

Document:-
A/CN.4/SR.2523

Compte rendu analytique de la 2523e 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>)*

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).

individus, l'action exercée par l'individu est presque toujours dirigée contre l'État dont il est un national. Les États n'ont donc guère l'occasion d'exercer la protection diplomatique en matière de droits de l'homme. Deuxièmement, l'institution du recours individuel a précisément été créée pour remplacer la protection diplomatique, pour permettre à l'individu de faire valoir directement ses droits : il ne s'agit en aucune manière d'une évolution de la protection diplomatique. Troisièmement, il existe une différence très nette entre les deux institutions puisque la protection diplomatique relève du droit coutumier alors que l'exercice d'un recours individuel en matière de droits de l'homme a toujours une base conventionnelle. Quatrièmement, il existe des différences si marquées entre le système international de protection des droits de l'homme et les systèmes régionaux, et en particulier le plus développé de ces derniers, le système européen, qu'il serait extrêmement difficile de trouver un dénominateur commun susceptible d'être intégré dans le cadre de la protection diplomatique. Pour M. Melescanu donc, la protection diplomatique est une institution fondamentale, qui doit être codifiée selon sa conception classique tout en tenant compte de l'évolution du droit.

4. M. SIMMA fait observer que la différence entre les recours individuels en matière de droits de l'homme et la protection diplomatique n'est pas aussi marquée qu'il y paraît. Dans certains cas, un élément de protection diplomatique peut venir compléter un recours en matière de droits de l'homme. C'est ainsi que dans l'affaire *Soering*², le Gouvernement allemand est intervenu pour le compte de son ressortissant devant la Cour européenne des droits de l'homme. La doctrine reconnaît en outre qu'il existe un lien au moins théorique entre les deux institutions.

5. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA se demande si le fait que l'Allemagne est intervenue dans l'affaire *Soering*, évoquée par M. Simma, permet de conclure qu'elle a effectivement exercé sa protection diplomatique. Selon lui, pour répondre à cette question, il faut au préalable étudier la relation entre recours individuels en matière de droits de l'homme et protection diplomatique.

6. M. BENNOUNA (Rapporteur spécial) dit qu'il est évident que l'exercice de la protection diplomatique et l'exercice de recours en matière de droits de l'homme doivent être distingués et que personne n'a jamais prétendu le contraire. La protection diplomatique relève des règles secondaires alors que les droits de l'homme constituent des règles primaires. Il n'en reste pas moins que le droit a évolué, ne serait-ce qu'avec l'adoption de la Charte des Nations Unies, de la Déclaration universelle des droits de l'homme³, du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, et que les nouveaux droits ainsi conférés à l'individu entrent bien dans le champ de la protection diplomatique.

7. M. ECONOMIDES fait observer que la relation entre la protection diplomatique et les mécanismes de recours individuels n'est pas aussi simple. Il faut distinguer trois

cas. Premièrement, un recours peut être exercé par un individu contre l'État dont il est ressortissant; un tel cas ne touche en rien la protection diplomatique. Deuxièmement, un individu peut exercer un recours contre un État étranger, auquel cas il y a parallélisme puisque l'État peut exercer sa protection diplomatique au profit de son ressortissant. En pratique toutefois, jamais un gouvernement ne le fera; il laissera l'intéressé exercer son recours individuel. Troisièmement, un État peut exercer un recours étatique dans le domaine des droits de l'homme contre un autre État, dans un cas où il pourrait aussi exercer sa protection diplomatique. C'est à l'État qu'il revient de choisir la voie qu'il souhaite emprunter, et la Commission ne doit pas se pencher sur cette situation. Il est donc trop simple de dire qu'il s'agit simplement d'une opposition entre règles secondaires et règles primaires; la question doit être analysée en profondeur.

8. M. KABATSI demande à M. Simma si, dans l'affaire *Soering*, l'État n'exerçait pas son propre droit et non ceux de l'individu auquel il s'est substitué ?

9. M. SIMMA indique que trois États peuvent être en cause devant la Cour européenne des droits de l'homme, à savoir l'État visé par la plainte, l'État qui a déposé la plainte et l'État dont la personne qui a déposé plainte a la nationalité. Si, comme dans l'affaire évoquée, c'est ce dernier État qui est en cause, on peut dire qu'il y a un élément de protection diplomatique puisqu'il s'agit également de protéger des droits découlant pour l'individu de la Convention européenne des droits de l'homme.

10. M. BROWNLIE fait observer que, bien qu'il soit admis que le système de recours institué dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme emprunte beaucoup à la protection diplomatique, l'État qui intervient devant la Cour ne se substitue pas à l'individu concerné mais intervient parallèlement, ce qui explique que l'État et l'individu aient une représentation distincte devant la Cour, comme dans l'affaire *Loizidou c. Turquie*.

