Document:-
**A/CN.4/SR.2619**

**Compte rendu analytique de la 2619e séance**

sujet:
**Protection diplomatique**

Extrait de l'Annuaire de la Commission du droit international:-
**2000, vol. I**

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

Copyright © Nations Unies

d'accepter que, par le biais de la protection diplomatique, un autre État lui présente une réclamation pour le préjudice subi par ses ressortissants. Il n'est pas nécessaire de s'attarder sur le lien existant entre l'État de nationalité et ses nationaux; ce qui est important, c'est de préciser dans quelles conditions l'État demandeur peut invoquer la protection diplomatique.

77. M. Hafner a des doutes concernant l'utilité de l'article 4. Comme l'ont souligné de précédents orateurs, il faut faire une distinction entre droits de l'homme et protection diplomatique car, en mélangeant les deux, on risque de soulever davantage de problèmes que l'on n'en résout. M. Tomka a déjà demandé ce que l'on entend par *jus cogens* dans ce contexte, mais lui-même aimerait que l'on précise aussi le sens des mots « ne puisse présenter » utilisés au début du paragraphe 1. S'agit-il d'une possibilité juridique ou d'une possibilité matérielle ? Et, si les violations commises sont vraiment graves, la protection diplomatique ne pourrait-elle pas être mise en œuvre même s'il existe des possibilités de recours devant une cour ou un tribunal international compétent ? Certes, cela pourrait peut-être avoir une incidence sur la question de l'épuisement des recours internes, mais en cas de violations graves, l'important est bien évidemment de pouvoir réagir rapidement. En dehors de cet aspect qui mériterait plus ample réflexion, l'article 4 ne semble pas apporter d'éléments très intéressants.

78. Aussi M. Hafner partage-t-il l'avis des précédents orateurs qui ont préconisé que seuls les articles 1 et 3 soient renvoyés au Comité de rédaction.

*La séance est levée à 13 heures.*

---

## 2619e SÉANCE

*Jeudi 11 mai 2000, à 10 heures*

*Président :* M. Maurice KAMTO

*Présents :* M. Addo, M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Candioti, M. Dugard, M. Economides, M. Gaja, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Illueca, M. Kabatsi, M. Kateka, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Momtaz, M. Opertti Badan, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Tomka.

---

### Protection diplomatique *(suite)* [A/CN.4/506 et Add.1[1]]

PREMIER RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL *(suite)*

1. M. GALICKI dit que le premier problème que pose le projet d'articles proposé par le Rapporteur spécial dans son premier rapport (A/CN.4/506 et Add.1) est celui de son champ d'application tel qu'il est défini à l'article premier. Il y a trois approches possibles de la protection diplomatique. La première, que M. Simma décrit (2617e séance) comme la « protection quotidienne » accordée par les missions diplomatiques et les bureaux consulaires, est trop étroite aux fins de la Commission. Elle mérite toutefois d'être mentionnée en raison des observations que le Rapporteur spécial a faites au sujet des constitutions de certains pays d'Europe centrale et orientale, dont la Pologne, qui consacrent le droit des nationaux à être protégés par l'État de leur nationalité lorsqu'ils sont à l'étranger. Étant donné l'absence d'autres dispositions de droit interne concernant d'éventuels « recours internes », et étant donné la pratique préconstitutionnelle existante, il est à craindre que cette disposition constitutionnelle ne soit interprétée étroitement, c'est-à-dire comme ayant seulement trait à la « protection quotidienne ».

2. La deuxième approche de la protection diplomatique est celle consacrée à l'article premier, dans le cadre de laquelle la protection diplomatique peut être associée, comme l'a recommandé M. Brownlie (ibid.), à une notion plus large, celle de la recevabilité des revendications. Il faudra interpréter le mot « action » de manière appropriée dans un tel cas. On pourrait améliorer le libellé de l'article en s'inspirant de la formule utilisée dans le projet d'articles sur la responsabilité des États; l'expression « fait ou omission internationalement illicite » a déjà été proposée dans ce contexte[2].

