des normes internationales et, devant un tribunal national, fait valoir son propre droit qu'il tient du droit international dès le départ. Ce n'est qu'à l'issue des recours internes que la réclamation de l'État national prend le relais. À ce stade, la question se pose de savoir si l'État national agit pour faire respecter son propre droit ou bien s'il n'est que le représentant de son ressortissant pour mettre en cause la responsabilité internationale de l'État d'accueil. Telle est la question essentielle, et elle est non philosophique mais juridique et pratique. En principe, rien ne s'oppose à ce

qu'on avance aujourd'hui que l'État, en prenant fait et cause pour son ressortissant, met en œuvre le droit de celui-ci au respect des règles du droit international dont il est le destinataire.

17. Poussée à son ultime conséquence, la fiction juridique de la protection diplomatique conduit à considérer que la réparation est due à l'État même si le dommage subi par le particulier fournit la mesure de l'indemnité (affaire de l'*Usine de Chorzów* [voir p. 28]). Or, l'on admet de plus en plus que l'individu est en droit de réclamer l'indemnité à son État national devant des tribunaux internes et qu'il peut contester les conditions de partage de cette indemnité si elle est accordée à plusieurs parties. La jurisprudence interne tend à faire prévaloir la réalité du dommage subi par le particulier sur la fiction du dommage infligé à l'État. Cette interaction est toujours présente.

18. La Commission pourrait donc partir de l'hypothèse que la protection diplomatique est une prérogative discrétionnaire de l'État d'engager la réclamation internationale pas nécessairement pour faire valoir son propre droit mais pour assurer le respect des règles internationales existantes en faveur de ses ressortissants et mettre en cause la responsabilité internationale de l'État d'accueil à leur égard. La Commission devrait débattre de cette hypothèse de manière à faire avancer la réflexion sur la nature juridique de la protection diplomatique et c'est à la lumière de ce débat que le Rapporteur spécial établira le rapport sur le fond du sujet qu'il présentera à la session suivante. La Commission hésitera peut-être à se débarrasser définitivement de la conception traditionnelle de la protection diplomatique mais il faudra alors qu'elle admette clairement que cette conception a été dans une large mesure remise en cause par les développements récents du droit international relatif aux droits de la personne humaine et qu'il appartient au Rapporteur spécial d'en tenir dûment compte dans l'approfondissement du sujet.

19. La fiction de la protection diplomatique en tant que mise en œuvre d'un droit de l'État a joué certes un rôle positif à un moment où elle représentait le seul moyen de faire accéder la cause de la personne privée à la sphère internationale et de mettre en cause la responsabilité internationale de l'État d'accueil dans ses relations avec cette personne. Manifestement, ce n'est plus le cas et le maintien de la fiction dans toute sa rigueur risque d'être perçu comme rétrograde, pour ne pas dire réactionnaire, par rapport à tout ce qu'implique aujourd'hui la notion de mondialisation.

20. Dans son rapport préliminaire, le Rapporteur spécial a posé la question du lien entre le sujet de la protection diplomatique et celui de la responsabilité internationale, ainsi que la question du sens précis de la limitation de l'investigation aux règles secondaires du droit international. Il n'a pas voulu dire que la Commission doit choisir entre les règles primaires et les règles secondaires. La protection diplomatique renvoie incontestablement à la catégorie des règles secondaires, ce qui pose la question de l'importance de ces règles par rapport aux règles primaires. En analysant le droit sous-jacent (questions de nationalité et règle des « mains propres »), la Commission devra nécessairement se référer à la catégorie des règles

<sup>7</sup> États-Unis-Iran, affaire n° A/18, décision du 6 avril 1984, *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, Grotius, Cambridge (Royaume-Uni), 1985, vol. 5, p. 251.

<sup>8</sup> Pour le texte du projet d'articles adopté à titre provisoire par la Commission en première lecture, voir *Annuaire... 1996*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 62, doc. A/51/10, chap. III, sect. D.

primaires pour établir quelques conclusions sur la question de la protection diplomatique.

21. M. BROWNLIE tient à préciser qu'il n'est aucunement mal disposé à l'égard des concepts et institutions relatifs aux droits de l'homme, mais il ne saurait faire abstraction de son expérience de l'utilisation pratique de ces concepts et institutions, pour le compte de gouvernements ou de personnes privées, voire de tribus. Il ne s'agit donc pas d'opposer une vision conservatrice à une vision libérale, mais simplement de voir comment les choses fonctionnent.