11. M. AL-KHASAWNEH dit que l'issue des travaux sur le sujet dépend dans une grande mesure de l'équilibre que la Commission saura trouver entre le réalisme et l'idéalisme qui ont marqué le droit de la protection diplomatique, dont le développement s'est fait à différentes époques et selon différentes tendances.

12. Il y a eu d'abord la conception classique d'un droit bilatéral, discrétionnaire, faisant de l'État le sujet de droit international aux dépens de la partie réellement lésée. Pour limiter les abus découlant des inégalités entre États, il y a eu ensuite la clause Calvo⁴ et, plus récemment, les tentatives entreprises pour donner à cette restriction une nouvelle formulation dans les années 70, dans le cadre de ce que l'on a appelé le nouvel ordre économique international. Mais on a pu constater en troisième lieu ce fait curieux que les mêmes États qui luttaient contre les abus de la protection diplomatique devant les instances internationales concluaient parallèlement des accords de promotion des investissements donnant à l'État de l'investisseur le droit de recourir à l'arbitrage international ou reconnaissant même ce droit à des personnes phy-

² Cour européenne des droits de l'homme, *Série A : arrêts et décisions*, vol. 161, *décision du 26 janvier 1989 et arrêt du 7 juillet 1989*, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1989.

³ Résolution 217 A (III) de l'Assemblée générale.

⁴ Voir 2522^e séance, note 3.

siques ou morales, c'est-à-dire faisant de celles-ci des sujets de droit international. Telle est la réalité qu'il faudra prendre en considération si l'on veut que le travail de la Commission ne reste pas purement théorique.

13. D'un autre côté, comme il est rappelé au paragraphe 34 du rapport préliminaire, on dispose dorénavant d'une série de grandes conventions multilatérales dans le domaine des droits de l'homme qui font du préjudice causé à un étranger une violation des droits de l'homme. Au contraire pourtant de ce qui s'est passé pour les investissements, les moyens qu'ont les individus d'obtenir réparation sont restés rudimentaires, offrant un contraste étonnant entre l'étendue des droits de l'homme et le petit nombre de sujets en mesure de les exercer. Et ce n'est pas parce qu'il s'agit d'obligations *erga omnes* que cela change grand-chose. On remarque également que la pratique récente des États tend à considérer les réclamations des individus sous l'angle des violations des droits de l'homme plutôt qu'en termes de protection diplomatique, en tout cas lorsqu'il ne s'agit pas d'investissements. En fait, les États ne voient pas là deux sphères qui s'excluraient mutuellement, mais bien deux domaines complémentaires.

14. M. Al-Khasawneh en conclut que le travail qu'entreprend la Commission doit viser essentiellement à codifier le droit de la protection diplomatique prise dans son sens traditionnel. Les progrès remarquables enregistrés dans le domaine des droits de l'homme ne doivent pas se substituer à cette conception classique comme point de départ de la réflexion. Ce travail devrait également viser à codifier et développer progressivement les règles secondaires, étant entendu que la distinction entre règles primaires et règles secondaires n'est pas toujours très nette, comme on le voit dans le cas de la règle des « mains propres ». Le régime ancien de la protection diplomatique a triomphé de l'épreuve du temps et sa jurisprudence est riche, mais il est en déclin du fait de la mise en place de règles d'investissement plus rigoureuses et du développement des droits de l'homme. C'est justement la tension entre ces tendances qui fait l'intérêt du sujet.

15. M. PELLET se félicite que le Rapporteur spécial ait dès le départ soulevé dans son rapport préliminaire de nombreuses questions importantes, qui relèvent à son avis de deux grandes problématiques dont il traitera tour à tour : celle des circonstances historiques de la naissance de la protection diplomatique, de la fiction juridique qui est à l'origine de cette institution et des rapports de celle-ci avec les droits de l'homme, et celle de la nature primaire ou secondaire des règles que la Commission est appelée à codifier et des rapports du sujet à l'examen avec celui de la responsabilité des États.

16. Le Rapporteur spécial a bien fait de rappeler que l'institution de la protection diplomatique est inséparable de deux grandes idées anciennes qui sont à la base du droit international contemporain, la souveraineté de l'État et la responsabilité internationale. C'est donc à juste titre qu'il a renvoyé, au paragraphe 6 de son rapport préliminaire, à

Vattel⁵, champion de la souveraineté triomphante de l'État. Cette idée que le droit international est d'abord une affaire entre États souverains a été réaffirmée avec force dans l'arrêt par lequel devait se conclure l'affaire du « Lotus »⁶, tranchée trois ans après l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine* qui avait été l'occasion d'exprimer avec éclat la théorie « traditionnelle » de la protection diplomatique.

