

Document:-
A/CN.4/SR.2521

Compte rendu analytique de la 2521e 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>)*

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^e 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. Rosentock, M. Sepúlveda, M. Simma, M. Thiam.

Protection diplomatique (*suite*) [A/CN.4/483, sect. E, A/CN.4/484¹, A/CN.4/L.553]

[Point 6 de l'ordre du jour]

RAPPORT PRÉLIMINAIRE DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*suite*)

1. M. ADDO juge légitimes et pertinentes les questions que le Rapporteur spécial soulève dans son rapport préliminaire sur la protection diplomatique (A/CN.4/484), questions auxquelles la Commission devra répondre si elle souhaite favoriser le développement progressif du droit international et sa codification. Mais, pour ne pas perdre de temps à débattre des fondements théoriques du droit de la protection diplomatique, il lui semble qu'il faut d'abord déterminer ce qu'est la *lex lata*, puis, de là, progresser dans les domaines controversés et essayer de définir la meilleure manière d'apporter au droit les changements nécessaires, en direction d'une acceptation ou d'une application universelle de celui-ci.

2. La matière à l'examen concerne traditionnellement, et uniquement, le traitement que les États réservent aux étrangers qui se trouvent sur leur territoire et non celui qu'ils appliquent à leurs propres nationaux. D'après les publicistes, notamment Brierly², et d'après la CPJI dont l'arrêt dans l'affaire du *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis* a fait date (voir p. 16), lorsque, exerçant sa protection diplomatique, un État prend fait et cause pour l'un de ses nationaux, il fait en réalité valoir son propre droit, celui de faire respecter les règles du droit international en la personne de ses propres nationaux. Telle est la *lex lata*.

3. Le seul problème qu'elle soulève, selon M. Addo, est l'artifice sur lequel elle est fondée. Il est certain qu'un État a d'une manière générale intérêt à ce que ses nationaux soient traités justement à l'étranger, mais il serait quelque peu exagéré, comme l'a fait observer Brierly, de dire que chaque fois qu'un de ses nationaux subit un préjudice à l'étranger, l'État le subit aussi. Sur le plan pratique d'ailleurs, cette théorie n'est pas appliquée de façon cohérente. Ainsi, elle exigerait que les dommages soient évalués au regard du préjudice subi par l'État, qui n'est évidemment pas le même que celui qu'a subi l'individu. Or, le droit permet d'évaluer le dommage en fonction de la perte subie par l'individu comme si c'était justement sur cette perte individuelle que reposait l'action.

4. Outre cet aspect théorique artificiel, le droit de la protection diplomatique n'est pas non plus tout à fait satisfaisant sur le plan procédural. L'individu n'a en propre aucun recours, et l'État dont il est le national peut ne pas être désireux d'épouser sa cause pour des raisons n'ayant rien à voir avec le fond de l'affaire. Ne peut-on donc trouver une solution qui permettrait à l'individu de faire valoir ses droits auprès de quelque tribunal international ? Il y a peu de chances que les États acceptent une telle procédure, mais il n'est pas inutile, même s'il doit rester lettre morte, d'en étudier le projet.

5. Les règles coutumières de la protection diplomatique — pouvoir discrétionnaire de l'État, exigences quant à la continuité de la nationalité, nécessité qu'il y ait violation de droits pour fonder une réclamation, etc. — n'offrent pas nécessairement une protection parfaite aux droits et aux intérêts des étrangers. Il faut tenir compte du fait que la protection diplomatique touche à un domaine très délicat des relations internationales, puisque l'intérêt que l'État étranger a à protéger ses nationaux s'oppose à la souveraineté territoriale d'un autre État, comme la CIJ l'a noté dans l'affaire de la *Barcelona Traction*.

6. On se trouve donc ramené à la question que pose le Rapporteur spécial au paragraphe 54 de son rapport préliminaire : Est-ce qu'en engageant une réclamation internationale l'État fait valoir son propre droit ou bien celui de son ressortissant lésé ? Écartant d'abord l'argument du respect de l'ancienneté et l'argument de la modernisation obligatoire, M. Addo explique que la stabilité et le changement sont pour lui des notions jumelles, qui animent le droit de toute société dynamique. Cela dit, selon la *lex lata*, l'État qui engage une réclamation internationale fait valoir son propre droit dans la mesure où le préjudice subi par un de ses nationaux est transposé, par l'artifice juridique déjà évoqué, en préjudice subi par lui-même.

7. Brierly explique qu'il n'y a aucune fiction de droit, contrairement à ce que l'on suggère parfois, et qu'une telle théorie ne repose pas sur quoi que ce soit d'aussi intangible que « la blessure de l'honneur national »³. Il est intéressant de noter que Brierly semble par la suite avoir modifié sa position, jusqu'à pratiquement nier son postulat antérieur, qu'il devait qualifier d'interprétation imposée aux faits au mépris de la raison. Ce revirement illustre bien le fait que cette branche du droit s'est développée en quelque sorte au hasard. Il est temps que la théorie ressorte de la pratique. Or, celle-ci est limitée dans son application aux États qui lui ont donné naissance ou l'ont adoptée. On ne peut nier que l'essentiel de la *lex lata* en la matière est l'héritage de la communauté internationale d'antan, plus restreinte qu'elle ne l'est aujourd'hui. Fiction ou pas, le droit dans ce domaine a fonctionné admirablement pour un grand nombre d'États. D'ailleurs, M. Addo ne voit pas pourquoi il faudrait jeter l'anathème sur une fiction juridique. Il cite plusieurs articles de dictionnaires juridiques de langue anglaise développant le sens de ce terme et rappelle que la « common law » abonde en fictions juridiques. Ainsi, on sait bien que les juges font le droit tout en prétendant le dire seulement. Pourtant, le droit ainsi produit ne souffre en aucune manière de la fiction de son origine.

8. Se plaçant d'un autre point de vue, M. Addo rappelle qu'historiquement une bonne part du droit international de la protection diplomatique s'est formée en même temps que se répandaient dans le monde les idées économiques, sociales et politiques de l'Europe et de l'Amérique du Nord. Si l'on veut développer un droit d'application universelle, il faut donc éviter de s'appuyer exagérément sur un matériau trop ancien et au contraire moderniser constamment et prendre en considération les attitudes des États plus récents, celles du tiers monde. Il

¹ Reproduit dans *Annuaire... 1998*, vol. II (1^{re} partie).