22. Le Rapporteur spécial se rattache à l'évidence au courant de pensée représenté par le Président du Comité sur la protection diplomatique des personnes et des biens de l'Association de droit international et par d'autres auteurs qui tentent d'assimiler l'institution de la protection diplomatique aux principes des droits de l'homme. Or, l'assimilation n'est pas un partenariat mais une voie à sens unique, et la Commission pourrait se retrouver sur cette voie si elle marginalise le système de la protection diplomatique.

23. Le système des droits de l'homme fonctionne selon un mode similaire à celui des principes de la protection diplomatique, à savoir que l'une des conditions de recevabilité est l'épuisement des recours internes, et les États ont le pouvoir discrétionnaire de prendre ou non fait et cause pour une personne ou une société. La pratique de la Commission européenne des droits de l'homme est très similaire : il y a eu des affaires importantes où une personne avait décidé de retirer sa réclamation mais où la Commission européenne a refusé de considérer cette réclamation comme étant retirée, en raison de l'intérêt objectif qu'il y avait à maintenir les normes de l'ordre public européen. La Commission devrait donc prendre soin de ne pas instaurer une fausse polarisation entre les droits de l'homme et la protection diplomatique. Il y a également lieu de noter que, même en Europe, la protection des droits de l'homme est très lacunaire. Rien ne sert de marginaliser le système de la protection diplomatique alors qu'il n'y a pas encore de substitut efficace à ce système. Le plus pratique est donc de maintenir les deux fers au feu.

24. Le principal sujet de préoccupation par rapport aux vues du Rapporteur spécial a trait à la méthode de travail. L'on peut, bien entendu, discuter de théories et de concepts tels que la distinction entre règles primaires et règles secondaires, mais il ne serait guère utile, avant de s'intéresser aux institutions et aux règles de la protection diplomatique, d'insister sur une première phase de débat théorique pour déterminer, par exemple, si la protection diplomatique renvoie à une fiction juridique. Ces questions peuvent être débattues lorsqu'elles se posent dans des contextes concrets. La Commission n'est pas une académie : elle doit accomplir une tâche pratique. Il vaudrait donc mieux adopter l'optique du rapport du Groupe de travail sur la protection diplomatique à la quarante-neuvième session. Les questions importantes posées par la protection diplomatique au sens large sont claires : il s'agit de la recevabilité des réclamations et du droit relatif aux conditions qui doivent être réunies avant la présentation des réclamations. Les réclamations elles-mêmes font partie des règles de fond du droit relatif à la respon-

sabilité des États, aux traités, aux actes unilatéraux, et ainsi de suite.

25. M. Brownlie n'est pas contre l'idée que la Commission traite des règles secondaires. Prétendre faire le contraire ne pourrait que créer la confusion, mais cette distinction entre règles primaires et règles secondaires ne doit pas être utilisée comme un critère absolu. Le classement d'une règle parmi les règles primaires ou secondaires dépend de la nature du problème qui se pose à telle ou telle occasion. Ce classement est donc problématique, non pas à cause d'éventuels chevauchements mais en raison de la double fonction de la recevabilité et du fond par rapport, par exemple, à la règle des « mains propres », à certains problèmes de nationalité et à toute la question de l'acquiescement et du retard.

26. Il est permis de se demander pourquoi l'intérêt d'ordre juridique qu'un État porterait au sort de l'un de ses ressortissants renverrait à une fiction juridique. Et l'idée qu'une tribu pourrait manifester un intérêt de ce type n'est en rien excentrique. La Commission devrait éviter de trop s'abandonner aux effets de mode.

27. Bien entendu, la protection diplomatique est une construction, tout comme les notions de possession, de propriété et de mariage sont des constructions. L'épuisement des recours internes repose sur un fondement empirique, et il est permis de se demander s'il existe réellement un principe de risque implicite qui ferait que l'épuisement des recours internes ne serait plus nécessaire lorsqu'il n'y a pas de lien volontaire préalable avec la juridiction concernée. Israël a avancé cet argument dans l'affaire qui l'opposait à la Bulgarie après qu'un avion civil israélien eut été abattu : les victimes n'étaient pas tenues d'épuiser les recours internes lorsque aucun lien volontaire préalable n'existait avec la juridiction bulgare<sup>9</sup>. Il ne s'agit aucunement d'une fiction juridique, mais d'une argumentation stratégique parfaitement valable.