17. Mais l'indignation que le Rapporteur spécial manifeste devant l'institution de la protection diplomatique n'est pas tout à fait fondée. D'abord, il s'agissait de pallier les inconvénients et les injustices que subissaient les personnes physiques ou morales. Loin donc d'être une institution oppressive, la protection diplomatique a permis de corriger, au moins partiellement, les injustices d'un système qui réduisait les personnes privées, à la fois les individus et les personnes morales, et plus largement la personne privée, au statut non pas de sujet de droit international, mais bien d'objet des violations de celui-ci. La protection diplomatique n'est pas non plus discriminatoire en son essence, comme il est dit au paragraphe 8 du rapport. Elle l'est dans son exercice, lequel est par la nature des choses pratiquement réservé aux États les plus puissants. M. Brownlie a rappelé à ce propos qu'il ne fallait pas caricaturer : l'institution est à la disposition de tous les États, mais il admettra que certains sont « plus égaux » que d'autres. En ce sens, elle est d'ailleurs un élément de la responsabilité — qui résulte selon M. Jessup de la « diplomatie du dollar » — qui s'est cristallisé essentiellement à la fin du XIX^e siècle et au début du XX^e dans les rapports très inégaux qui liaient l'Europe et l'Amérique du Nord d'une part et, de l'autre, l'Amérique latine, c'est-à-dire le tiers monde de l'époque. L'Amérique latine a d'ailleurs réagi aux règles qui lui étaient imposées, comme l'attestent la clause Calvo et la doctrine Drago⁷.

18. Enfin, l'institution de la protection diplomatique n'est pas non plus, en elle-même, une menace pour les droits de l'homme. Au contraire, elle est un moyen d'en assurer la protection, même si ce n'était pas son objet premier, et lorsque les droits de l'homme sont violés par un État en la personne du ressortissant d'un autre État, elle permet à celui-ci d'intervenir en l'absence d'autres mécanismes de protection. Au reste, le Rapporteur spécial n'a peut-être pas raison de se placer exclusivement sur le terrain des droits de l'homme, terrain qui se situe à un niveau conceptuel et pratique différent. En effet, la protection diplomatique sert aussi dans d'autres domaines qui n'ont rien à voir avec les droits fondamentaux de la personne humaine, comme celui de la protection des intérêts économiques privés où elle coexiste avec d'autres mécanismes donnant aux personnes privées directement accès à la sphère du droit international, le CIRDI par exemple.

19. Cet affleurement de la personne privée et, plus largement, de l'individu à la sphère du droit international n'a pas grand-chose à voir avec le dualisme entre les ordres juridiques auquel le Rapporteur spécial s'en prend. Tout ce que montrent les exemples qu'il donne en matière de droits de l'homme — il aurait pu en trouver d'autres dans le domaine des relations économiques internationales —,

⁵ E. de Vattel, *Le droit des gens, ou principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, 1758, dans *The Classics of International Law*, vol. III, Washington, Carnegie Institution of Washington, 1916.

⁶ Arrêt n° 9, 1927, C.P.J.I. série A n° 10.

⁷ Voir *Annuaire... 1956*, vol. II, p. 217, par. 228.

c'est que l'individu est devenu un sujet de droit international, ce qui est bien l'avis de M. Pellet, et que cela semble ajouter un aspect fondamental, tout à fait pertinent, à la matière à l'examen.

20. Mais si l'individu devient ainsi sujet de droit international, on peut se demander s'il convient de conserver la « fiction juridique » que l'on avait créée à la fin du XIX^e siècle et au début du XX^e et qu'avait remarquablement formulée la CPJI dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine*. Cette fiction n'avait d'autre but que de protéger les intérêts des personnes privées, dont il fallait admettre qu'elles n'avaient pas de droits au plan international : on faisait « comme si » l'État, en se substituant à son ressortissant, exerçait son propre droit. Il faut s'interroger sur la pertinence de cette fiction. D'abord, on voit mal pourquoi l'expression même a déclenché tant de passions, dans la mesure où l'on sait bien que le droit est fait de fictions, c'est-à-dire de reconstructions normatives de la réalité. En l'espèce, la protection diplomatique est une fiction parce que le facteur qui la déclenche, c'est-à-dire l'atteinte aux intérêts d'une personne privée, est déguisé en autre chose, l'atteinte à un droit assez insaisissable de l'État, celui de faire respecter le droit international en la personne de son ressortissant. Même si l'on s'y est accoutumé, la logique du système paraît assez forcée, d'autant plus que le droit ne tire pas toutes les conséquences du postulat : même en laissant de côté la clause Calvo, d'une licéité douteuse et en tout cas tout à fait incompatible avec la fiction fondamentale, même en laissant de côté l'exigence de l'épuisement des recours internes par la personne privée lésée et non par l'État, il reste encore l'exemple éloquent de l'indemnisation. Celle-ci est évaluée en fonction du préjudice subi par le particulier, et non pas par l'État.