² J. L. Brierly, *The Law of Nations*, 6^e éd., rév. par H. Waldock, Oxford, Clarendon Press, 1963.

³ J. L. Brierly, « The theory of implied state complicity in international claims », *The Basis of Obligation in International Law and Other Papers*, dir. publ. H. Lauterpacht et H. Waldock, Oxford, Clarendon Press, 1958, p. 158.

convient également de ne pas oublier qu'aucune notion n'a le statut de postulat universel intangible, et qu'elles sont toutes à réévaluer à la lumière de l'évolution des choses. L'apparence de l'universalité du droit ne doit pas être confondue avec l'universalité réelle.

9. D'ailleurs, l'institution de la protection diplomatique s'est heurtée à des résistances dans certaines régions, comme en Amérique latine. Ainsi, les deux juristes mexicains Padilla Nervo et Castañeda ont critiqué un régime qui, selon eux, s'est édifié sur des rapports d'inégalité entre grandes puissances et petits États. On s'est beaucoup étendu sur la question de savoir si ce régime était inspiré des idées de justice et d'égalité de traitement qu'entretenaient les États européens, mais il est indubitable que les grandes puissances ont à l'occasion dérogé aux principes de fond et abusé de la procédure de la protection diplomatique, comme l'illustre la diplomatie de la canonniers.

10. M. Addo conclut donc que quel que soit le régime de la protection diplomatique, des règles la régissant sont aujourd'hui nécessaires étant donné que tous les États ont des ressortissants qui voyagent ou ont des intérêts dans d'autres États. Dans l'ensemble, on peut dire que le droit coutumier de la matière, malgré tous ses défauts, a été relativement satisfaisant, puisqu'il a réussi à établir l'équilibre entre les intérêts des étrangers et ceux des pays d'accueil pour le bien des uns et des autres. La Commission devra sans doute faire preuve d'imagination dans le choix qu'elle aura à opérer entre le droit ancien et le droit actuel et dans l'intégration des innovations éventuelles.

11. M. HERDOCIA SACASA constate qu'ayant secoué l'arbre d'une institution ancienne, le Rapporteur spécial en a fait tomber des fruits dont la Commission internationale pourra tirer profit. Il a resitué l'institution de la protection diplomatique dans la perspective du développement du droit international et a au passage jeté bas des mythes révolus, tout en construisant peut-être des fictions nouvelles. Mais son mérite le plus insigne est d'avoir replacé l'individu dans la sphère de la protection diplomatique et de lui avoir donné un rôle nouveau.

12. Le point central qu'a fait apparaître la discussion est la question de savoir dans quelle mesure la protection diplomatique reste pertinente, quand certains vont jusqu'à dire que c'est une institution dépassée. La Commission doit réaffirmer au contraire qu'elle conserve toute sa validité, même s'il faut faire passer l'accent sur l'individu et lancer une dynamique de modernisation de la matière, surtout peut-être au niveau de la procédure de définition et de répartition des résultats de la réclamation.

13. Le fait d'avoir réaffirmé la qualité de sujet international reconnue à la personne humaine et ouvert à l'individu l'accès à certains organismes ou tribunaux ne retranche rien à la protection diplomatique et ne lui ôte rien de son efficacité. Il reste certes des lacunes dans le régime de la protection internationale des individus mais diverses institutions concourent à sauvegarder l'appareil général de protection déjà en place.

14. À ce propos, il faut rappeler que le principe de la protection diplomatique relève du droit international coutumier et qu'il n'est pas d'origine conventionnelle. En revanche, il n'en est pas de même des droits de

l'homme qui reposent souvent sur une base conventionnelle.

15. M. Herdocia Sacasa pense lui aussi que l'exercice de la protection diplomatique relève, d'une manière générale, du pouvoir discrétionnaire de l'État. Mais il reconnaît que les législateurs nationaux ont peu à peu mis en place des normes impératives de protection. Aussi faudrait-il sans doute revoir l'observation qui figure au paragraphe 48 du rapport préliminaire, selon laquelle même si une telle obligation [de protection] est évoquée par certains textes constitutionnels, elle en reste, en réalité, au niveau beaucoup plus moral que juridique car, en principe, une personne qui jouirait constitutionnellement de la protection de son État pourrait l'exiger de celui-ci.

16. Pour ce qui est de la question posée au paragraphe 54 (voir *supra* par. 6), M. Herdocia Sacasa estime qu'elle ne met pas la Commission devant un dilemme. En effet, il ne s'agit pas en l'occurrence de deux droits opposés mais au contraire de deux droits complémentaires. Si, en pratique, il est indubitable que c'est l'État qui dispose du pouvoir discrétionnaire d'exercer la protection diplomatique, cette protection ne peut s'exercer s'il n'y a pas eu préjudice ou s'il n'y a pas eu réparation, et la réparation ne peut, de son côté, être effective si n'intervient pas la protection diplomatique.

17. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA se félicite de la vaillance dont le Rapporteur spécial a fait preuve dans la rédaction de son rapport préliminaire qui, par son fond, son but, sa forme même, avait pour dessein d'alerter ses destinataires. Si telle était bien son intention, il a atteint son but. Ce premier effet passé, seule comptera la suite des événements, d'autant qu'en la matière il s'agira de procéder à une évaluation positive d'une conception traditionnelle, c'est-à-dire de tenir compte de la relation dialectique constante entre la théorie et la pratique.

18. Limitant son intervention à la question de la nature juridique de la protection diplomatique, traitée au chapitre premier du rapport préliminaire, M. Pambou-Tchivounda rappelle pour commencer un certain nombre d'évidences.