28. M. AL-KHASAWNEH n'est pas tout à fait convaincu par le raisonnement de M. Brownlie concernant les fictions juridiques. La plupart des exemples cités dans le rapport préliminaire font partie intégrante de l'argumentation juridique, voire du raisonnement tout court; ils ne sont en rien rétrogrades ou excentriques. Il ne s'agit pas davantage de vestiges du XIX<sup>e</sup> siècle. Le juriconsulte romain Ulpien disait que, pour les besoins du droit, certaines villes et municipalités devaient être assimilées à des mineurs. Toute la notion de tutelle, et du lien entre le roi et son royaume, repose sur cette analogie. De même, au Moyen Âge, le roi Henry VIII d'Angleterre a déclaré : *Rex in regnum sui est imperator* — déclaration qui a eu de multiples répercussions sur le développement du droit. Il semble donc qu'il y ait dans la fiction plus de réalité que l'on ne pense.

29. M. ECONOMIDES retire des paragraphes 33 à 44 du rapport préliminaire que l'institution de la protection diplomatique perd du terrain depuis quelque temps, la raison en étant dans le développement impressionnant des droits de l'homme, en particulier en Europe. Dans bien des cas, la personne peut désormais défendre elle-même ses droits au plan international sans solliciter l'interven-

<sup>9</sup> C.I.J. *Mémoires, Incident aérien du 27 juillet 1955*, p. 531 et suiv.

tion de son propre État. Cela étant, la codification de la protection diplomatique aurait dû intervenir dans le cadre de la responsabilité des États et non de manière autonome. La Commission reviendra sans doute sur ce point à un stade ultérieur.

30. La Commission ne devrait pas s'occuper de la question de la fiction sur laquelle, selon le Rapporteur spécial, l'institution de la protection diplomatique serait bâtie. Que l'on parle de fiction ou de novation, voire de substitution, on est toujours dans une approche théorique qui n'est guère adaptée au développement normatif du sujet. La question essentielle est, comme le Rapporteur spécial le souligne à juste titre, de savoir qui est le détenteur du droit exercé au moyen de la protection diplomatique : l'État de la nationalité ou la personne lésée ressortissante de cet État ? À l'évidence, la réponse doit toujours être l'État, dont les pouvoirs à cet égard sont en principe discrétionnaires. La protection diplomatique a toujours été une prérogative souveraine de l'État en tant que sujet de droit international. S'il en avait été autrement, aucun accord n'aurait été conclu après la seconde guerre mondiale pour indemniser les propriétaires de biens nationalisés, en particulier dans les ex-États communistes. Aujourd'hui, bien entendu, l'individu peut être un sujet de droit international et donc présenter lui-même une réclamation internationale. En pareil cas, la protection diplomatique n'a plus aucune raison d'être. Mais, lorsqu'une personne ne peut pas être sujet de droit international — ce qui se produit encore fréquemment dans la pratique contemporaine —, la protection diplomatique peut s'avérer très utile. Tout doit donc être fait pour ne pas marginaliser cette institution.

31. M. Economides convient que la distinction entre règles primaires et règles secondaires doit être abordée avec une certaine souplesse. La Commission devrait s'occuper davantage du fond de la question et moins de certaines distinctions artificielles. La règle de l'épuisement des recours internes, avec ses exceptions classiques, et les autres conditions d'exercice de la protection diplomatique, en particulier celle concernant la nationalité de l'auteur de la réclamation, sont d'une importance fondamentale pour le sujet. Il demande si le Rapporteur spécial compte aborder ces questions dans son second rapport. Il y a sans doute place pour un développement progressif et une rénovation sensible du droit régissant la protection diplomatique. Même si l'on part du droit de l'État, il doit être possible, dans la perspective d'un développement progressif du droit, de faire davantage de place à l'individu dans le cadre de la protection diplomatique, en particulier lorsqu'il s'agit de l'indemnisation.

32. Il y a peut-être lieu de préciser davantage l'intitulé du projet, encore que cela peut attendre que le projet lui-même commence à prendre forme.