21. En conclusion de son analyse de la fiction juridique, M. Pellet se déclare partagé. L'idéal serait sans doute de reconnaître que les personnes privées sont des sujets de droit international ayant non seulement la capacité, mais aussi la possibilité concrète de faire valoir directement leurs droits au plan international. Il faudrait pour cela mettre en place des mécanismes internationaux efficaces et effectifs. Il en existe, en matière de droits de l'homme ou de protection des investissements notamment, mais ce sont des exceptions. Pour le reste, on peut croire que la vieille institution de la protection diplomatique rendra encore de grands services et il vaut mieux y regarder à deux fois avant de la remettre en cause. Le Rapporteur spécial propose pour sa part de lever carrément le voile. M. Pellet conseille la prudence : la Commission ferait mieux de distinguer clairement les deux aspects de la matière, à savoir l'exercice du droit protégé d'une part et, de l'autre, le droit lui-même. Elle devrait donc d'abord reconnaître clairement que le titulaire du droit d'exercer la protection diplomatique est indiscutablement l'État dont la personne privée lésée a la nationalité, étant entendu que, s'il existe un mécanisme international accessible à celle-ci, le problème ne se pose pas. Elle devrait ensuite reconnaître que les droits protégés sont non pas ceux de l'État mais bien ceux de la personne lésée, personne qu'il faudra définir plus précisément dans un prochain rapport. Mais elle devrait de toute manière reconnaître fermement que l'État a le droit discrétionnaire d'exercer ou non sa protection.

22. Le Rapporteur spécial semble avoir cette dissociation en tête. On pourrait être encore plus clair et déclarer, premièrement, que la fiction sur laquelle repose la formule des *Concessions Mavrommatis en Palestine* n'a plus lieu d'être et que, lorsqu'il exerce sa protection diplomatique en faveur de l'un des siens, c'est bien le droit de celui-ci que l'État tente de faire valoir; deuxièmement, qu'en l'absence d'institutions permettant aux personnes protégées d'agir directement dans la sphère internationale, l'État dispose du pouvoir discrétionnaire d'exercer ou non sa protection diplomatique; troisièmement que la Commission réfléchira *de lege ferenda* aux moyens d'encourager l'État à exercer sa protection. Mais, sur ce dernier point, elle ne pourra faire davantage que d'émettre des vœux et des recommandations, puisqu'elle est chargée de codifier le droit international et de le développer progressivement, et non de le révolutionner. Quant au mouvement qui tend à reconnaître à la personne privée la qualité de sujet du droit international, il est déjà largement amorcé. L'idée d'ériger la protection diplomatique en un droit de l'homme paraît cependant prématurée et au demeurant discutable, notamment pour des raisons techniques et juridiques impérieuses, dont certaines ont été mises en avant par M. Hafner (2522^e séance).

23. En ce qui concerne les rapports entre la protection diplomatique et la responsabilité des États, la première question qui se pose est celle de la nécessité de s'en tenir aux règles secondaires ou de déborder sur les règles primaires. Rappelant que la distinction entre les unes et les autres n'est pas évidente, M. Pellet se dit certain qu'il y aurait tout avantage à s'en tenir très strictement à l'approche générale retenue par le précédent Rapporteur spécial, Roberto Ago, pour l'étude de la responsabilité des États. D'abord, comme l'a fait observer M. Crawford dans la section B.1 du chapitre II de son premier rapport sur la responsabilité des États (A/CN.4/490 et Add.1 à 7)⁸, l'article premier du projet d'articles sur la responsabilité des États, rédigé par Roberto Ago⁹, était un trait de génie puisqu'il éliminait le dommage de la définition de la responsabilité internationale. Roberto Ago avait également eu cet autre trait de génie consistant justement à passer des règles dites « primaires » aux règles « secondaires », à s'intéresser non pas aux violations du droit elles-mêmes, mais uniquement à leurs conséquences, c'est-à-dire finalement au sujet à examiner, puisque ces conséquences constituent la responsabilité internationale : peu importe la règle violée, la conséquence est toujours que le violateur est responsable. Il faudrait adopter la même démarche à l'égard de la protection diplomatique.

