

Document:-
A/CN.4/SR.2522

Compte rendu analytique de la 2522e 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>)*

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. Ben-nouna, 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).

de la CPJI dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine* cité au paragraphe 5 du rapport. La première est qu'un État a le droit de protéger ses ressortissants lorsqu'ils subissent un préjudice du fait d'un acte contraire au droit international commis par un autre État. Il est donc important de fixer l'idée que, pour que la protection diplomatique puisse jouer, il faut d'abord établir qu'un dommage a été causé à un ressortissant; il faut que ce dommage soit causé par une infraction au droit international, qu'il soit imputable à l'État contre lequel porte la réclamation et, enfin, qu'il y ait une relation de cause à effet entre le dommage effectivement subi et la cause à laquelle on l'impute. Dans une action internationale en protection diplomatique, trois protagonistes interviennent donc : le sujet qui a subi un préjudice dans sa personne, dans ses biens ou dans ses droits, l'État auteur du dommage et l'État qui épouse la cause de son ressortissant. Il va sans dire que l'État auteur du dommage doit avoir eu l'occasion de réparer celui-ci, avant que ne puisse s'enclencher la procédure de la protection diplomatique.

3. La deuxième condition préalable à l'exercice de la protection diplomatique fixée dans l'arrêt de la CPJI dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine* est que la personne ayant subi le dommage doit avoir été dans l'impossibilité d'obtenir satisfaction par les voies ordinaires. En d'autres termes, elle doit avoir eu recours aux procédures nationales pour résoudre le différend, donnant ainsi à l'État l'occasion d'assumer ses obligations internationales en s'offrant en temps utile à réparer le dommage.

4. Au paragraphe 11 de son rapport préliminaire, le Rapporteur spécial fait à juste titre remarquer que l'État qui souhaite défendre ses ressortissants ne peut recourir à la menace ou à l'emploi de la force dans l'exercice de la protection diplomatique. À l'issue de son examen, la Commission pourrait donc apporter cette contribution majeure au droit de la matière que serait la définition des moyens auxquels les États peuvent recourir lorsqu'ils veulent faire valoir leurs droits et les droits de leurs ressortissants dans le contexte de la protection diplomatique.

5. Il serait également important de déterminer qui a un intérêt juridique direct et immédiat et qui a la qualité et le pouvoir de faire valoir une réclamation internationale. Pour M. Sepúlveda, ce n'est pas l'État qui a cet intérêt juridique direct et immédiat. Si tel était le cas, en effet, ce droit serait impératif et ne pourrait s'exercer à la discrétion de son titulaire. Par exemple, les accords sur la protection des investissements étrangers offrent aux personnes privées, qu'elles soient physiques ou morales, la possibilité de demander réparation directement, c'est-à-dire qu'ils leur accordent un statut analogue à celui qui a été reconnu à l'ONU dans l'affaire concernant la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, au terme de laquelle il a été conclu que l'Organisation avait la personnalité juridique internationale puisqu'elle avait la possibilité d'engager une procédure internationale. On peut dire la même chose de la clause Calvo³, par laquelle un étranger refuse par contrat le bénéfice éventuel de la protection diplomatique de son État d'origine. Il est clair que dans ce cas-là également, seul l'individu

possède un intérêt juridique direct et immédiat dans la réclamation. Le débat sur la fiction juridique que serait le détenteur du droit dont il s'agit ne mène donc nulle part. La Commission ferait mieux de se concentrer sur les droits et les intérêts juridiques qui sont effectivement protégés. M. Sepúlveda a déjà expliqué qu'à son avis l'État exerce un droit par substitution, en remplaçant la personne à qui ce droit était à l'origine conféré.

6. Il convient de noter que les investisseurs étrangers se retrouvent ainsi dans une situation extrêmement favorable par rapport aux nationaux, puisque trois procédures leur sont offertes — le recours interne, la protection diplomatique et l'arbitrage international — alors que les nationaux ne peuvent se prévaloir que des recours internes.

7. Il faudrait également évoquer la troublante question des liens qu'il y aurait, dit-on, entre protection diplomatique et droits de l'homme. Pour M. Sepúlveda, il s'agit de deux questions totalement distinctes et, si l'on analysait le sujet de plus près, on verrait que la protection diplomatique s'est toujours exercée strictement sur les droits patrimoniaux, alors que les droits de l'homme touchent à l'essence même de la liberté individuelle. Les droits couverts par la protection diplomatique comprennent le traitement de la nation la plus favorisée et les obligations de résultat imposées aux entreprises, considérations fort éloignées de ce que l'on entend traditionnellement par droits de l'homme.

8. M. BROWNLIE attire l'attention sur le problème des dommages causés directement aux États, qui, même s'il ne fait évidemment pas partie du sujet confié à l'examen de la Commission, est indissociablement lié aux questions de protection diplomatique dans le monde réel, comme trois exemples suffiront à l'illustrer.

9. L'affaire du *Rainbow Warrior*, au cours de laquelle un navire de Greenpeace International a été détruit dans le port d'Auckland par un groupe naval de sabotage français, a été le motif d'une plainte de l'État de Nouvelle-Zélande pour violation de sa souveraineté, et des Pays-Bas pour le décès d'un photographe tué dans l'incident — et que l'on a considéré comme de nationalité néerlandaise aux fins de la solution de règlement négocié par le Secrétaire général des Nations Unies. Cette affaire se présente donc comme une sorte de palimpseste, avec l'intérêt direct de l'État, du côté de la Nouvelle-Zélande, et l'intérêt d'un autre État, en la personne de l'un des individus mis en cause dans l'affaire.

10. Le deuxième accident, celui de Tchernobyl, a entraîné des coûts économiques directs pour les personnes privées d'un certain nombre d'États, et a offert aux États eux-mêmes l'occasion d'un grief, s'ils avaient voulu la saisir, pour dommage direct à leur espace aérien. Le troisième exemple est celui du satellite nucléaire soviétique Cosmos-954 qui s'est désintégré dans l'espace aérien du Canada en 1978. Cet incident a débouché sur un règlement diplomatique entre le Canada et l'Union soviétique⁴. Les réclamations du Canada portaient exclusivement sur les dépenses que le Canada avait dû engager pour se débarrasser des débris dangereux tombés sur son territoire. Mais là encore, des intérêts privés auraient

³ Voir *Annuaire... 1956*, vol. II, doc. A/CN.4/96, p. 206 à 208.