19. En premier lieu, la sphère matérielle du droit international est tributaire de la structure de la société internationale. En deuxième lieu, cette structure comporte une diversité de sujets qui sont en situation inégale en fonction de leurs attributs juridiques : on renverra là-dessus à l'avis consultatif rendu par la CIJ à propos de la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*. En troisième lieu, l'attribution de droits ou l'imposition d'obligations par le droit international ne confère pas, par elles-mêmes, la personnalité juridique à ceux qu'elles concernent : la personnalité juridique n'est pas inhérente à la qualité de sujet de droit, ni en droit interne ni en droit international. En quatrième lieu, que ce soit sous l'empire de la jurisprudence de l'arrêt de la CPJI dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine* ou sous celui de la jurisprudence de l'avis consultatif mentionné ci-dessus, l'attribution de droits spécifiques à des individus ou à des agents officiels procède de la volonté des États ou des organisations internationales (par voie conventionnelle ou par voie coutumière), sans valoir reconnaissance de la personnalité juridique internationale. Enfin, l'accès direct de l'individu à certaines institutions internationales pour

y faire valoir une réclamation s'inscrit dans le cadre de l'application du droit international conventionnel ou coutumier, à la naissance duquel l'individu n'aura pas pris part, faute d'y être habilité par le droit international, c'est-à-dire faute d'avoir la personnalité juridique internationale.

20. Ayant rappelé ces évidences, M. Pambou-Tchivounda tient à se démarquer de l'idée, très répandue dans une certaine doctrine et énoncée au paragraphe 32 du rapport préliminaire, selon laquelle l'individu se serait vu reconnaître une certaine dose de personnalité juridique internationale. Il perçoit au contraire la personnalité juridique, interne ou internationale, comme un bloc uniforme non susceptible de fragmentation. Il ne souscrit donc pas non plus aux implications d'une telle idée, à savoir que les individus seraient les déterminateurs du cadre des réclamations qu'ils peuvent faire valoir au niveau international. De fait, les individus se servent des procédures existantes dans les limites propres à celles-ci et pour prétendre à la satisfaction d'intérêts très limités. Considérer que les individus sont devenus à cet égard les concurrents des États ou des organisations internationales serait faire œuvre de fiction, et il serait erroné de conférer aux droits de l'homme un rôle et une influence excessifs par rapport à des institutions ou des techniques établies comme la protection diplomatique, laquelle subit la dialectique entre stabilité et changement mais y survit. Par contre, nul ne sait le sort que la puissance de l'évolution du droit international réservera aux droits de l'homme vu que les États autour desquels l'institution de la protection diplomatique s'est constituée pourraient logiquement se rétracter par rapport aux dérives auxquelles risquerait de les exposer le grand mouvement en faveur des droits de l'homme, rien ne leur interdisant de revenir sur tel ou tel instrument dont ils sont les auteurs. C'est d'ailleurs à juste titre que M. Brownlie, se fondant sur l'antériorité chronologique de la protection diplomatique par rapport aux droits de l'homme ainsi que sur la jurisprudence tant judiciaire qu'arbitrale, affirme (2520^e séance) que les droits de l'homme ont emprunté aux ressources de la protection diplomatique.

21. M. Pambou-Tchivounda concède que la mise en forme du droit relatif à l'exercice de la protection diplomatique devrait inscrire, à son avantage et pour sa modernisation, les progrès que le registre des droits de l'homme lui aura fait connaître. Il ne peut toutefois entièrement adhérer à la thèse de Lavieci⁴, que le Rapporteur spécial fait sien au paragraphe 38 du rapport, selon laquelle les « modes récents de protection [...] consacrent le déclin » de la protection diplomatique. Soutenir la pertinence de cette thèse reviendrait en effet à accréditer l'appel que lance le Rapporteur spécial en faveur d'une réécriture de l'arrêt de la CPJI dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine* pour dire, suivant les termes du paragraphe 53 du rapport, que l'État, en prenant fait et cause pour ses ressortissants, fait valoir leur droit au respect des obligations internationales. Dans la perspective d'une réponse à la question posée au paragraphe 54 du rapport, le Rapporteur spécial tente ainsi de corriger ce

qu'il qualifie, à tort ou à raison, de « fiction », à savoir le droit propre de l'État au respect du droit international, en faisant valoir que l'État serait mandaté par ses ressortissants dont il représenterait les intérêts au plan international.

22. À cet égard, M. Pambou-Tchivounda fait observer en premier lieu qu'en dehors des quelques cas, au demeurant limités, répertoriés dans les paragraphes 33 à 44 du rapport préliminaire, l'essence de la protection diplomatique reste intacte dans ses trois composantes — c'est une technique de défense des droits et intérêts qui se déploie dans le cadre d'une procédure contentieuse internationale, laquelle oppose des États. Partant, tant qu'il y aura des États et sauf à les considérer comme des fictions, la protection diplomatique restera une technique d'utilisation générale, indépendamment des conditions de sa mise en œuvre. C'est un droit de l'État, c'est d'abord un droit de procédure et ce n'est qu'accessoirement un droit de fond.

23. En second lieu, M. Pambou-Tchivounda voit une contradiction dans l'idée que le droit international, fait par les États, aurait conféré une dose de personnalité juridique à l'individu mais limiterait la pleine expression de celle-ci dans la sphère du droit international. Une telle contradiction ruine toute tentative de transposition du droit interne au droit international de la théorie du mandat en privant de tout fondement la substitution de l'État à l'individu et la représentation.

24. En troisième lieu, M. Pambou-Tchivounda propose d'inférer du rapport d'inhérence entre l'individu, en tant qu'élément de la population, et l'État, le fondement du droit de substitution et du caractère propre du droit de l'État à mettre en œuvre la protection diplomatique. D'un point de vue juridique en effet, les rapports entre l'individu et l'État sont de type ontologique, l'individu existant en tant qu'élément de la population sans laquelle il n'y a pas d'État, et l'État existant en tant que création du droit. Or, l'inhérence entre l'individu et l'État est valorisée et incarnée par la condition de nationalité. De ce point de vue, la nationalité est une norme de droit international dont la mise en œuvre relève seulement de la compétence de l'État quant aux modalités d'attribution et de perte; étant une norme de droit international, son opposabilité aux tiers est sanctionnée par le droit international. Tel est le sens de la décision rendue dans l'affaire *Nottebohm*, qui a imprimé un élan renouvelé, sans modification aucune, à la technique coutumière de la protection diplomatique. Il y a dans cette exigence du lien de nationalité la prémisse implicite et en quelque sorte abrégée de la proclamation de l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine* qui, si l'on en tient compte, supprime l'artifice de la construction juridique que note le Rapporteur spécial au paragraphe 27 de son rapport préliminaire. À cet égard, la jurisprudence respective des affaires des *Concessions Mavrommatis en Palestine* et du *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis* s'éclairent mutuellement.