24. À cet égard, la façon dont les paragraphes 60 à 64 du rapport préliminaire sont rédigés est plutôt inquiétante. Ainsi, le Rapporteur spécial renvoie à la décision du Tribunal du contentieux entre les États-Unis et l'Iran en l'affaire A/18¹⁰, sentence qui semble proprement indéfendable au regard du droit actuel. L'« approche Ago » est d'autant plus indispensable que la quasi-totalité de la doctrine en langues romanes fait du sujet de la protection diplomatique le prolongement de celui de la responsabilité. Pour M. Pellet, il en ferait même partie intégrante et

⁸ Voir *supra* note 1.

⁹ *Annuaire... 1973*, vol. II, p. 175, doc. A/9010/Rev.1, par. 58.

¹⁰ Voir 2520^e séance, note 7.

il aurait dû constituer un élément de la troisième partie du projet d'articles sur la responsabilité des États¹¹. La protection diplomatique est en effet un des moyens de mettre en œuvre cette responsabilité. C'est même le seul quand il n'y a pas de convention qui permette à la personne privée d'exercer directement ses droits au plan international en cas de préjudice résultant d'un fait internationalement illicite, événement dont il faut rappeler qu'il engage toujours la responsabilité de l'État auteur.

25. M. Pellet explique, pour terminer, comment s'articulent à son avis le sujet de la protection diplomatique et celui de la responsabilité des États. Ils sont d'abord en rapport sur le plan du raisonnement : l'État est responsable de toute violation du droit international qu'il a commise ou qui peut lui être attribuée, comme il est dit dans la première partie du projet d'articles sur la responsabilité des États. Si cette première condition est remplie, il en résulte un certain nombre de conséquences (deuxième partie du projet), dont la principale est l'obligation de réparer. La réparation ne pose pas de problème si le fait internationalement illicite de l'État responsable a causé un dommage à un autre État (en laissant de côté l'hypothèse du crime international), cas dans lequel on reste dans la sphère interétatique. Mais elle en pose un quand la partie lésée n'est pas un autre État, mais une personne privée qui, sauf exception encore rare, n'a pas la capacité d'agir sur le plan international. C'est précisément à ce niveau qu'intervient la protection diplomatique, qui dès lors apparaît bien comme un prolongement, une conséquence, un élément particulier du droit de la responsabilité des États. Cela étant, il serait sage de ne pas repousser les deux traits de génie qui marquent le projet d'articles sur la responsabilité des États rédigé par le Rapporteur spécial précédent, Roberto Ago, comme certaines formules qui figurent à la fin du rapport à l'examen sembleraient y inviter.

26. M. HAFNER relève deux points délicats que le débat ultérieur devra préciser. Tout d'abord, si, après la conclusion entre deux États d'un traité prévoyant l'obligation de l'État A d'adopter une législation concernant les ressortissants de l'État B, l'État A manque à cette obligation, la réclamation de l'État B correspond-elle à l'exercice de la protection diplomatique ou d'un droit propre de l'État ? Dans cette dernière hypothèse, le traité n'aurait conféré aucun droit applicable immédiatement aux individus concernés, la protection diplomatique ne pouvant s'exercer que s'il y a atteinte à un droit que leur reconnaîtrait la législation interne de l'État A. Ce point se répercutera ensuite sur la question de la mesure de la réparation, à savoir si elle relève du droit de la responsabilité ou de la protection diplomatique. Pour M. Hafner, la situation décrite ci-dessus tombera dans le contexte de la responsabilité, étant entendu qu'il devra être tenu compte du lien entre les deux domaines.

27. M. PELLET observe sur le premier point que l'analyse fondée sur la jurisprudence de la CPJI, selon laquelle un traité portant sur le traitement des étrangers ne conférerait des droits qu'aux États contractants, est inexacte à l'époque contemporaine. À l'échelon des rapports interétatiques, chaque État partie à l'accord a droit à ce que l'État cocontractant remplisse les conditions qui y sont

prévues mais, dans les rapports entre l'État A et les ressortissants de l'État B, ce traité, en ce qu'il porte sur le traitement des étrangers, donne à ces derniers des droits justifiant l'exercice de la protection diplomatique en l'absence de mécanisme international propre. Sur le deuxième point, il est vrai que la protection diplomatique est un moyen de mettre en œuvre les règles relatives à la responsabilité des États en cas de dommages médiats et qu'elle établit le lien entre le fait internationalement illicite et ses conséquences, c'est-à-dire d'abord l'obligation de réparer. Le calcul de la réparation offre quant à lui une illustration éclatante de la fiction sur laquelle repose l'institution, puisque la réparation due à l'État pour des droits qui, soi-disant, lui appartiennent est mesurée en fonction du dommage subi par ses ressortissants.