⁴ ILM, vol. 18, 1979, p. 899.

pu être atteints du fait de la contamination. Force est donc de conclure qu'il serait erroné de dire que cet incident particulier n'intéresse pas la Commission parce qu'un dommage direct aurait pu être causé. Tous ces exemples illustrent l'exercice de la protection diplomatique visant réellement ou potentiellement des intérêts privés. Le fait que les cas cités ne concernent pas seulement des intérêts privés ne doit pas les exclure des réflexions de la Commission.

11. M. BENNOUNA (Rapporteur spécial) croit se souvenir que la protection diplomatique ne s'applique pas aux affaires mettant en cause des véhicules spatiaux, cas dans lesquels est invoquée la responsabilité objective à l'égard des autres États de l'État qui a lancé l'engin. Quant aux autres cas qu'a évoqués M. Brownlie, il sera certainement fructueux de garder à l'esprit que la distinction entre dommages causés directement aux États et dommages subis par les nationaux n'est pas toujours bien claire dans la pratique.

12. M. Bennouna tient d'autre part à remercier M. Sepúlveda d'avoir mis en lumière la distinction, qu'il s'était lui-même efforcé de faire apparaître, entre le pouvoir discrétionnaire de l'État quant à l'exercice de sa protection diplomatique, question sur laquelle les membres de la Commission s'entendent, et les droits (éventuellement les obligations) mis en cause, qui sont fonction des circonstances de l'affaire et qui appellent une analyse approfondie. Ainsi, selon l'évolution récente de domaines comme ceux des droits patrimoniaux, des droits de l'homme et des investissements, les droits en cause peuvent parfois être les droits de l'individu, et l'obligation de l'État d'accueil être parfois une obligation internationale assumée directement à l'égard de l'individu. La Commission devrait bien faire valoir cette distinction entre l'exercice de la protection diplomatique, qui reste une prérogative de l'État, et les droits et les obligations en cause, qui peuvent être un droit de l'État ou un droit de l'individu, les chevauchements entre les uns et les autres n'étant pas exclus.

13. C'est à bon escient que l'on a rappelé que ce n'est pas toujours l'État qui exerce son droit de protection diplomatique, la preuve en étant que ce droit est parfois conféré à l'individu, qui a accès aux organes internationaux. M. Sepúlveda a également comparé à juste titre la protection accordée par les Nations Unies dans l'affaire concernant la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies* avec le droit d'intenter une action en réparation reconnue à des investisseurs individuels. Dans l'un et l'autre cas, ce sont les États qui confèrent ce pouvoir.

14. Ces réflexions sont une réponse bienvenue à la demande d'orientations du Rapporteur spécial; elles aident à débayer le terrain, tant sur le plan théorique que sur le plan technique et mettent donc la Commission en mesure de s'attaquer au fond du sujet. Pour M. Bennouna, il est encore trop tôt pour dire que la protection diplomatique est sans rapport avec les droits de l'homme et concerne uniquement les droits patrimoniaux. Il est vrai que, par le passé, elle s'exerçait essentiellement dans des affaires concernant des biens matériels, des procédures de nationalisation et des investissements, mais l'affaire portée devant la CIJ dans l'affaire relative à la *Convention*

de Vienne sur les relations consulaires (Paraguay c. États-Unis d'Amérique) par un État dont l'un des ressortissants a été exécuté aux États-Unis offre un bon exemple des liens entre protection diplomatique et droits de l'homme.

15. Un autre problème a été soulevé, qui mérite aussi l'examen : avant de pouvoir exclure du champ de la protection diplomatique la coercition et l'usage ou la menace de la force, il faudrait être certain de l'existence de mécanismes garantissant que l'individu, ou l'État, peut défendre les droits de la personne privée. M. Bennouna demande s'il faut prévoir une gamme de mécanismes aussi large que possible, ou la limiter aux recours légaux, et s'il faut donner le pas à la voie diplomatique sur la voie judiciaire. Il avait été convenu que les privilèges et les immunités diplomatiques, tels que les définissent la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques (appelée ci-après « Convention de Vienne de 1961 ») et la Convention de Vienne sur les relations consulaires (appelée ci-après « Convention de Vienne de 1963 »), n'entreraient pas dans les prévisions du futur projet d'articles. Mais l'intervention diplomatique et les recours légaux présentent de nombreux éléments communs, notamment la place qu'ils font à la négociation, et le Rapporteur spécial pense qu'il faudrait considérer la première et les seconds comme des éléments éventuels de la protection diplomatique.

16. M. ECONOMIDES approuve M. Sepúlveda d'avoir mentionné dans le contexte de la protection diplomatique le principe du non-recours à la menace ou à la force, principe qui est dorénavant entré dans le domaine du *ius cogens*. Il faudra songer à y consacrer un article dans le futur instrument.

17. M. Economides souscrit aux observations qu'a faites le Rapporteur spécial à propos de la protection diplomatique s'exerçant sur les droits patrimoniaux. Il est vrai que la protection diplomatique est le plus souvent invoquée dans des affaires où ce sont justement ces droits qui sont violés, mais elle peut être appelée à jouer dans d'autres cas aussi. Il serait donc trop restrictif de prendre pour acquis que la protection diplomatique concerne exclusivement les préjudices matériels. D'autre part, la distinction entre droits de l'homme et protection diplomatique est moins nette que M. Sepúlveda ne l'a laissé entendre. Il faudra réfléchir davantage à la question.

18. M. Sepúlveda a aussi mentionné l'arbitrage international, à propos duquel on remarquera que lorsqu'un État présente un grief, deux choses peuvent se produire : soit l'auteur de l'acte internationalement illicite reconnaît sa faute, et on procède alors à un règlement amiable; soit l'État refuse d'admettre sa responsabilité, et un différend international s'élève sur le terrain de la protection diplomatique. Ce différend doit être réglé selon les procédures applicables à tous les différends internationaux, à savoir la négociation, l'arbitrage et le règlement judiciaire. Dans toute cette sorte d'affaires, l'État exerce sa protection diplomatique sur ses nationaux.