25. M. Pambou-Tchivounda conclut, en s'appuyant sur la nationalité de l'État, que la protection diplomatique est manifestement un droit de l'État.

26. M. BENNOUNA (Rapporteur spécial) dit que, la doctrine classique étant un acquis, la Commission doit

⁴ J. P. Lavieci, *Protection et promotion des investissements : Étude de droit international économique*, Paris, Presses universitaires de France, 1985, p. 5.

s'interroger sur l'opportunité de tenir compte des développements récents, en étant bien consciente que, ce faisant, elle enrichira nécessairement le projet sur la responsabilité internationale. Celui-ci n'a en effet envisagé que deux situations, celle née de faits illicites et celle découlant d'activités non interdites qui, toutes deux, se rapportent à la responsabilité d'État à État. Or, l'existence d'une responsabilité des États à l'égard de personnes privées est désormais une évidence qui a été admise par la jurisprudence internationale. Dans ce cas, soit l'individu fait valoir cette responsabilité directement par les procédures qui lui sont ouvertes, soit l'État intervient pour faire valoir la responsabilité de l'autre État à l'égard des personnes privées concernées.

27. Il est par ailleurs incompatible avec l'état du droit international contemporain d'affirmer que la personnalité juridique est un bloc uniforme. Certes, la personnalité première est l'État, et ce sont les États qui déterminent la dose de personnalité juridique reconnue tant aux organisations internationales qu'aux individus, mais il n'y a pas de modèle uniforme. Ainsi, dans le cadre du CIRDI, en consentant à l'arbitrage, l'État conclut un accord international et se lie avec un investisseur privé comme il le ferait avec un autre État.

28. La position stricte adoptée par M. Pambou-Tchivounda montre que la Commission est divisée et que la discussion est nécessaire. S'agissant de la question posée au paragraphe 54 du rapport, la situation n'est peut-être pas aussi tranchée qu'elle l'était dans les années 20 et la solution devra peut-être être recherchée dans la voie de la complémentarité : il existe probablement un droit procédural de l'État sur le plan juridique qui est caractérisé par la protection diplomatique mais, en agissant, l'État fait valoir parfois son propre droit mais parfois aussi le droit de personnes privées.

29. M. ECONOMIDES convient qu'à côté de la relation d'État à État créée par la protection diplomatique et la responsabilité internationale, il y a aussi dans le droit récent une relation, également de droit international, entre l'État et l'individu. Là où cette relation très spécifique d'État à individu n'existe pas encore, il ne peut y avoir d'autre solution que la conception traditionnelle, celle où l'État fait valoir le droit de l'individu en son nom propre. Créer la possibilité pour l'individu d'exercer lui-même sa protection diplomatique nécessiterait l'élaboration d'une convention universelle qui bouleverserait non seulement l'institution de la protection diplomatique, mais également le droit international tout entier.

30. M. BENNOUNA (Rapporteur spécial) précise que son propos n'a jamais été que la protection diplomatique soit exercée par l'individu. Cette protection a toujours été exercée par l'État, mais aujourd'hui, lorsque l'État intervient, il exerce soit son droit propre, soit un droit reconnu en propre à des individus. L'étude du sujet se produit donc dans une phase de transition et d'évolution, ce qui oblige la Commission à préciser à l'Assemblée générale qu'afin de codifier la matière, elle compte traiter de la protection diplomatique dans la *lex lata* en tenant compte de ces évolutions récentes et que son étude prendra la forme d'une adaptation et non d'une révolution.

31. M. MELESCANU fait remarquer qu'il y a en réalité accord général sur le fait qu'il faut procéder à une codification de l'institution de la protection diplomatique tout en tenant compte des évolutions récentes. La tâche est donc, partant du tronc commun sur lequel il y a accord, de bien définir ces évolutions et la place qu'il convient de leur assigner.

32. M. BROWNLIE n'est pas certain que les discussions théoriques en cours présentent un grand intérêt si l'on considère que l'axe essentiel du travail de la Commission doit être de déterminer comment venir en aide aux individus lésés par les actes d'États étrangers. Pour des raisons tant économiques que politiques, la catastrophe de Tchernobyl n'a pas donné lieu à des réclamations contre l'ex-Union soviétique, mais, selon le point de vue classique, la règle de l'épuisement des recours internes aurait dû fonctionner et des associations de requérants étrangers auraient alors introduit des instances devant les tribunaux ukrainiens. Si cette règle est toujours appliquée, tant par les pays développés que par les pays en développement, il ne s'agit donc plus de débats théoriques ou historiques mais de savoir ce qu'il est possible de faire, par un développement progressif du droit, pour venir en aide non pas aux multinationales, qui en ont les moyens, mais aux individus qui se trouvent contraints de s'adresser à des juridictions étrangères.

33. M. DUGARD est disposé à accepter que le sujet repose sur une fiction juridique, celle qui fait de la réclamation de l'individu une réclamation de l'État. L'évolution du droit international, dans le domaine des droits de l'homme en particulier, ainsi que la Déclaration sur les droits de l'homme des personnes qui ne possèdent pas la nationalité du pays dans lequel elles vivent⁵, tendent à rendre encore plus floue la distinction entre droits de l'homme et protection diplomatique, mais la question est alors de savoir si, dans le cas d'espèce, la fiction juridique est utile et quelles en sont les conséquences. Le Rapporteur spécial ne suggère pas que le fait que la réclamation est celle de l'individu et non pas celle de l'État devrait amener l'individu à faire valoir ses propres droits en droit international, mais cette idée peut découler implicitement de la suggestion que l'ensemble du sujet de la protection diplomatique devrait être revu au motif qu'il repose sur une fiction juridique. Il faut bien voir qu'en l'absence de traités ou d'autres mécanismes conférant à l'individu le droit d'engager une réclamation internationale, l'individu n'a aucun recours. L'on pourrait, par un développement progressif du droit international, recommander que celui-ci confère un tel recours à l'individu mais il y a tout lieu de douter que cela ait un quelconque effet sur les États. Dans la plupart des cas, c'est la conception traditionnelle de la protection diplomatique, c'est-à-dire celle où l'État considère que la réclamation est la sienne et non celle de l'individu, qui accorde la meilleure protection à ce dernier.