33. L'heure est venue d'étendre la protection diplomatique aux ressortissants d'un État qui sont lésés — alors qu'ils se trouvent non pas à l'étranger mais dans leur propre État — par suite de la commission d'un acte internationalement illicite par une mission diplomatique étrangère ou par les membres d'une telle mission qui bénéficient de l'immunité juridictionnelle et, par voie de conséquence, ne peuvent être traînés devant les tribunaux locaux. Il n'y a aucune raison qu'un État qui protège ses

ressortissants lorsqu'ils sont lésés à l'étranger par suite de la violation du droit international dans ces circonstances ne puisse pas en faire de même lorsqu'ils sont lésés sur le territoire de leur propre État. Il s'agit là d'un point nouveau et important que la Commission ferait bien d'examiner.

34. M. LUKASHUK estime que le sujet dont traite le rapport préliminaire est tout à la fois complexe et d'une grande importance pratique pour la protection des droits de l'homme. Certes, l'institution de la protection diplomatique continuera de jouer un rôle important dans les années à venir pour ce qui est d'assurer le respect de ces droits, mais certains points du rapport ne manquent pas de susciter des interrogations.

35. Étant donné la complexité de la question, il ne serait guère judicieux d'encombrer le sujet de concepts théoriques. Pour ne prendre qu'un exemple, la question de la reconnaissance de l'individu comme sujet de droit international est éminemment controversée. Rien ne sert donc de la soulever dans ce contexte particulier. Mieux vaut s'en tenir à la pratique — la pratique judiciaire en particulier — consistant à traiter l'individu comme un bénéficiaire du droit international. L'affirmation de Scelle<sup>10</sup> que le Rapporteur spécial mentionne dans son rapport préliminaire n'est pas tout à fait convaincante car, comme il est bien connu, Scelle est allé à contre-courant en rejetant l'idée que l'État pouvait avoir le statut de sujet de droit international et en affirmant que seul l'individu peut avoir ce statut. Rien donc ne justifie à l'heure actuelle le rejet complet des points de vue traditionnels tels qu'ils ressortent de la décision prise dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine*, qui demeure pour une large part valable.

36. Le Rapporteur spécial a par contre raison d'appeler l'attention sur certaines lacunes de la conception traditionnelle, en premier lieu sur le fait que l'État considère son droit d'exercer la protection diplomatique comme une prérogative discrétionnaire, l'individu n'ayant aucun droit en tant que tel à la protection diplomatique. La Commission pourrait examiner plus avant ce problème.

37. M. Lukashuk juge quelque peu préoccupante la proposition du Rapporteur spécial selon laquelle l'individu devrait renoncer au droit de protéger ses propres biens. L'on voit difficilement comment une telle idée peut s'exprimer dans la pratique, en particulier lorsqu'il s'agit d'investissements étrangers. La tendance est plutôt à une multiplication des sauvegardes en faveur de l'investissement étranger, comme en témoigne la création du CIRDI, dont le Rapporteur spécial tire argument pour considérer que les investisseurs étrangers sont détenteurs d'une personnalité juridique internationale. Or, les différends relatifs aux investissements sont depuis longtemps réglés par l'arbitrage commercial international et nul n'a jamais suggéré qu'un individu qui soumet un différend à cet arbitrage acquiert de ce fait même une personnalité juridique internationale.

38. Dans le paragraphe 50 de son rapport préliminaire, le Rapporteur spécial demande en outre si, en agissant de

<sup>10</sup> G. Scelle, « Règles générales du droit de la paix », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1933-IV*, Paris, Sirey, 1934, t. 46, notamment p. 661.

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. L'on est donc en présence d'un dilemme, qu'il faut néanmoins trancher non par l'opposition mais par l'harmonisation des droits de l'État et de l'individu. Bien entendu, l'un des principaux droits de l'État est le droit de protéger les droits de ses ressortissants, mais il s'agit d'un droit qui doit être exercé de manière non arbitraire, et qui devrait être réglé par le droit tant interne qu'international.

39. Le droit à la protection diplomatique est inscrit dans de nombreuses constitutions nouvelles en tant que droit de l'individu. Au plan international, il conviendrait de l'assimiler à un droit fondamental de la personne humaine et de créer les mécanismes propres à assurer son application.