19. M. ROSENSTOCK approuve ce qu'a dit M. Brownlie à propos de la complexité de certaines affaires où entre en jeu la protection diplomatique, et de la difficile distinction entre protection diplomatique et droits de l'homme. Dans l'affaire relative à la *Convention de*

Vienne sur les relations consulaires (Paraguay c. États-Unis d'Amérique), le Paraguay a intenté une action essentiellement pour violation de la Convention de Vienne de 1963. Cette affaire porte indubitablement sur une obligation que les États-Unis avaient directement à l'égard de l'État du Paraguay, mais la question de savoir si elle met aussi en cause les droits de l'homme est beaucoup plus subtile, beaucoup plus complexe, et on ne pourra y répondre que lorsque la CIJ aura rendu son arrêt. En ce qui concerne le sujet à l'examen, faire preuve d'une plus grande sensibilité aux droits de l'homme, ce serait mettre l'accent sur la nécessité d'éviter l'apatridie comme l'a fait la Commission dans le cadre du sujet de la nationalité en relation avec la succession d'États après la décision rendue dans l'affaire *Nottebohm*. Le raisonnement suivi dans cette affaire n'était pas *grosso modo* mauvais, mais le résultat l'est.

20. M. SIMMA dit que, si le dommage causé à un ressortissant étranger comprend la violation d'un droit reconnu comme relevant des droits de l'homme, rien n'empêche l'État d'origine de la victime d'épouser le grief de celle-ci. Telle est bien la pratique de la République fédérale d'Allemagne, par exemple. Si le préjudice causé à un étranger sous la forme d'une violation des droits de l'homme est exclu du champ d'application de la protection diplomatique, il n'y a pas de recours utile si l'étranger ne peut entamer une procédure devant un organe international chargé de contrôler le respect des droits de l'homme. Si l'arbitrage ad hoc est prévu dans un contrat, l'étranger doit d'abord épuiser les recours internes, et sans doute aussi les recours internationaux. Pour la plupart des violations des droits de l'homme d'étrangers cependant — emprisonnement injustifié ou mauvais traitements —, ces procédures internationales sont inaccessibles, et il est donc absolument nécessaire de confirmer le droit qu'a l'État d'origine d'exercer sa protection diplomatique.

21. M. SEPÚLVEDA convient avec M. Simma que la protection diplomatique et la protection des droits de l'homme peuvent effectivement coïncider dans les affaires où il y a violation des droits de l'homme. Mais ce serait aller trop loin que de laisser entendre que les deux domaines se recoupent dans tous les cas. Par exemple, le chapitre 11 de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA)⁵ prévoit qu'aucune partie à l'Accord ne peut exiger d'une de ses entreprises créée par l'investissement d'une autre partie qu'elle nomme aux postes de direction des personnes ayant telle ou telle nationalité. Si l'une des parties fait valoir une exigence sur ce point, en violation donc de l'Accord, il est difficile d'y voir la violation d'une règle fondamentale de droits de l'homme. M. Sepúlveda pense donc que la première chose à faire serait de définir la nature du droit qu'il s'agit de protéger.

22. M. HERDOCIA SACASA pense qu'il est indispensable de faire une distinction entre protection diplomatique et protection des droits de l'homme. Mais il est indiscutable que la protection des droits de l'homme relève de la protection diplomatique, qu'il ne faut pas res-

treindre aux interventions concernant des dommages matériels. La Convention américaine relative aux droits de l'homme : « Pacte de San José de Costa Rica » (appelée ci-après « Pacte de San José ») et d'autres instruments internationaux, par exemple, fixent le principe que nul ne peut être arbitrairement privé de ses biens, lequel principe est étroitement lié au droit de l'homme qu'est le droit à bénéficier de procédures régulières.

23. M. CANDIOTI constate que le rapport préliminaire du Rapporteur spécial et sa présentation orale qui en a été faite ont ouvert un débat fructueux sur les aspects fondamentaux de la protection diplomatique, qui méritent d'être approfondis si l'on veut appuyer la suite de l'examen du sujet sur des fondements théoriques sains. Comme le montre l'aperçu historique du Rapporteur spécial, la protection diplomatique a été au départ quasiment le seul moyen dont les États disposaient pour protéger les droits et les intérêts de leurs nationaux à l'étranger. Actuellement, le moyen coexiste cependant avec d'autres mécanismes et d'autres institutions mis en place par la communauté internationale, tant au niveau régional qu'au niveau international, en matière surtout de droits de l'homme. Il n'empêche, la protection diplomatique reste en fait la seule option, ou l'option la meilleure, face à certains problèmes.

24. Quant à savoir si l'État qui exerce sa protection diplomatique fait valoir son propre droit ou le droit de son national lésé, question que soulève le paragraphe 54 du rapport préliminaire, on peut dire que la personne qui a un lien de nationalité avec un certain État fait partie de la population de celui-ci et est donc l'un des éléments constitutifs de cet État. Comme M. Pambou-Tchivounda l'a fait observer (2521^e session), la protection de ses nationaux est un droit fondamental de l'État, à mettre sur le même plan que la protection de son territoire ou la sauvegarde de sa souveraineté. La protection de ses nationaux et de leurs intérêts par l'État équivaut à la défense de l'un de ses éléments constitutifs, en d'autres termes, de ses propres droits et de ses propres intérêts juridiques. En même temps, pourtant, l'État défend les droits et les intérêts particuliers de son national « lésé » par l'autre État.

25. Comme M. Herdocia Sacasa l'a fait remarquer, il est impossible de faire une distinction rigoureuse entre les droits de l'État et les droits des ressortissants de celui-ci; les deux ensembles de droits sont complémentaires et peuvent être défendus ensemble. Il est donc inutile, au stade actuel de développement du droit international, c'est-à-dire alors que les droits de l'individu sont largement reconnus, de qualifier le mécanisme de la protection diplomatique de fiction ou d'artifice qui a peut-être eu sa raison d'être dans le contexte historique du passé.