34. Le *dictum* de la CIJ relatif aux obligations *erga omnes* dans l'affaire de la *Barcelona Traction* avait pour objet d'indiquer clairement que, dans certains cas, les États peuvent protéger des non-nationaux dans l'intérêt supérieur de l'humanité, mais, là encore, il faut qu'il y ait

⁵ Résolution 40/144 de l'Assemblée générale, annexe.

une base conventionnelle quelconque pour que l'État introduise une procédure au nom d'un non-national. En tout état de cause, quelle qu'ait été la finalité du *dictum* de la Cour, il y a tout lieu de penser que, dans la plupart des cas, les États ne seraient pas disposés à engager une procédure au nom de non-nationaux. Même dans le système européen de protection des droits de l'homme, les réclamations interétatiques au nom de non-nationaux sont rares et contiennent toujours un élément de lien linguistique ou ethnique. L'adoption des obligations *erga omnes* dans l'affaire de la *Barcelona Traction* peut être examinée dans le cadre de l'article 40 du projet d'articles sur la responsabilité des États⁶ mais pas dans celui de l'étude de la protection diplomatique. La communauté internationale a changé, et le droit international aussi, mais pas suffisamment pour que l'on change complètement l'institution de la protection diplomatique au risque d'aboutir à une situation où les individus seraient moins protégés. L'ordonnance de la CIJ dans l'affaire relative à la *Convention de Vienne sur les relations consulaires (Paraguay c. États-Unis d'Amérique)* montre que les États sont encore disposés à protéger leurs nationaux et à considérer que le dommage subi par ceux-ci est un dommage subi par l'État.

35. Les règles traditionnelles relatives à l'étude du sujet de la protection diplomatique figurent dans le rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa quarante-neuvième session⁷. M. Dugard pense que le Rapporteur spécial devrait partir de cette base, en lui apportant les modifications éventuellement nécessitées par les évolutions récentes sur lesquelles il a appelé l'attention de la Commission. Le meilleur moyen de promouvoir les intérêts des individus dans le monde moderne est de codifier les règles traditionnelles du droit international sur le sujet et, éventuellement, de recommander aux États qu'ils considèrent que le droit à la protection diplomatique fait partie des droits de l'homme et qu'ils devraient l'inclure dans leur système juridique interne.

36. M. GOCO fait remarquer qu'au paragraphe 48 du rapport préliminaire, le Rapporteur spécial insiste sur le caractère discrétionnaire de l'exercice par l'État de la protection diplomatique mais mentionne également des éléments qui pourraient en faire une obligation. Il se demande par exemple si en cas de déni de justice, de comportement arbitraire des tribunaux ou de toute autre violation des droits fondamentaux de la personne humaine, il ne pourrait pas y avoir des règles de base qui feraient obligation à l'État d'accorder sa protection diplomatique, alors qu'il serait tenté de ne pas le faire pour des raisons politiques.

37. M. DUGARD dit qu'en droit international il ne saurait y avoir un exercice obligatoire de la protection diplomatique. Tout ce que la Commission peut faire, c'est recommander aux États de modifier leur droit interne.

38. M. BENNOUNA (Rapporteur spécial) est également d'avis qu'en aucun cas un individu ne saurait imposer à un État d'agir contre un autre État.

39. M. SIMMA estime que, si le droit à la protection diplomatique devient l'un des droits de l'homme, cette évolution aurait nécessairement des incidences sur le pouvoir discrétionnaire de l'État au plan international. Il serait en effet beaucoup plus difficile pour l'État d'arguer de considérations politiques ou diplomatiques pour ne pas faire de réclamation.

40. M. HAFFNER est d'avis que l'approche plus théorique et déductive adoptée par le Rapporteur spécial et l'approche plus pragmatique et inductive que d'aucuns auraient préférée auraient de toute manière abouti aux mêmes résultats, puisqu'il aurait fallu en définitive répondre aux mêmes questions sur ce sujet de la protection diplomatique, qui est l'un des derniers éléments des relations interétatiques qui restent à codifier.

41. La Commission a été quasiment unanime à considérer que le sujet porte sur les seules règles secondaires mais l'on a pu se demander si telle ou telle règle était secondaire ou primaire. En réalité, le statut d'une règle dépend de la fonction qu'elle exerce dans la situation considérée. Une norme du droit des traités peut, dans un cas, appartenir à la catégorie des règles secondaires et, dans l'autre, à celle des règles primaires. Il n'est donc pas très utile de continuer sur ce point un débat qui ne peut qu'embrouiller encore plus les choses. Cela étant, la Commission n'entend en aucune façon codifier les droits individuels qui doivent être violés pour déclencher la protection diplomatique. Il pourra parfois s'avérer difficile de trouver une formulation qui règle cette question tout en restant générale mais, comme les commentaires des États l'indiquent très clairement, la Commission ne doit pas pour autant se sentir obligée d'entreprendre une étude des règles de fond de la responsabilité internationale.

42. Il s'agit donc de traiter uniquement des droits de l'État pour ce qui est d'exercer la protection diplomatique et des conditions de cet exercice. La pratique étatique actuelle montre clairement qu'il s'agit d'un droit et non d'un devoir. Il paraît donc difficile d'accepter que ce droit fasse partie des droits de l'homme, car il y aurait alors une obligation pour l'État d'accorder sa protection diplomatique. Or, tel n'est pas le cas. Pour ne donner qu'un exemple, dans le cadre de la troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer, lorsqu'on a refusé que les États puissent être attaqués en justice par des entreprises privées, et qu'il a été proposé que l'État qui patronne l'entreprise demanderesse soit obligé de se présenter devant le Tribunal du droit de la mer et de représenter l'entreprise contre l'autre État, cette proposition équivalait à une protection diplomatique obligatoire. Or, elle a été quasi unanimement rejetée pour cette raison précise, et la solution finalement adoptée dans l'article 190 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer allait dans le sens opposé.