40. Établissant un lien entre la protection diplomatique et la responsabilité internationale, le Rapporteur spécial argue du fait que les premiers débats de la Commission sur le sujet de la responsabilité internationale portaient essentiellement sur la responsabilité des États à raison de dommages occasionnés à la personne et aux biens d'étrangers. Mais la responsabilité internationale est encore un sujet de débat et non une branche bien établie du droit international. Ce n'est qu'au tournant du siècle que des auteurs, en France et en Italie, ont commencé à évoquer la responsabilité à raison de dommages causés à des personnes ou des biens étrangers. Les codificateurs de la SDN ont envisagé la question sous le même angle étroit. Les premiers efforts de la Commission s'inscrivent également dans cette perspective et ce n'est que plus tard qu'elle a décidé d'examiner la responsabilité internationale en général.

41. M. Lukashuk se dit tout à fait d'accord sur la nécessité d'envisager aussi bien les règles primaires que les règles secondaires. Dans l'ensemble, le rapport préliminaire crée les conditions nécessaires pour que le Rapporteur spécial puisse mener à bien son travail dans les délais prévus.

42. M. HAFNER fait remarquer que le dernier point soulevé par M. Economides peut se prêter à de nombreuses interprétations. Il serait utile, pour la suite des travaux de la Commission, que cette question soit davantage clarifiée et illustrée par des cas concrets.

43. M. ECONOMIDES précise qu'il a voulu soulever la question des victimes de violations du droit international commises sur le territoire de leur État de nationalité, la protection diplomatique s'appliquant au dommage subi par les ressortissants d'un État qui vivent à l'étranger. Lorsque de telles violations sont commises sur le territoire d'un État par un autre État ou par les agents de ce dernier, qui bénéficient de l'immunité juridictionnelle, les ressortissants du premier État n'ont pas de recours auprès de leurs propres tribunaux. Cette situation peut survenir, par exemple, lorsqu'une mission diplomatique ou l'un de ses agents diplomatiques ou consulaires cause un préjudice à un ressortissant du pays d'accueil. Ce dernier ne devrait pas rester indifférent face aux réclamations légitimes de ses propres ressortissants lésés par suite de violations du droit international. Il devrait au contraire

s'efforcer de faire aboutir ces réclamations en exerçant sa protection diplomatique. Il y a en l'occurrence parfaite symétrie entre la protection diplomatique au sens classique et le préjudice subi sur le territoire de l'État de nationalité. Ce point mérite que la Commission s'y arrête.

44. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA est d'avis qu'il faut déterminer si la question soulevée par M. Economides relève de la protection diplomatique proprement dite ou entre dans le cadre du droit de la responsabilité internationale à raison d'actes illicites. Il peut sembler, à première vue, que l'on soit dans le cadre de la protection diplomatique mais, à la réflexion, la question se pose de savoir si un acte commis par un agent diplomatique sur le territoire d'un autre État, en violation du droit international, mais dans le cadre de ses fonctions officielles, ne serait pas imputable à l'État que cet agent représente.

45. M. SIMMA ne voit guère de sujet plus mûr pour la codification que la protection diplomatique, ni de sujet sur lequel il y ait un corpus aussi solide de droit contraignant. Le débat théorique n'est pas sans intérêt au début de l'examen d'un sujet, mais l'heure est venue d'oublier les préliminaires et de passer aux choses sérieuses.

46. La notion de « fiction juridique » n'est mentionnée qu'occasionnellement dans le rapport préliminaire, mais en présentant oralement ce rapport, le Rapporteur spécial a tout axé sur cette notion. Si l'on retient la définition de la fiction qui figure dans le *dictionnaire Robert*, une fiction juridique consisterait à supposer un fait ou une situation différente de la réalité juridique. Or, si l'on en juge par l'affirmation du Rapporteur spécial selon laquelle cette définition de la fiction s'applique précisément à la construction *Mavrommatis*, il semble que sa vision de la réalité juridique diffère de celle d'autres membres de la Commission.

47. Car, au contraire, il n'y a rien d'artificiel à considérer que l'État d'origine est en droit de s'assurer que ses ressortissants sont traités conformément à telle ou telle norme internationale ou aux droits de l'homme. La Commission n'est en aucune manière en train de traiter d'une fiction. Dans le contexte de la protection diplomatique, appeler la construction *Mavrommatis* une fiction revient à donner une image péjorative du droit international, puisque le Rapporteur spécial oppose « une fiction » aux droits de l'homme, ce qui implique que le droit « ancien » n'est qu'une fiction alors que le droit « nouveau » fondé sur les droits de l'homme est, sur le plan moral, d'un ordre supérieur.