26. Comme l'ont dit d'autres intervenants, il est nécessaire de rénover l'institution de la protection diplomatique de manière à la mettre en phase avec le développement récent de la protection internationale des droits de l'homme. Des propositions intéressantes ont été faites à titre de contribution au développement progressif du droit, propositions dont l'analyse mérite d'être approfondie. Mais il ne faut pas oublier que la protection diplomatique n'est qu'un aspect du vaste domaine de la responsabilité internationale. En tant que moyen de donner effet à la responsabilité de l'État, elle crée une relation

⁵ *Accord de libre-échange nord-américain entre le Gouvernement du Canada, le Gouvernement des États-Unis d'Amérique et le Gouvernement des États-Unis du Mexique*, Ottawa, Ministère des Approvisionnement et Services, Canada, 1992.

entre deux États : l'État « protecteur » et l'État visé par le grief, tenu pour responsable de l'acte internationalement illicite qui a causé un dommage à un ressortissant du premier État. Que la protection des droits de l'homme soit à l'heure actuelle au premier plan — qui s'en plaindrait ? — ne doit pas masquer le fait que les rapports d'État à État sont un aspect déterminant de la nature de la protection diplomatique.

27. Le respect de l'indépendance et des autres droits — y compris son pouvoir juridictionnel — de l'État contre lequel s'exerce la protection diplomatique et, plus particulièrement, le respect du principe de l'épuisement des recours internes sont indispensables au fonctionnement du régime de la protection diplomatique. M. Sepúlveda a fait là-dessus des observations tout à fait pertinentes.

28. Pour ce qui est de la question des règles primaires et secondaires, on s'était entendu pour laisser de côté les règles primaires, qui fixent le contenu matériel des obligations de l'État en matière de traitement des étrangers et des investissements étrangers, pour se concentrer sur les règles secondaires, qui définissent les fondements, les conditions, les modalités et les conséquences de la protection diplomatique, mais en tenant compte, le cas échéant, de certaines règles primaires de caractère général. Sur ce point, M. Candiotti souscrit aux propositions que le Rapporteur spécial présente aux paragraphes 59 à 62 et 64 de son rapport préliminaire. Comme on l'a déjà fait remarquer au cours du débat, l'étude de la protection diplomatique doit comprendre l'étude des moyens de son exercice. Il est en tout cas hors de question d'y inclure la menace et l'emploi de la force : les mécanismes traditionnels de règlement pacifique des différends, particulièrement la négociation, mais aussi la médiation, les bons offices et l'arbitrage, sont beaucoup plus adaptés et beaucoup plus productifs. Il faudrait aussi songer à la question des contre-mesures dans le contexte de la protection diplomatique.

29. De l'avis de M. Candiotti, le débat a permis de définir le point de départ des travaux à venir. Il est déjà assez substantiel pour permettre de dégager les conclusions sur lesquelles s'appuiera la suite du travail.

30. M. BENNOUNA (Rapporteur spécial) rappelle que, dans son travail sur la responsabilité des États, la Commission a conclu que le recours aux contre-mesures ne devait pas se traduire par la moindre violation des droits de l'homme. La pratique établie sur le plan international confirme cette conclusion. La menace et l'emploi de la force sont également réputés inacceptables dans l'exercice de la protection diplomatique. Il n'en faut pas moins dire bien clairement que la protection diplomatique doit s'exercer dans le respect des normes péremptoires du *ius cogens*.

31. Certains membres de la Commission ont déclaré que la protection diplomatique comprenait la protection de l'un des éléments constitutifs de l'État : la population. Cela est vrai, et conforme au principe qui fonde la juridiction de l'État sur les liens qu'il entretient avec des personnes et non sur ses liens avec un territoire. Grâce aux progrès réalisés dans le domaine des droits de l'homme, l'interprétation de la juridiction *ratione personae* de l'État est aujourd'hui beaucoup plus restrictive, et il est

heureux que les États ne puissent plus agir à leur guise à l'égard de leur population.

32. M. HAFNER dit que, si l'on veut comparer la protection des droits de l'homme et la protection diplomatique, il faut faire la distinction entre les aspects qui sont propres à chacun de ces deux domaines. Par exemple, il ne faut pas confondre le contenu des droits de l'homme avec les moyens d'exercer ces droits. Si l'on garde cette distinction à l'esprit, il devient possible de répondre à certaines questions : La protection diplomatique est-elle un droit de l'homme ? Non. Une violation des droits de l'homme peut-elle donner prise à la protection des droits de l'homme ? Oui. En vertu de la portée *erga omnes* des droits de l'homme, tout État peut porter plainte contre un autre État mais il faut faire la distinction entre le cas où le grief est présenté en application de la protection diplomatique et le cas où il existe un droit particulier de faire valoir une revendication selon un régime donné, cas qui ne relève visiblement pas de la protection diplomatique. On ne voit pas la nécessité d'invoquer les normes péremptoires ou les règles générales de droit international à propos de la protection diplomatique, car il va sans dire qu'elles s'appliquent effectivement.

33. M. Sepúlveda a cité le chapitre 11 de l'ALENA, soulevant ainsi une question très intéressante : si un État émet une revendication pour non-respect d'une norme non applicable directement qui n'a pas été intégrée dans le droit interne, on peut se demander s'il agit ou non dans l'exercice de la protection diplomatique. Pour sa part, M. Hafner pense que ce n'est pas le cas : l'État agit en son nom propre. On peut dire la même chose de l'affaire relative à la *Convention de Vienne sur les relations consulaires (Paraguay c. États-Unis d'Amérique)*, dans laquelle le Paraguay intervient visiblement pour lui-même et non dans l'exercice de sa protection diplomatique.

34. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA, répondant à un argument du Rapporteur spécial, dit que ce n'est pas simplement les normes péremptoires mais le droit international tout entier qui mettent des bornes au recours à la protection diplomatique. Une fois celle-ci acceptée en tant qu'institution du droit international, une fois son exercice reconnu comme relevant du pouvoir discrétionnaire de l'État, l'État a l'obligation fondamentale d'exercer ce pouvoir conformément au droit international pris dans son ensemble.