28. M. ECONOMIDES fait remarquer qu'à l'époque contemporaine la protection diplomatique peut encore être utilisée par des États puissants, mais que ceux-ci parviennent à régler la question d'une manière diplomatique sans avoir à saisir les instances internationales, auxquelles ont, au contraire, recours les petits États; les deux affaires célèbres, les *Concessions Mavrommatis en Palestine* et *Ambatielos*¹², ont été provoquées par la Grèce, partie demanderesse. Il pense par ailleurs que l'importance accordée à la notion de fiction est excessive. La protection diplomatique a concrètement vu le jour après la conclusion des premiers accords d'établissement conférant par écrit des droits à des particuliers. En cas d'atteinte à ces droits, l'individu, objet du droit international, n'avait d'autre recours que de s'adresser aux tribunaux de l'État d'accueil, mais l'État d'envoi, directement lésé par la violation du traité, a considéré que, subissant un dommage, il avait un intérêt à agir. C'est bien plus tard qu'est venue la construction théorique de la fiction.

29. M. ELARABY, rappelant les abus de la part des grandes puissances qui ont marqué l'histoire de la protection diplomatique, dit que, quel que soit le résultat de ses travaux, la Commission devra s'attacher à combler certaines lacunes pour ne pas laisser aux États puissants la possibilité d'entreprendre certaines actions contre des États plus faibles. Il lui faudra en outre prêter attention au développement inégal, dans le temps et selon les pays, des normes en matière de droits de l'homme, pour ne pas créer un besoin d'intervention accrue.

30. M. BENNOUNA (Rapporteur spécial) admet que certains abus de l'exercice de la protection diplomatique ont marqué historiquement l'institution, mais que la finalité de celle-ci n'est pas critiquable en soi. S'il a par ailleurs évoqué les droits de l'homme, c'est pour montrer que, parallèlement à la question des investissements, la personne humaine est de plus en plus le destinataire direct de certaines normes du droit international. L'étude de la protection diplomatique n'a toutefois pas pour objet la définition des droits en cause.

31. M. Sreenivasa RAO observe à titre préliminaire que la Commission devrait tenir compte de l'évolution historique qu'a connue l'institution de la protection diplomatique et tenter de s'écarter de la fiction en reconnaissant à la personne un rôle aussi direct que possible dans la relation étudiée, les États pouvant essentiellement agir dans

¹¹ Ibid., note 8.

¹² *Fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1953*, p. 10.

le cadre de la responsabilité des États, sous réserve des conditions et paramètres propres à ce domaine. La considération de l'évolution historique le conduit par ailleurs à s'interroger sur la possibilité, pour la Commission, de s'en tenir effectivement à l'étude des règles secondaires de la protection diplomatique. Il attend du Rapporteur spécial de nouvelles orientations à ce sujet. Il souhaiterait enfin, à propos du lien de nationalité, que le Rapporteur spécial précise le sens de la dernière phrase du paragraphe 60 du rapport préliminaire, au moins dans la version anglaise.

32. M. ROSENSTOCK souscrit aux réserves exprimées par M. Pellet sur les paragraphes 60 à 64 du rapport préliminaire. Il souligne en outre que la notion de protection diplomatique doit être entendue comme la formulation par l'État de ses réclamations, l'apparition progressive de nouveaux instruments et mécanismes n'en ayant pas fondamentalement transformé la nature. Étudier le sujet dans une perspective contemporaine peut revenir par exemple à relire l'affaire *Nottebohm* en s'attachant davantage aux droits de l'homme et à la nécessité d'éviter l'apatridie, et conduire éventuellement à la production de critères différents. Il serait par contre inopportun que les membres de la Commission rouvrent le débat sur des points de désaccord notoires n'ayant au demeurant qu'un caractère accessoire par rapport à la question de la protection diplomatique au sens strict. Tel était d'ailleurs le sens de la décision prise à la quarante-neuvième session de limiter le sujet à la codification des règles secondaires.

33. M. BENNOUNA (Rapporteur spécial) juge au contraire très utile, à la première session consacrée à l'examen du sujet de la protection diplomatique en vue de sa codification, d'en rappeler l'historique, y compris les abus éventuels auxquels a pu donner lieu son exercice, ainsi que les limites. Il ne faut craindre ni le débat théorique ni les oppositions doctrinales exprimées au stade de l'examen préliminaire, car cela évitera de se heurter ultérieurement à des oppositions de fond.