48. Pour ce qui est de la terminologie, M. Simma n'est en tout état de cause pas d'accord avec la description de ces deux approches comme étant une « ancienne » et une « nouvelle ». Certes, le droit de la protection diplomatique existe depuis des décennies, voire des siècles, avant l'émergence des droits de l'homme en tant qu'expression consacrée dans les milieux juridiques internationaux, mais ces deux approches se côtoient et leurs potentiels respectifs ne se chevauchent que partiellement, comme M. Brownlie, notamment, l'a déjà bien expliqué. Jeter la protection diplomatique par-dessus bord et la remplacer par les droits de l'homme reviendrait dans certains cas à priver des personnes d'une protection dont elles bénéficiaient jusque-là. Les droits de l'homme peuvent bien

entendu venir renforcer l'exercice de la protection diplomatique par les États d'origine : la République fédérale allemande, par exemple, invoquait chaque fois que possible un argument relevant des droits de l'homme pour exercer sa protection diplomatique, les réclamations fondées sur les droits de l'homme étant, pour de nombreux États, manifestement plus acceptables que celles fondées sur une norme minima internationale qui a suscité bien des controverses tout au long du XIX<sup>e</sup> siècle et de la première moitié du XX<sup>e</sup>.

49. « L'approche *Mavrommatis* » traditionnelle de la protection diplomatique n'est donc pas sans avantage et ne devrait pas être écartée avant un examen minutieux des conditions requises pour que l'approche axée sur les droits individuels soit efficace. M. Simma ne voit pas d'objection à ce que l'approche fondée sur les droits de l'homme puisse irriguer les débats futurs de la Commission sur le sujet, au cas par cas, mais la Commission doit cesser de remettre en cause le fondement même de la protection diplomatique en adoptant une telle perspective.

50. M. BENNOUNA (Rapporteur spécial) se dit de plus en plus convaincu, à mesure que le débat progresse et quoi qu'en disent certains, que le débat était véritablement nécessaire. Il aurait bien voulu rejeter la notion de fiction, qui est au fond une construction juridique. Toutefois, dans le cas de la protection diplomatique, le dommage est subi directement par l'individu et indirectement seulement par l'État dont celui-ci est ressortissant. Il a donc fallu trouver un artifice pour relier le dommage subi par l'individu à celui subi par l'État. Cela étant, MM. Brownlie et Simma ont tout à fait tort de partir du principe que le terme « fiction » a ici une connotation péjorative. Le droit est une construction intellectuelle faite de fictions, et il n'y a donc rien de péjoratif dans l'emploi de ce terme. Il s'agit au fond d'un problème linguistique et de perceptions culturelles différentes.

51. Tout comme MM. Brownlie et Simma, le Rapporteur spécial estime parfaitement naturel qu'un État veille à ce que ses ressortissants soient traités conformément au droit international, et il tient à ce que cette pratique perdure. La Commission est d'accord sur le fait que l'État dispose, au niveau de la procédure, du pouvoir discrétionnaire de défendre ses ressortissants, mais il ne faut pas s'en tenir là. La Commission doit-elle adopter la conception *Mavrommatis*, en vertu de laquelle l'État, en défendant les droits de son ressortissant, fait valoir ses propres droits, ou doit-elle adopter l'approche axée sur le pouvoir discrétionnaire, en vertu de laquelle un État peut, en prenant fait et cause pour un de ses ressortissants, exercer l'un des droits propres à celui-ci ? La Commission doit examiner avec beaucoup de soin cette question, qui n'est pas de pure théorie. Bien sûr, il existe du droit contraignant dans ce domaine, mais les dispositions de ce droit sont aujourd'hui dépassées et le Rapporteur spécial ne pourra que s'opposer à toute tentative de confiner la Commission dans une démarche par trop conservatrice à cet égard.