35. M. ECONOMIDES dit que l'observation de M. Candiotti, qui a fait remarquer que la protection diplomatique existait toujours en parallèle avec d'autres options, soulève la difficile question des rapports entre la protection diplomatique et tous les autres recours disponibles, sur le plan interne ou international. Nul ne nie que le droit interne prime dans tous les cas et que la protection diplomatique a quelque chose d'exceptionnel, en ce qu'elle implique l'intervention d'un État en dernier ressort. Mais on voit moins bien si ce sont tous les recours internationaux qui ont la préséance, ou uniquement ceux qui aboutissent à un règlement contraignant pour les deux parties. Pour M. Economides, tous les recours internationaux priment la protection diplomatique et l'État ne peut intervenir que si le règlement auquel ces recours ont abouti n'est pas respecté.

36. M. Hafner a eu raison de dire qu'en principe la Commission ne doit pas traiter de questions générales de droit international. Mais il y a ce problème que la protection diplomatique est une relation qui peut créer un différend, ou un climat conflictuel, entre des États. Il serait donc sage de se référer explicitement aux normes péremptoires de droit international, en particulier au principe du non-recours à la force, ainsi qu'au principe qui veut que les contre-mesures ne s'appliquent pas dans la sphère des droits de l'homme.

37. Enfin, sur le plan technique, il faut rappeler que la population d'un État est composée non seulement des nationaux de cet État, mais aussi d'étrangers et d'apatrides, qui ne bénéficient pas de la protection diplomatique.

38. M. MIKULKA souscrit d'une manière générale au contenu du rapport préliminaire du Rapporteur spécial. Mais si l'observation que vient de faire le Rapporteur spécial à propos des normes péremptoires est interprétée *a contrario*, la Commission risque de se retrouver engagée dans un débat comme celui qu'elle a tenu sur les contre-mesures. Les contre-mesures donnent à l'État le droit d'écarter certaines règles de droit international, mais non les normes péremptoires. Au contraire, la protection diplomatique doit s'exercer en pleine conformité avec toutes les règles du droit international, non seulement celles du *jus cogens*.

39. La question qu'a posée M. Economides à propos de la préséance des recours internationaux sur la protection diplomatique mériterait d'être approfondie. On ne sait pas très bien si l'État peut exercer sa protection diplomatique parallèlement à un recours international exercé directement par l'individu lésé, ou si l'État ne peut exercer sa protection diplomatique que pour faire rapporter par l'organe international auquel il s'adresse la décision que celui-ci a prise à l'encontre de l'individu.

40. M. Mikulka se demande, comme le Rapporteur spécial, s'il convient vraiment de maintenir une distinction stricte entre règles primaires et règles secondaires. La position du Rapporteur spécial soulève la question de savoir si la Commission doit ou non examiner, dans le sujet à l'examen, certaines autres questions qui ne relèvent pas des règles secondaires, la question de la nationalité par exemple.

41. M. GOCO, répondant à un argument de M. Hafner, dit que la question à laquelle il s'agit de répondre est celle de savoir si le droit de l'État existe indépendamment du dommage subi par l'individu et indépendamment de la procédure légale que celui-ci a pu engager. Il est dit au paragraphe 51 du rapport préliminaire que l'on pourrait concevoir que l'État ne puisse engager une réclamation internationale contre la volonté du ressortissant concerné. Il y a aussi la doctrine Calvo, celle du refus par l'individu, par voie de contrat, de la protection diplomatique de son État d'origine. Dans de telles circonstances, l'État peut-il invoquer la protection diplomatique et agir, sur la base d'un traité par exemple, contre la volonté qu'a exprimée l'individu lésé ? S'il le peut, alors l'individu devient un simple aspect procédural de l'affaire. Telle est semblait-il la véritable question que la Commission doit régler.

42. M. SEPÚLVEDA dit que l'affaire de la *North American Dredging Company*, réglée par la Commission générale américano-mexicaine des réclamations, est intéressante du point de vue de l'argumentation de M. Goco sur la clause Calvo. Dans le contrat qu'elle avait signé avec le Gouvernement mexicain, l'entreprise en cause avait renoncé à la protection diplomatique des États-Unis. La Commission des réclamations a déclaré que le contrat était valide et que la réclamation présentée par le Gouvernement américain était irrecevable⁶. Cette affaire est souvent citée comme corroborant la clause Calvo.

43. M. SIMMA a toujours interprété l'affaire de la *North American Dredging Company* comme une réaffirmation du principe selon lequel une personne physique ou morale ne peut renoncer à un droit qui ne lui appartient pas.

44. M. SEPÚLVEDA dit que l'élément intéressant de l'affaire est que la Commission générale américano-mexicaine des réclamations a débouté le Gouvernement américain de sa plainte, au motif que le contrat était valable.

45. M. BENNOUNA (Rapporteur spécial) dit que M. Simma est dans l'erreur sur ce point particulier. L'affaire de la *North American Dredging Company* est effectivement citée par les commentateurs comme exemple de réaffirmation de la doctrine Calvo, mais les choses ne sont pas aussi simples que cela. Il y a aussi une doctrine plus particulièrement occidentale, M. Simma l'a rappelé, qui veut que l'individu ne peut renoncer à un droit dont il n'est pas titulaire. Mais la jurisprudence n'a pas suivi cette orientation. Le débat que le Rapporteur spécial a ouvert n'est pas sophistique et la Commission doit le poursuivre. Pour sa part, le Rapporteur spécial se propose de l'inviter, même si la question de l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'État ne soulève aucun problème, à examiner avec plus d'attention les droits et les obligations que suppose cet exercice. Le but du rapport préliminaire était en fait d'analyser les nuances de la doctrine traditionnelle.

46. M. KABATSI dit que, selon le Rapporteur spécial, la Commission devrait reconsidérer le droit traditionnel, tel qu'il s'est exprimé dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine*, à la lumière du développement des droits de l'individu sur le plan international. Le Rapporteur spécial n'est pas satisfait de la « fiction » de l'intérêt de l'État — qui s'opposerait à l'intérêt de l'individu — qui opère lorsque l'État prend fait et cause pour son ressortissant. Pour lui, s'il est effectivement vrai qu'en matière de droits de l'homme l'individu peut désormais recourir à d'autres moyens que la protection diplomatique, la Commission doit abandonner la « fiction » stricte qui veut que l'État fait valoir son propre droit et non celui de son ressortissant. Le Rapporteur spécial attend sur ce point les orientations de la Commission.