43. C'est ainsi qu'on en arrive à la question du rôle de l'individu dans les relations internationales. Il est évident qu'il a aujourd'hui davantage accès aux institutions internationales pour faire valoir ses droits contre l'État. L'individu s'est dans une certaine mesure émancipé par rapport à l'État dont il est le national, et l'importance de la souveraineté s'en est trouvée réduite. Ceci soulève nécessairement à nouveau la question des droits de l'homme et de la protection diplomatique, et de leurs relations mutuelles. Il

⁶ Voir 2520^e séance, note 8.

⁷ *Annuaire... 1997*, vol. II (2^e partie), par. 189, p. 63.

ne faut pas oublier qu'il existe des différences fondamentales dans la mesure où les droits de l'homme sont avant tout dirigés contre les États alors que la protection diplomatique utilise ces derniers. Les droits de l'homme sont indépendants de la nationalité dans la mesure où les États sont tenus de respecter les droits fondamentaux de toutes les personnes placées sous leur juridiction. De ce fait, si l'on faisait reposer une obligation d'exercer la protection diplomatique sur les droits de l'homme, on voit mal pourquoi elle ne devrait pas s'entendre au bénéfice de toutes les personnes relevant de la juridiction de l'État concerné. Or, par exemple, ni l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, ni l'article premier de son protocole additionnel ne peuvent être interprétés comme créant une telle obligation. Bien entendu, on pourrait concevoir un droit politique accordé uniquement aux nationaux en leur qualité de citoyens, mais le droit international ne fournit aucune indication qui justifierait la formulation d'une telle règle, même de *lex ferenda*. Cet élargissement de l'accès de l'individu aux institutions internationales affecte donc la protection diplomatique dans la mesure où cette dernière n'est plus le seul moyen de faire valoir les droits de l'individu à l'encontre d'États étrangers. Mais, comme cet accès direct n'est pas universel ni généralisé, mais en fait rare, les individus ont toujours besoin de l'institution de la protection diplomatique pour bénéficier d'une certaine protection.

44. Dans cette perspective, on peut bien sûr se demander si une obligation d'exercer la protection diplomatique ne servirait pas les intérêts de l'individu : mais outre que rien n'atteste qu'il en soit ainsi, une telle obligation ne semble pas toujours justifiée puisque l'État ne doit pas seulement défendre les intérêts d'un de ses nationaux, mais bien ceux de tous ses nationaux, et l'on peut très bien concevoir que les intérêts d'un individu soient en conflit avec ceux de la collectivité nationale. D'autre part, il a été clairement indiqué, lorsque la question s'est posée en Autriche au sujet d'un accord conclu avec l'ex-Tchécoslovaquie prévoyant une indemnisation forfaitaire, que l'État qui n'exerce pas la protection diplomatique ne peut pas, pour cette raison, être assigné en justice par le national concerné. Il ne peut en être autrement que si l'État accepte une telle obligation dans sa propre législation.

45. Il faut donc conclure, ce que, confirme la jurisprudence, que la protection diplomatique est un droit de l'État et non de l'individu. Il en découle diverses conséquences : premièrement, il existe bien un certain élément de fiction dans ce droit, en ce sens que l'on considère comme vrai quelque chose qui peut ne pas l'être. Le dommage est causé à l'individu et non à l'État, mais on considère qu'il a été causé à l'État comme si les biens des nationaux ou peut-être les nationaux eux-mêmes étaient la propriété de l'État. Pour éviter une telle conclusion, mieux vaut accepter l'existence d'un certain élément de fiction. Mais ces questions ne doivent pas retenir l'attention de la Commission, car il y en a d'autres à régler et la doctrine est très divisée sur ce point.

46. Une autre conséquence est que, dans la mesure où les conditions de nationalité ou d'épuisement des recours internes ne sont pas réunies, il n'a été porté atteinte à aucun droit au regard du droit international et la protection diplomatique ne peut être exercée. Il y a uniquement

violation d'un droit de l'individu au regard du droit national. On peut le montrer *a contrario*, en supposant par exemple qu'un traité bilatéral donne aux nationaux des deux parties droit à un certain traitement, mais que ce traitement est clairement établi dans une disposition qui n'est pas directement exécutoire et n'a pas été introduite dans la législation nationale. Dans une telle situation, aucun droit subjectif susceptible d'être invoqué n'a encore été conféré à l'individu car ce dernier ne peut invoquer la disposition en cause devant une juridiction nationale. Si l'État dont il est le national demande que cette disposition conventionnelle soit respectée, il n'exerce pas la protection diplomatique mais bien son droit propre d'exiger que l'autre État partie au traité respecte ce dernier. Il faut toutefois distinguer cette situation de celle où l'individu peut invoquer une disposition directement exécutoire mais où la règle de l'épuisement des recours internes ne peut s'appliquer parce qu'il n'y a pas de recours ou en raison des exceptions bien connues. Il faut donc déterminer très clairement à partir de quel moment le droit international de la protection diplomatique entre en jeu. À cet égard, il n'est nul besoin d'examiner la question de savoir si l'individu est un sujet du droit international. En effet, ce statut n'est qu'une conséquence de l'existence de certains droits et obligations et non une condition de l'octroi de certains droits et obligations.

47. Cette règle générale a donc une autre conséquence en ce qui concerne la nature de la règle de l'épuisement des recours internes : elle ne peut que signifier que le manquement à l'obligation internationale ou la responsabilité de l'État fautif n'existe que si ces recours ont été épuisés, sous réserve des différentes exceptions. Les raisons pour cela peuvent être de nature différente, mais c'est en ce sens que doit être compris l'article 22 du projet d'articles sur la responsabilité des États. Il ne peut être interprété comme empêchant uniquement une réclamation internationale. Ceci indique également l'importance de la conception de cette règle.

48. Cette conception signifie aussi que le modèle de la subrogation ne peut s'appliquer à la protection diplomatique puisqu'il y a une modification fondamentale de la nature du droit. On pourrait néanmoins envisager une solution différente pour ce qui est des obligations *erga omnes* énoncées au profit des individus, comme dans la décision rendue par la Commission européenne des droits de l'homme qui est visée dans la première note du paragraphe 37 du rapport préliminaire⁸. Mais pour M. Hafner, de tels cas, dans lesquels un État entend faire respecter les droits de l'homme en déposant une plainte, ne relèvent pas nécessairement de la protection diplomatique et doivent en être distingués.