52. Le Rapporteur spécial tient à souligner, pour conclure, que, contrairement à ce qu'a pu penser M. Simma, il n'a jamais voulu opposer la protection diplomatique aux droits de l'homme. Il ne tient certainement pas à scier la branche sur laquelle il compte s'asseoir, en détruisant le

sujet même pour lequel il a été désigné Rapporteur spécial. Il a simplement fait valoir que la notion de protection diplomatique, qui précède celle des droits de l'homme, ne peut plus être étudiée sans tenir dûment compte de l'évolution enregistrée ces dernières années sur le plan des droits de l'homme. Ce sont les pays en transition vers la démocratie — dont le pays du Rapporteur spécial lui-même — qui sont les plus intéressés par le renforcement des droits de l'homme et, partant, qui tiennent le plus à ce qu'il soit tenu compte des individus dans l'action de l'État.

53. M. FERRARI BRAVO juge la démarche proposée par le Rapporteur spécial très intéressante, pour autant, bien entendu, qu'il s'avère possible d'établir un équilibre entre la protection diplomatique et les exigences des droits de l'homme. À son avis, tout dépendra de la question des personnes morales — une zone grise que ni la Commission ni d'autres organes n'ont étudié de manière approfondie, se contentant de citer l'*obiter dictum* quelque peu obscur de la CIJ dans l'affaire de la *Barcelona Traction*. Ce n'est pas un hasard si, au niveau du système européen de protection des droits de l'homme, les droits qui se rapprochent le plus de ceux des personnes morales, à savoir les droits de propriété, sont traités non pas dans la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (appelée ci-après « Convention européenne des droits de l'homme »), mais dans un protocole à celle-ci. Une nouvelle démarche semble gagner du terrain qui constituera l'aspect capital de l'étude que doit effectuer le Rapporteur spécial.

54. M. ROSENSTOCK fait remarquer que, tant dans son rapport préliminaire que dans son exposé oral, le Rapporteur spécial semble suggérer qu'il y a un risque de conflit entre la vision traditionnelle de la protection diplomatique et l'approche axée sur les droits de l'homme, mais a semblé par la suite nier que tel est son point de vue. Le Rapporteur spécial devrait peut-être clarifier sa position à cet égard. Pour M. Rosenstock, il n'y a aucune incompatibilité obligée entre les deux approches.

55. M. BENNOUNA (Rapporteur spécial) se félicite de voir des doutes s'insinuer dans le débat, car le doute est le début de la sagesse. Quant à la question posée par M. Rosenstock, le Rapporteur spécial ne comptait nullement opposer la protection diplomatique et les droits de l'homme. Les deux démarches ne s'excluent pas mutuellement et sont même complémentaires. Ce qu'il a voulu opposer, c'est une certaine vision traditionnelle de la protection diplomatique et les droits de l'homme. L'évolution de ces droits a créé le besoin de revoir la nature juridique de la protection diplomatique. Dans la conception *Mavrommatis*, il est fait abstraction de l'individu et l'on ne tient compte que du préjudice subi par l'État. Cette façon de voir n'est désormais plus tenable. Au côté de l'État, qui a le droit, sur le plan de la procédure, de présenter une réclamation, il faut aussi tenir compte des droits des personnes privées, qui ne « disparaissent » plus derrière l'État.

56. L'observation intéressante de M. Ferrari Bravo donne également matière à réflexion. L'on peut en effet reprocher au rapport préliminaire de ne traiter que des personnes physiques, et il est vrai que bien d'autres zones grises apparaîtraient dans le cas des personnes morales,



que certains États ne tiennent aucunement à défendre et auxquelles la jurisprudence *Barcelona Traction* n'est pas applicable.

57. M. GOCO constate que le Rapporteur spécial, dans son rapport préliminaire, s'arrête longuement sur la distinction entre règles primaires et règles secondaires. Or, la Commission ne pourra pas examiner les règles secondaires seules, sans se référer notablement aux règles primaires, dans la mesure où les règles secondaires, relevant de la procédure, constituent le moyen de faire appliquer les droits conférés. Le Rapporteur spécial lui-même semble admettre que ces deux types de règles sont si étroitement liés qu'il pourrait s'avérer impossible de les isoler dans des catégories distinctes. Pour M. Goco, le sujet de la protection diplomatique ne peut pas être compris sans référence directe à des principes et règles de fond.