47. Le Rapporteur spécial souhaiterait aussi savoir si la Commission reconsidérera la proposition du Groupe de travail, faite à la quarante-neuvième session, tendant à

⁶ *Opinions of Commissioners under the Convention concluded 8 September 1923 between the United States and Mexico – 4 February 1926 to 2 July 1927*, Washington, United States Government Printing Office, 1927, p. 31 et 32.

limiter le sujet à la codification des règles secondaires⁷. À son avis, la Commission doit, chaque fois que la matière s'y prête, analyser les règles primaires en vue de bien codifier les règles secondaires. Il reconnaît au paragraphe 5 de son rapport préliminaire que le sujet à l'examen se prête à la codification. Il se range ainsi à l'avis du Groupe de travail et admet que l'origine coutumière du principe de l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine* est bien établie en droit international. Même lorsqu'il décrit une fiction juridique, le Rapporteur spécial ne met pas réellement en question le droit qu'a l'État de protéger ses ressortissants lorsque les recours internes n'ont pas suffi. Le débat que la Commission a tenu a donné au Rapporteur les indications qu'il attendait : les notions d'intérêt de l'État et d'intérêt de l'individu doivent pour l'instant rester séparées, même si elles sont complémentaires. Dans la plupart des cas, l'exercice de la protection diplomatique touche au respect des droits de l'homme, mais il existe de surcroît des affaires pour lesquelles la personne privée n'a aucun recours direct.

48. Au stade actuel des travaux, la Commission ne doit pas se soucier des moyens par lesquels les individus peuvent faire valoir leurs revendications par l'intermédiaire des mécanismes mis en place par les traités relatifs aux droits de l'homme. Elle n'a qu'à suivre le schéma du Groupe de travail et répondre aux diverses questions soulevées dans les quatre chapitres proposés. Elles sont pour la plupart reprises en termes détaillés dans le rapport de la Commission sur les travaux de sa quarante-neuvième session⁸. La tâche de la Commission consiste à faire la lumière sur ces questions.

49. M. Kabatsi incline à penser, comme le Rapporteur spécial, que le travail de codification doit porter uniquement sur les règles secondaires mais qu'il faut, chaque fois que le besoin s'en fait sentir, examiner aussi au passage les règles primaires.

50. M. KUSUMA-ATMADJA dit que la question qui se pose du point de vue de l'individu est celle de savoir si l'État peut exercer son droit de protéger ses ressortissants même si le ressortissant dont il s'agit a fait savoir qu'il ne souhaitait pas se prévaloir de ce droit. C'est une question importante dans la mesure où la situation serait évidemment différente selon qu'il s'agirait de personnes physiques ou de personnes morales. Elle appelle la plus grande circonspection.

51. M. GOCO souhaiterait savoir si, en cas d'allégation de violation d'un droit de l'homme fondamental, l'État de la victime, exerçant son pouvoir discrétionnaire, peut refuser d'accorder sa protection diplomatique.

52. M. KABATSI dit que, dès que l'individu n'a pas accès aux mécanismes prévus dans les traités, l'État peut exercer sa protection diplomatique. La situation ne change pas si c'est un droit fondamental qui a été violé. Cela dit, l'État peut à son gré, pour telle ou telle raison, refuser d'épouser la cause de son ressortissant.

53. M. HE dit que la protection diplomatique, institution au passé regrettable, peut être considérée comme une

extension du pouvoir colonial, ou comme une institution imposée aux États faibles par les États forts. Elle continue d'inquiéter gravement les petits pays et les pays en développement. Le moment est donc venu de reconsidérer les principes sur lesquels elle repose.

54. L'arrêt de la CPJI dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine* a fait un principe élémentaire du droit international de la notion que l'État a le droit de protéger ses ressortissants des préjudices découlant d'un acte contraire au droit international commis par un autre État et pour lesquels ces ressortissants n'ont pu obtenir réparation par les voies ordinaires. Il est intéressant de noter que dans certains pays les personnes physiques et les personnes morales peuvent subir un préjudice prévu dans le droit interne équivalant à une violation des principes du droit international. Il en est ainsi à cause des disparités du développement du droit, des différences entre systèmes juridiques et du degré variable d'incorporation des principes du droit international dans les droits internes. Par exemple, des actes comme la nationalisation ou l'acquisition, qui sont licites en droit interne, peuvent être en infraction avec le droit international, alors que des actes comme la rébellion ou l'action armée, qui sont réprimés par le droit interne, ne sont pas nécessairement contraires au droit international.

55. Il y a donc à la fois une opposition et une articulation entre droit interne et droit international et il convient de soumettre le premier aux principes du second. Dans son rapport préliminaire, le Rapporteur spécial fait observer que l'institution de la protection diplomatique a évolué dans le temps par l'effet, entre autres, de deux phénomènes : le développement des droits des individus d'une part et le droit des personnes morales, comme les investisseurs étrangers, de l'autre. La tendance à reconnaître les droits de l'individu, à permettre aux personnes privées d'avoir de plus en plus facilement accès aux organes internationaux et de participer à une procédure devant un tribunal international, et à permettre à certaines personnes morales étrangères d'accéder directement au CIRDI, ne peut être sans conséquence pour le rôle traditionnel de la protection diplomatique.

56. M. He ne peut cependant admettre que l'on dise que le rôle de cette institution est dépassé, puisqu'il faut bien avoir recours à la protection diplomatique pour venir en aide au ressortissant d'un État lésé par l'acte contraire au droit international commis par un autre État. Cela dit, avec l'évolution dont il vient d'être question, le contexte ainsi modifié de la protection diplomatique devrait permettre aux États de faire valoir des revendications au nom de leurs ressortissants lésés. En outre, la structure de plus en plus complexe des personnes morales, phénomène qu'illustre l'affaire de la *Barcelona Traction* (qui montre qu'une entreprise peut avoir une nationalité et ses actionnaires plusieurs autres), fait qu'il est encore plus difficile pour l'État dont la personne morale a la nationalité d'engager une action. Il s'agit de savoir si cet État a un intérêt réel à soumettre l'affaire à un tribunal international.