34. Passant au résumé du débat sur le sujet de la protection diplomatique, le Rapporteur spécial note que la plupart des intervenants ont reconnu que cette institution s'est développée à une époque donnée de l'histoire et que la construction juridique qui la fonde a pris en compte les données du droit international telles qu'elles existaient avant l'adoption de la Charte des Nations Unies. Les perversions et abus dont l'institution a fait l'objet reflètent le caractère profondément inégalitaire des relations internationales de l'époque et, surtout, l'absence, aux côtés de la souveraineté des États, de contreponds tels que les droits des peuples et ceux des individus.

35. Tous les intervenants ont souligné l'importance de la protection diplomatique et son actualité en tant que moyen de défense des personnes victimes d'un déni de justice dans tel ou tel ordre juridique national, d'où la nécessité de renforcer son rôle dans la garantie des droits des individus. De ce point de vue, la protection diplomatique et les mécanismes de protection des droits de l'homme sont complémentaires dans la promotion de la prédominance du droit dans le traitement réservé aux individus. L'on assiste dès lors aujourd'hui à un processus de modernisation de la protection diplomatique conformément à l'évolution du droit international depuis l'adop-

tion de la Charte des Nations Unies. Il s'agit donc à la fois de codifier un sujet qui est mûr pour cela mais aussi de replacer dans le contexte historique contemporain.

36. En effet, de nos jours, certains droits sont reconnus directement à l'individu sur le plan international. Ces droits, l'individu les a à l'origine et les conserve intacts, mais ils peuvent être défendus par l'État national au moyen de l'institution de la protection diplomatique. Il se dégage donc du débat qu'il faut considérer que, conformément à la jurisprudence et la doctrine traditionnelles, l'État national a une compétence discrétionnaire en vertu du lien de nationalité mais que, compte tenu de ces droits nouveaux de l'individu, en exerçant la protection diplomatique, l'État ne défend pas automatiquement et dans tous les cas de figure son propre droit. À la question posée au paragraphe 54 du rapport préliminaire, il a donc été proposé de répondre par une distinction entre, d'une part, le droit qui appartient soit à l'individu, lorsqu'il est le destinataire direct de certaines règles de droit international, soit à l'État, et, d'autre part, l'exercice de ce droit, qui relève dans tous les cas de figure de la compétence discrétionnaire de l'État national. Il commence certes à émerger, au niveau des constitutions nationales, un certain droit de l'individu à bénéficier de la protection de son État national mais force est de constater que cette obligation n'existe pas encore en droit international. La Commission tâchera, avec l'assistance du secrétariat, de demander aux États de l'informer de l'état de leur législation sur le sujet.

37. L'individu dispose en outre de la possibilité d'accéder à des instances internationales, y compris des tribunaux arbitraux, et l'État peut toujours prendre fait et cause pour lui et mettre en œuvre ses droits au travers des procédures dont il dispose à l'égard du pays d'accueil. Le Rapporteur spécial s'emploiera à l'avenir à préciser les rapports qu'entretiennent entre eux ces différents recours. On a fait remarquer à ce propos que les frontières entre certaines catégories juridiques utilisées pour délimiter le sujet à la quarante-neuvième session de la Commission ne sont ni étanches ni rigides, pour ce qui est notamment des distinctions entre dommage direct et dommage indirect et entre règles primaires et règles secondaires. S'agissant de cette seconde distinction, et pour répondre à la question posée au paragraphe 65 du rapport préliminaire, la tendance dominante à la Commission est de considérer que la référence, pour les besoins du sujet, est constituée par les seules règles secondaires mais que le sujet doit être traité en ayant à l'esprit les interférences inévitables avec les normes primaires, dont il faut tenir compte pour répondre à des interrogations touchant, par exemple, les droits en cause, la nationalité ou les nationaux concernés, la règle des « mains propres », et ainsi de suite. Il ressort du débat que la sagesse ne consiste pas à reproduire le passé mais à lire celui-ci avec le regard du présent.

38. Le Rapporteur spécial tient pour finir à préciser que les propos qu'il a tenus sur le secrétariat de la Commission ne doivent pas être interprétés comme des critiques mais, au contraire, comme un appel adressé au Secrétaire général afin qu'il renforce les moyens de la Division de la codification pour lui permettre de faire face à la charge de travail excessive qu'elle doit assumer pour le compte, notamment, de la Commission.

39. M. PELLET est d'avis que les expressions « dommage direct » et « dommage indirect » sont dangereuses dans le cadre de la responsabilité des États et qu'il s'agit en réalité, dans le sujet à l'examen, de la dichotomie dommage médiat–dommage immédiat. Par ailleurs, tout en étant fermement convaincu qu'il n'y a pas en droit international un droit à la protection diplomatique, il se demande néanmoins si, en cas de violation grave des droits de la personne humaine, l'État qui n'exercerait pas sa protection diplomatique ne serait pas cependant en violation d'une règle de droit international général.