49. Quant à l'idée avancée par M. Economides d'examiner si la règle de l'épuisement des recours internes est applicable en cas d'atteinte par un État étranger aux droits d'individus sur le territoire de l'État dont ils sont des

⁸ Conseil de l'Europe, décision de la Commission sur la recevabilité de la requête n° 788/60 introduite par le Gouvernement de la République fédérale d'Autriche contre le Gouvernement de la République italienne (11 janvier 1961), *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme*, 1961, vol. 4, La Haye, Martinus Nijhoff, 1962, p. 117 à 183, notamment p. 141.

nationaux, elle appelle plusieurs observations. Dans certains cas, cette règle ne fonctionne pas, notamment, comme M. Brownlie l'a fait observer (2520^e séance) en évoquant l'*Incident aérien du 27 juillet 1955*⁹, lorsqu'il n'y a pas de lien avec la juridiction concernée. Ceci serait particulièrement vrai, par exemple, dans le cas où quelqu'un possède un terrain près d'une frontière et que la jouissance de ce terrain est troublée du fait d'un dommage transfrontière causé par l'État voisin, comme dans l'affaire de la *Fonderie de Trail* (Trail Smelter). Dans une telle situation, il serait indubitablement injuste d'exiger l'épuisement des recours internes dans l'État d'origine, et la protection diplomatique pourrait être accordée même si ces recours n'étaient pas exercés. Une situation différente est celle dans laquelle un diplomate n'honore pas ses engagements envers des nationaux de l'État d'accueil, par exemple lorsqu'il ne paie pas ses dettes. En pareil cas, l'obligation prévue à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme entre en conflit avec l'immunité diplomatique. Quoi qu'il en soit, on peut se demander si la personne privée qui a subi un préjudice devrait épuiser les recours internes dans l'État d'envoi parce que cela est théoriquement possible. Néanmoins, on peut imaginer que cette prescription ne soit pas considérée comme une condition de l'exercice de la protection diplomatique. Cette solution peut aussi être déduite de la théorie générale élaborée à l'occasion de l'*Incident aérien du 27 juillet 1955*. Reste à savoir si dans une telle situation une des conditions traditionnelles de l'exercice de la protection diplomatique est bien satisfaite, à savoir qu'une norme internationalement reconnue n'a pas été observée. La protection diplomatique est en effet un instrument qui doit être utilisé contre un État étranger, mais si un diplomate n'honore pas ses dettes, la responsabilité de l'État d'envoi n'est pas engagée parce qu'aucun acte ne lui est imputable. Il serait à coup sûr difficile d'établir l'existence d'une implication directe de l'État d'envoi qui ferait naître une créance au profit de la personne privée concernée. Si, d'autre part, l'acte est directement imputable à l'État, il s'agit essentiellement d'un acte *jure gestionis* à raison duquel l'État ne jouit pas de l'immunité et pour lequel il peut donc être assigné devant les tribunaux internes.

50. Enfin, il faut aussi évoquer une question que pose Zemanek dans son cours général, à savoir si le recours à un organe international pour protéger les droits de l'homme doit être considéré comme un « recours interne »¹⁰. La simple interprétation littérale ne permet pas de répondre par l'affirmative, mais il est certain que la Commission doit se pencher sur de telles questions.

51. Il reste encore beaucoup à faire et nombre de questions aussi importantes que celles envisagées dans le rapport se poseront à l'avenir et devront être examinées. On peut par exemple imaginer un débat nourri sur la question de savoir si la protection diplomatique peut être exercée au profit de non-nationaux, en particulier si l'on considère que, comme dans le domaine des droits de l'homme, le

lien de la nationalité perd de l'importance au profit de celui de la résidence.

52. En conséquence, bien que l'on puisse comprendre que certains souhaitent aboutir à une solution concrète à partir d'une position générale et abstraite, la Commission ne doit ménager aucun effort pour en arriver dès que possible à élaborer des règles concrètes afin de donner aux États l'assurance que les travaux sont bien ciblés. Le travail accompli par le Groupe de travail sur la protection diplomatique a déjà permis aux États de se faire une idée claire, qu'ils ont semblé approuver, du plan des travaux de la Commission. Il faut donc poursuivre les travaux selon ce plan, en tenant compte du débat qu'a suscité le rapport à l'examen.

53. M. LUKASHUK, se référant à l'intervention de M. Brownlie, estime que les dommages transfrontières ne devraient pas dans un premier temps être envisagés dans l'étude de la protection diplomatique¹¹. Ils relèvent d'un domaine différent, et il serait préférable de s'en tenir au cas où le dommage a été causé dans la juridiction de l'État étranger. En outre, il paraît certain que l'existence d'un droit de l'individu à la protection diplomatique est appelée à être de plus en plus largement reconnue, de même que la responsabilité de l'État en la matière.

54. M. HAFNER peut accepter que l'on exclue les dommages transfrontières de l'examen du sujet, même s'ils peuvent effectivement donner lieu à l'exercice de la protection diplomatique, mais qu'il faut, dans ces conditions, le préciser clairement.

55. M. ROSENSTOCK pense, comme MM. Dugard et Hafner, que le sujet à l'examen se prête éminemment à codification, ce qui ne signifie pas que tout élément de développement progressif en soit exclu; le fait que ce sujet n'est pas nouveau est à cet égard totalement indifférent.

56. Dans son rapport préliminaire, le Rapporteur spécial a fait brièvement l'historique de l'institution de la protection diplomatique en y ajoutant certains commentaires, et M. Rosenstock reconnaît l'utilité d'une telle approche. S'agissant des commentaires en question, il ne faudrait pas penser que « qui ne dit mot consent ». Rouvrir un débat sur les problèmes bilatéraux ou Nord-Sud ne serait guère fructueux.