57. Cela étant, la théorie, l'encadrement et le rôle traditionnels de la protection diplomatique sont à réévaluer.

58. Même si le Groupe de travail a décidé que le sujet devait se limiter aux règles secondaires, se concentrer

⁷ *Annuaire... 1997*, vol. II (2^e partie), par. 180 et 181, p. 62.

⁸ *Ibid.*, par. 189, p. 63.

exclusivement sur ces règles ne fera que rendre le travail encore plus difficile, puisque la Commission aura à étudier les circonstances dans lesquelles la protection diplomatique s'exerce. Parmi ces circonstances, il y aura la règle des « mains propres » — qui, comme on l'a déjà fait remarquer, se situe à la limite des règles primaires et secondaires — et la question de l'épuisement des recours internes. Ce sont là deux questions complexes, qui n'excluent pas l'éventualité que l'on aurait à pénétrer dans le domaine des règles primaires.

59. Selon M. BROWNLIE, il est exact, dans une certaine mesure, de dire que l'institution de la protection diplomatique a une histoire regrettable et qu'elle a été, et peut être encore, utilisée de manière abusive. Mais il y a une distinction qui s'impose d'elle-même entre l'essence d'une chose et l'abus que l'on peut en faire. Une automobile par exemple peut transporter un malade à l'hôpital mais servir aussi à une attaque à main armée, et il n'est pas question de l'interdire pour cela. Mais il n'est pas vrai que la protection diplomatique n'a été utilisée que par les États forts à l'encontre des États faibles. Elle a souvent servi entre États de stature égale, faisant souvent partie de la même région. Quand certains Juifs de la Russie des tsars qui avaient acquis la nationalité des États-Unis ont été persécutés, les protestations américaines se sont adressées au Gouvernement russe de l'époque⁹. Dans les années 60, la Chine a protesté auprès de l'Indonésie¹⁰ et auprès de la Mongolie¹¹ contre le traitement infligé à ses nationaux résidant sur leurs territoires respectifs. Ou bien encore, à la fin du XIX^e et au début du XX^e siècle, la Chine a protesté contre la carence des États-Unis qui n'avaient pas protégé des émeutes les Chinois résidant aux États-Unis¹², et l'Italie pour le sort de ses nationaux pendant les émeutes de la Nouvelle-Orléans¹³. Il faut se garder de généraliser indûment.

60. M. GALICKI dit qu'à considérer le rapport préliminaire et le débat de la Commission, il paraît judicieux, du point de vue de l'approfondissement du sujet, de créer un groupe de travail chargé de la protection diplomatique.

61. Il n'est pas facile de répondre à la question posée au paragraphe 54 du rapport préliminaire en ces termes : Est-ce qu'en engageant une réclamation internationale, l'État fait valoir son propre droit ou bien celui de son ressortissant lésé ? Selon la conception traditionnelle, le droit d'exercer la protection diplomatique est un droit discrétionnaire de l'État d'origine. Cela étant, la position du ressortissant est très précaire et dépend totalement de la volonté de son État d'origine. Cependant, comme le dit justement le Rapporteur spécial au paragraphe 52, l'attribution de droits aux individus par la voie conventionnelle peut aller jusqu'à leur permettre d'accéder directement à des mécanismes et à des tribunaux internationaux pour en garantir le respect. Les exemples qui figurent à la section B du chapitre premier du rapport donnent à penser que, dans le cas particulier des droits inhérents de la personne, tel que les sanctionne le droit international en voie de se développer dans le domaine des droits de l'homme, on

pourrait remplacer les États par les individus, ou permettre au moins aux individus d'agir parallèlement aux États dans les domaines qui relevaient jusque-là de la protection diplomatique exercée exclusivement par ceux-ci.

62. Il ne faut pas oublier que la notion même de nationalité, qui est à la base de l'exercice de la protection diplomatique, a subi des changements considérables. On ne peut plus définir la nationalité comme le faisait l'alinéa 1 de l'article premier du projet de convention sur la nationalité rédigé par la faculté de droit de l'Université de Harvard¹⁴, à savoir « la qualité d'une personne physique unie à un État par un lien d'allégeance ». Avec le développement de la qualité de sujet attribuée aux individus, le « lien juridique » de la nationalité devient moins un « lien d'allégeance » et plus un ensemble de droits et de devoirs réciproques entre l'intéressé et l'État. L'existence de ces devoirs et de ces obligations dans le cadre de la nationalité a été soulignée par la CIJ dans l'affaire *Nottebohm*. D'autre part, un nombre croissant de traités internationaux font du droit à la nationalité un droit de l'homme fondamental.

63. Si la notion de nationalité en tant que « lien d'allégeance » entre l'État et l'individu correspond à la conception traditionnelle de la protection diplomatique, la notion de droit à la nationalité considérée comme un droit de l'homme fait intervenir certaines considérations nouvelles du point de vue d'une protection diplomatique conçue comme étroitement liée à la nationalité. On constate déjà certains changements très intéressants dans l'attitude des États quant à la protection qu'ils assurent à leurs ressortissants. Certaines nouvelles constitutions, notamment la Constitution polonaise¹⁵, prévoient que le national qui se trouve à l'étranger peut prétendre à la protection de son Gouvernement. On démontre aisément que les États, ou certains en tous cas, veulent traiter le droit à la protection diplomatique comme un droit de l'homme dont peuvent se prévaloir les individus, et qu'il ne relève donc pas exclusivement du pouvoir discrétionnaire des États.

64. Le droit à la protection de l'État est consacré par la Constitution polonaise dans le chapitre II qui traite des droits de l'homme et des droits civils, et il est garanti par la justice. Il est donc possible d'admettre qu'un nouveau droit de l'homme, le droit à la protection diplomatique, est en voie d'apparaître, au moins dans la pratique constitutionnelle.