40. M. MELESCANU est d'avis que la notion de déni de justice employée par le Rapporteur spécial doit être comprise au sens général de cette expression. Il pense en outre que, s'il existe dans certaines constitutions nationales une obligation d'accorder la protection diplomatique, il est très douteux que ce soit une obligation de droit international, d'où la nécessité de rédiger soigneusement le questionnaire qui va être adressé aux États à ce sujet.

41. M. KUSUMA-ATMADJA se dit dans l'ensemble d'accord avec les conclusions du Rapporteur spécial, si tant est que les points soulevés par d'autres intervenants, notamment par M. Pellet, sont incorporés. Il souhaiterait par ailleurs que soient clarifiées les notions de construction ou de fiction juridiques et la distinction entre « individu » et « personne ». Enfin, citant trois affaires où l'Indonésie a accordé au cours de l'année écoulée sa protection diplomatique à des ressortissants indonésiens, il fait remarquer que le « droit souple » (*soft law*) peut dans certains cas s'avérer plus efficace.

42. M. BENNOUNA (Rapporteur spécial) précise, en ce qui concerne la suite des travaux de la Commission sur le sujet, que les conclusions qu'il a présentées sont celles qu'il retire personnellement du débat. Il faut à présent que la Commission, peut-être dans le cadre de l'élaboration de son rapport à l'Assemblée générale, dégage quelques conclusions préliminaires qui lui sont propres, oriente les débats de la Sixième Commission autour de quelques questions et prépare le questionnaire à adresser aux États membres.

43. Le PRÉSIDENT insiste sur la nécessité pour la Commission de respecter le programme de travail qu'elle a présenté à l'Assemblée générale.

La séance est levée à 13 h 15.

2524^e SÉANCE

Mardi 5 mai 1998, à 10 heures

Président : M. João BAENA SOARES

Présents : M. Addo, M. Al-Khasawneh, M. Brownlie, M. Candioti, M. Dugard, M. Economides, M. Elaraby, M. Ferrari Bravo, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Herdocia Sacasa, M. Kabatsi, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Melescanu, M. Mikulka,

M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Simma, M. Thiam, M. Yamada.

Actes unilatéraux des États (A/CN.4/483, sect. F, A/CN.4/486¹, A/CN.4/L.558)

[Point 7 de l'ordre du jour]

PREMIER RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL

1. Le PRÉSIDENT invite le Rapporteur spécial pour les actes unilatéraux des États à présenter son premier rapport sur le sujet (A/CN.4/486).

2. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Rapporteur spécial) dit que, comme elle l'a demandé à sa quarante-neuvième session², la Commission est saisie de son premier rapport sur les actes unilatéraux des États. Il espère que les membres de la Commission le guideront dans la suite de ses travaux et l'aideront, par leurs observations, à rédiger un premier rapport de fond pour la prochaine session.

3. Le premier rapport, qui est une introduction au sujet, se fonde en grande partie sur les observations de la Sixième Commission concernant la doctrine, la jurisprudence et la pratique des États en la matière (A/CN.4/483, sect. F). Il tient compte des travaux antérieurs de la CDI et, en particulier, des conclusions qui figurent dans le rapport du Groupe de travail créé lors de la quarante-neuvième session de la CDI³. Les nombreux travaux doctrinaux sur les actes unilatéraux des États, en général, et les actes juridiques unilatéraux, en particulier, ne concordent pas nécessairement. Le principal but du premier rapport est donc d'arrêter une approche systématique pour l'étude de ces actes, conformément à la méthodologie proposée.

4. La CPJI et la CIJ ont examiné à plusieurs reprises les déclarations unilatérales des États et ont conclu qu'elles avaient force obligatoire, qu'elles relèvent ou non du domaine conventionnel (affaire du *Statut juridique du Groënland oriental*). Dans deux autres affaires, la CIJ a estimé que les déclarations unilatérales avaient un caractère juridique (affaires des *Essais nucléaires*), alors que dans d'autres elle a jugé qu'il s'agissait de déclarations politiques qui n'avaient pas de valeur juridique (affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* et affaire du *Différend frontalier*).

5. En ce qui concerne la portée du sujet, le Rapporteur spécial estime qu'il ne sera pas possible de travailler à la codification et au développement progressif des règles régissant une catégorie particulière d'actes juridiques unilatéraux des États tant qu'une définition ou, du moins, les éléments d'une définition n'auront pas été trouvés. Il importe, en particulier, de déterminer si un acte unilatéral

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

² *Annuaire... 1997*, vol. II (2^e partie), par. 213, p. 67.

³ *Ibid.*, chap. IX, sect. B, p. 65 à 67.