58. Le rapport préliminaire semble jeter quelques doutes sur la vision traditionnelle de la protection diplomatique, en vertu de laquelle l'État, en recourant à la protection diplomatique ou en engageant une action judiciaire internationale au nom de ses ressortissants, fait valoir en réalité ses propres droits. Cela demeure l'essence même de la protection diplomatique, même si les individus disposent de nouvelles possibilités d'accès à des tribunaux et autres organes internationaux. Il convient de ne pas accorder beaucoup de foi au point de vue selon lequel, dans l'exercice de la protection diplomatique, le véritable sujet du droit, à savoir l'individu, est complètement éliminé. Certes, c'est l'État qui fait valoir la réclamation de la personne lésée, mais cette dernière demeure l'acteur principal du processus judiciaire. Cela équivaut à la règle de la subrogation, selon laquelle l'une des parties se substitue à une autre en endossant l'ensemble des droits et des réclamations de celle-ci, sans pour autant la priver de son droit à participer au processus. Pour ce qui est de la fiction, M. Goco n'a rien à redire. Le pouvoir discrétionnaire qui est donné à l'État lui permet en effet d'accorder, ou non, sa protection diplomatique. Il existe par ailleurs en droit des sociétés la doctrine qui consiste, en cas de fraude, à percer l'écran social de l'entreprise qui possède une personnalité juridique autonome et distincte de celle de ses membres ou de ses actionnaires.

59. Il semble ressortir du paragraphe 18 du rapport préliminaire que la responsabilité de l'État d'accueil n'est engagée qu'après l'épuisement par les individus des voies de recours interne. En irait-il encore ainsi si l'État de la nationalité a fait valoir la réclamation de l'individu dès le départ, suivant en cela la vision traditionnelle selon laquelle quiconque lèse un ressortissant lèse aussi directement l'État ? Si l'État recourt à la protection diplomatique en faveur de ses ressortissants et choisit les moyens de l'exercer, est-il encore nécessaire de déterminer sur quels droits l'État fonde son action (paragraphe 13 du rapport préliminaire) ? L'arrêt de la CPJI dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine* met l'accent sur le fait que le préjudice subi par un intérêt privé n'est plus pertinent une fois que l'État engage une action devant un tribunal international au nom de ses sujets, l'État étant alors considéré comme l'unique requérant.

60. S'agissant du standard minimum de traitement reconnu par le droit international aux étrangers, abordé au paragraphe 21 du rapport préliminaire, la question est de

savoir si ce standard doit être le seul applicable. Est-ce que le standard de traitement ne devrait pas être défini par référence au droit interne, pour ne pas conférer un statut privilégié aux étrangers ? M. Goco demande si le droit international n'exige pas que le standard de traitement soit défini en termes d'égalité dans le droit interne. À l'évidence, quel que soit le standard appliqué, il ne peut en résulter que des controverses, compte tenu des différences culturelles, sociales, économiques et juridiques entre l'État d'accueil et l'État étranger. Les choses sont rendues encore plus compliquées par l'apparition des droits de l'homme et des principes régissant le traitement des étrangers. Le Rapporteur spécial devrait examiner ce point délicat de manière plus approfondie.

61. On peut lire dans le paragraphe 40 du rapport préliminaire qu'en consentant à un arbitrage, les parties au différend renoncent à tout autre recours. Est-ce que ce principe empêche aussi l'État étranger qui n'est pas partie au processus d'arbitrage d'exercer sa protection diplomatique ? Est-ce que la reconnaissance du droit de l'individu au plan international empêche l'État de lui accorder la protection diplomatique ?

62. En ce qui concerne le paragraphe 24 du rapport préliminaire, la protection diplomatique est censée se fonder sur les liens de citoyenneté, d'allégeance, et ainsi de suite. Comment dans ce cas le droit à une intervention acquis à l'État peut-il survivre à un changement subséquent de nationalité chez le particulier lésé ? Il y a peut-être lieu d'établir des directives ou règles — touchant, par exemple, la nationalité, la validité de la réclamation, le déni de justice, la violation des droits fondamentaux de la personne humaine — qui permettraient d'éviter que l'État étranger n'abuse de son pouvoir discrétionnaire d'accorder la protection diplomatique.

*La séance est levée à 13 h 5.*

---

## 2521<sup>e</sup> SÉANCE

*Mercredi 29 avril 1998, à 10 h 5*

*Président : M. João BAENA SOARES*

*Présents : M. Addo, M. Al-Khasawneh, M. Benouna, M. Brownlie, M. Candioti, M. Dugard, M. Economides, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. Herdocia Sacasa, M. Kabatsi, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Melescanu, M. Mikulka, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Sepúlveda, M. Simma, M. Thiam.*

---