65. En résumé, on peut dire en premier lieu que l'acquisition de la qualité de sujet de droit par les individus, qui a une incidence majeure sur la notion traditionnelle de la protection diplomatique, doit être examinée dans le cadre des travaux que la Commission consacrera à l'élaboration de principes. Même si l'on n'est pas d'accord sur le fait que les individus sont des sujets de droit international, le fait est que les personnes privées acquièrent progressivement des droits subjectifs de plus en plus nombreux en droit international. En deuxième lieu, les rapports entre le domaine du droit international que constituent les droits de l'homme et les règles traditionnelles de la protection diplomatique doivent être analysés en profondeur.

⁹ Moore, *Digest* (1906), vol. II, p. 8 et suiv.

¹⁰ « Chronique », RGDIP, vol. 70 (1966), p. 1013 et suiv.

¹¹ Ibid., vol. 71 (1967), p. 1067 et 1068.

¹² Moore, *Digest* (1906), vol. VI, p. 820 et suiv.

¹³ Ibid., p. 837 et suiv.

¹⁴ *Research in International Law: I. Nationality*, Cambridge (Massachusetts), Harvard Law School, 1929, p. 13.

¹⁵ Pologne, Constitution adoptée le 2 avril 1997, chap. II, art. 36.

En troisième lieu, la question de savoir si la protection diplomatique est à ranger parmi les droits fondamentaux doit être analysée dans le sens que ce serait à l'État de nationalité de l'exercer. En dernier lieu, comme s'offrent aux individus souhaitant s'adresser directement aux tribunaux et aux organes internationaux des voies de plus en plus nombreuses, il faudra examiner avec attention l'exercice parallèle par l'État et par l'individu des droits traditionnellement couverts par la protection diplomatique.

66. M. BENNOUNA (Rapporteur spécial) convient qu'il serait utile de procéder à l'évaluation des dispositions législatives internes et des principes constitutionnels relatifs à la protection diplomatique. Il se dit certain que le secrétariat saura intervenir utilement sur ce plan.

67. Le Rapporteur spécial souhaiterait connaître les dispositions de la Constitution polonaise qui, au dire de M. Galicki, érigerait la protection diplomatique en droit de l'homme. De son côté, M. He a évoqué la nécessité de déterminer dans quelle mesure la protection diplomatique est régie par le droit interne et dans quelle mesure elle relève du droit international. Il peut en effet y avoir un problème en droit interne dans le cas d'un recours exercé par un individu contre son propre État, quand celui-ci ne l'a pas protégé. Au niveau international pourtant, le droit d'agir ou de ne pas agir est un droit discrétionnaire de l'État. Mais discrétionnaire ne signifie pas arbitraire. Il peut exister en droit interne un droit établi à la protection diplomatique mais, de l'avis du Rapporteur spécial, il n'en existe pas dans la sphère internationale. En tout état de cause, le droit international n'a pas encore atteint ce stade de développement. C'est pourquoi il serait si intéressant de procéder à l'évaluation des diverses législations nationales. Il a été proposé de demander le concours des États pour cela, mais le problème reste que, d'une manière générale, les États ne répondent pas. Sans doute serait-il donc préférable que le secrétariat procède lui-même à cette évaluation.

68. Pour M. GOCO, il va de soi que discrétionnaire ne se confond pas avec arbitraire. Un État a naturellement tendance à protéger ses propres intérêts mais, dans le cas de la protection diplomatique, il n'y a pas de solution facile. D'ailleurs, il ne faut pas sous-estimer le rôle des médias internationaux, étant donné l'image qu'ils peuvent donner d'un État étranger qui refuse sa protection à la victime en train de subir un préjudice, même si l'on peut présumer que cet État a dû peser toutes les conséquences de son refus.

La séance est levée à 13 heures.

2523^e SÉANCE

Vendredi 1^{er} mai 1998, à 10 heures

Président : M. João BAENA SO ARES

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. Lukashuk, M. Melescanu, M. Mikulka, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Sepúlveda, M. Simma, M. Thiam, M. Yamada.

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 (*fin*)

1. M. MELESCANU dit qu'à l'occasion du débat en cours sur le rapport préliminaire du Rapporteur spécial sur la protection diplomatique (A/CN.4/484), toutes les principales questions théoriques ont déjà été soulevées, notamment celle du rapport entre le droit de l'État d'exercer la protection diplomatique et les droits de l'individu et celle de la relation entre règles primaires et règles secondaires. Toutefois, d'un point de vue pratique, deux observations majeures semblent s'imposer. La première est que l'institution de la protection diplomatique mérite d'être codifiée, même si les affaires de protection diplomatique ont été rares ces derniers temps dans la pratique des États. La protection diplomatique représente en effet la garantie ultime pour tout ressortissant. Cette codification doit en outre reposer sur la conception classique de l'institution; à défaut, les États ne l'accepteraient pas, précisément parce que la seule pratique des États relève de cette conception. Mais il y a eu une évolution, dont il faut bien entendu tenir compte. Il faudra par exemple se pencher sur la question de savoir si un État qui obtient un dédommagement dans le cadre de l'exercice de la protection diplomatique peut refuser de dédommager le ressortissant au nom duquel il a exercé cette protection au motif que le droit qu'il a ainsi exercé lui est propre. Pour M. Melescanu, la Commission doit répondre à cette question par la négative et imposer à l'État une obligation à cet égard. C'est également en raison de l'évolution intervenue que l'on ne pourra limiter l'exercice de la protection diplomatique aux droits patrimoniaux.

2. La deuxième observation concerne la relation entre la protection diplomatique et l'exercice des recours désormais ouverts aux individus, notamment en matière de droits de l'homme. Pour M. Melescanu, il faut bien distinguer l'exercice de la protection diplomatique de l'exercice de ces droits de recours par les individus, mais il faut aussi établir la relation entre ces deux institutions. Il faudra par exemple se demander si l'État peut exercer sa protection diplomatique parallèlement à un recours individuel, ou après qu'une décision défavorable aura été rendue à l'encontre de son ressortissant. Mais la distinction demeure très nette, et ce pour quatre raisons.

3. Premièrement, dans le cadre des mécanismes de protection des droits de l'homme qui ouvrent des recours aux

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