57. Il ne sert à rien non plus d'engager un débat sur le point de savoir si la protection diplomatique repose sur une fiction juridique. Dans le même esprit, M. Rosenstock préfère s'abstenir d'expliquer pourquoi il juge le paragraphe 47 du rapport préliminaire surprenant, superflu et potentiellement inquiétant car les débats théoriques de ce type sont inutiles. Par ailleurs, intentionnellement ou non, le Rapporteur spécial semble opposer la doctrine traditionnelle aux doctrines progressistes et la conception traditionnelle de la protection diplomatique à une conception qui reconnaît, approuve, favorise et renforce le rôle des droits de l'homme. Une telle dichotomie ne correspond pas à la réalité, et M. Rosenstock pense comme MM. Dugard et Brownlie qu'il est inutile, et contraire aux intérêts de l'individu, de marginaliser la protec-

⁹ Voir 2520^e séance, note 9.

¹⁰ K. Zemanek, « The legal foundations of the international system », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1997, La Haye, Martinus Nijhoff, 1998, t. 266, p. 9 à 336, notamment p. 266.

¹¹ Voir 2520^e séance, note 4.

tion diplomatique. Effectivement, c'est bien à l'État qu'il appartient d'exercer cette protection, mais les droits de l'individu n'en sont pas pour autant menacés. Les observations de M. Herdocia Sacasa comme celles de M. Addo étaient particulièrement pertinentes à cet égard.

58. Il ne paraît pas non plus indispensable de régler les autres questions théoriques pouvant se poser avant d'aborder certains aspects de l'épuisement des recours internes. En 1834 déjà, celui qui était alors secrétaire d'État américain, M. McLane, déclarait, au sujet de l'épuisement des recours internes, qu'« obliger les nations à enquêter sur chaque infraction commise par les citoyens d'une nation contre la personne de ceux d'une autre reviendrait à faire peser une charge déraisonnablement lourde sur les relations entre les nations »¹². Près de cent cinquante ans après, Brownlie, un juriste et praticien britannique membre de la Commission, qui n'a pas la réputation d'être conservateur, décrit la règle de l'épuisement des recours internes comme « justifiée par des considérations pratiques et politiques, et non par une quelconque nécessité logique découlant du droit international dans son ensemble »¹³.

59. La décision prise l'année précédente par le Groupe de travail, qui a été approuvée par la Commission, acceptée par le Rapporteur spécial et appuyée par les gouvernements dans leurs observations, à savoir que les travaux doivent être axés sur les règles secondaires, était judicieuse. Rien n'a été dit qui justifierait qu'elle soit reconsidérée, et encore moins modifiée. À cet égard, les résultats auxquels a abouti la Commission lorsqu'elle s'est écartée des règles secondaires dans l'étude de la responsabilité des États ne sont pas encourageants. Cela dit, il serait utile de constituer un groupe consultatif pour seconder le Rapporteur spécial suivant la recommandation figurant dans le rapport du Groupe de planification à la quarante-huitième session¹⁴.

60. M. BENNOUNA (Rapporteur spécial) n'entend pas remettre en cause les conclusions auxquelles le Groupe de travail est parvenu lors de la session précédente. Il n'en reste pas moins que le Groupe de travail a laissé des questions en suspens, et c'est précisément pour approfondir ces questions qu'a été élaboré le rapport préliminaire.

61. M. ROSENSTOCK se réjouit que l'on ne rouvre pas le débat sur les questions réglées à la session précédente et il donne lecture d'un paragraphe dans lequel il est dit que « l'étude se limitera à la codification des règles secondaires »¹⁵.

62. M. BENNOUNA (Rapporteur spécial) précise qu'il voulait dire qu'il importe d'avoir à l'esprit le caractère relatif de la distinction entre règles secondaires et règles primaires, et le fait qu'il n'y a pas de cloisonnement étanche entre les deux catégories de règles.

63. M. ROSENSTOCK convient qu'il n'y a certes pas de cloisonnement étanche, mais qu'il n'y a pas non plus

de doute quant à la décision qui a été prise, aux raisons qui l'ont motivée et à ce qu'elle implique.

La séance est levée à 13 h 5.

2522^e SÉANCE

Jeudi 30 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. Elaraby, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Herdocia Sacasa, M. Kabatsi, M. Kusuma-Atmadja, M. Melescanu, M. Mikulka, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rosenstock, M. Sepúlveda, M. Simma, M. Thiam.

Protection diplomatique (suite) [A/CN.4/483, sect. E, A/CN.4/484¹, A/CN.4/L.553]

[Point 6 de l'ordre du jour]

RAPPORT PRÉLIMINAIRE DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (suite)

1. M. SEPÚLVEDA dit que le rapport préliminaire du Rapporteur spécial sur la protection diplomatique (A/CN.4/484), malgré son caractère préliminaire, verse au débat de précieuses informations, de même que la bibliographie et la liste des affaires mettant en cause la protection diplomatique distribuée par le secrétariat. Ce dernier document montre cependant que neuf affaires seulement ont été réglées depuis 1981 dans le domaine de la protection diplomatique, dont cinq sur le plan interne et quatre par les tribunaux internationaux, et qu'une demi-douzaine d'ouvrages seulement sur cette question, et des articles relativement plus nombreux dans les revues spécialisées, ont paru depuis 1980. Il serait donc utile de disposer d'un bon moyen de rassemblement de l'information sur la pratique étatique dans le domaine de la protection diplomatique et dans les domaines apparentés, notamment sur les accords entre États qui permettent à des personnes privées de recourir à l'arbitrage international, éliminant ainsi la nécessité de la protection diplomatique. Le rapport de la CNUCED sur l'investissement dans le monde est une excellente source d'information là-dessus².

2. Revenant au rapport préliminaire, M. Sepúlveda pense qu'il faudra entamer l'étude du nouveau sujet en posant les hypothèses juridiques fondamentales sans lesquelles il ne peut y avoir de protection diplomatique. Ces conditions préalables sont fixées dans l'extrait de l'arrêt

¹² Moore, *Digest* (1906), vol. VI, p. 658.

¹³ I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 3^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1979, p. 496.

¹⁴ *Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), p. 91 et 98, doc. A/51/10, par. 148 (al. g) et par. 191 à 195, respectivement.

¹⁵ *Annuaire... 1997*, vol. II (2^e partie), par. 181, p. 62.

¹ Reproduit dans *Annuaire... 1998*, vol. II (1^{re} partie).

² Par exemple, *World Investment Report 1997* (publication des Nations Unies, numéro de vente : E.97.II.D.10).