3. À l'article 2, le Rapporteur spécial propose une définition et un champ d'application des projets d'articles beaucoup plus larges et risqués, puisque « l'action » englobe « la menace ou l'emploi de la force ». Dans l'affaire *Mavrommatis*, la CPJI a jugé que, pour exercer la protection diplomatique, un État devait uniquement recourir à l'action diplomatique ou à la justice internationale. Au paragraphe 55 de son rapport, le Rapporteur spécial reconnaît que le recours à la menace ou à l'emploi de la force dans l'exercice de la protection diplomatique ne peut être justifié qu'en cas de légitime défense. Mais comme l'a fait observer M. Economides (ibid.), le droit de légitime défense et le droit d'user de la force dans l'exercice de la légitime défense sont formulés de manière très précise et restrictive dans la Charte des Nations Unies. Étant donné la suprématie du principe de l'interdiction de la menace ou de l'emploi de la force en droit international contemporain, aucune dérogation supplémentaire ne devrait être envisagée. La question de la menace ou de l'emploi de la force dans les situations prévues à l'article 2 relève en fait d'un autre sujet complexe, celui du droit de l'intervention humanitaire. À cet égard, M. Galicki se

---

[1] Reproduit dans *Annuaire... 2000*, vol. II (1re partie).

[2] Voir le projet d'article 3 proposé par le Comité de rédaction en deuxième lecture, *Annuaire... 1998*, vol. I, 2562e séance, par. 72 et 74, p. 305 et 306.

félicite de la tentative faite par le Rapporteur spécial pour s'engager sur la voie du développement progressif du droit.

4. Toutefois, M. Tomka a raison de dire que la Commission doit d'abord s'efforcer de codifier le droit international positif et laisser les questions touchant l'intervention humanitaire, y compris l'éventuel emploi de la force, hors du champ de la protection diplomatique. La notion d'intervention humanitaire demeure contestée dans la doctrine et en pratique, et le Rapporteur spécial a lui-même déclaré au paragraphe 60 que la question de savoir si le droit international reconnaissait un droit d'intervenir par la force à des fins humanitaires n'entre pas dans le cadre de l'étude en cours.

5. Pour ce qui est de l'article 3, il est trop tôt pour parvenir à des conclusions définitives sur la portée et la nature du droit d'exercer la protection diplomatique. La formule retenue en ce qui concerne le pouvoir discrétionnaire dont jouit l'État dans l'exercice de la protection diplomatique pourrait être étendue au-delà des limites fixées à l'article 4, dans lequel il est exclusivement associé à une violation grave d'une norme du *jus cogens*. C'est bien là qu'il faut rendre compte du phénomène en train de se faire jour et que M. Pellet a appelé la montée en puissance du « droit international des droits de l'homme ». La question de la protection diplomatique étant étroitement liée à celle de la nationalité des personnes physiques, il convient d'avoir à l'esprit que la nature juridique de la nationalité a considérablement évolué durant les dernières décennies, passant d'une prérogative de l'État à un droit inhérent à la personne humaine. Cette évolution a été dûment reflétée dans les projets d'articles sur la nationalité des personnes physiques en relation avec la succession d'États adoptés par la Commission en deuxième lecture à sa cinquante et unième session[3]. C'est pourquoi la question d'un droit des nationaux d'un État donné à la protection diplomatique de cet État doit être réexaminée en vue, le cas échéant, de limiter davantage le pouvoir discrétionnaire de l'État dans l'exercice de ce droit. Enfin, M. Galicki pense avec M. Hafner que le titre doit demeurer tel quel.

6. M. ROSENSTOCK se félicite de l'accent mis par le Rapporteur spécial sur le renforcement de la protection des droits de l'homme et l'importance croissante de l'individu au niveau international. Le Rapporteur spécial reconnaît que, bien qu'il y ait eu des améliorations marquées dans le domaine des droits de l'homme et en ce qui concerne le statut international de l'individu, l'aide de la protection diplomatique demeure nécessaire. Bien entendu, le sujet inclut également les personnes morales. En outre, et la question risque de devenir plus délicate lorsque la Commission examinera l'article 4, l'État en position d'exercer la protection diplomatique peut n'être pas le seul État pouvant agir.

7. La question de savoir si on doit garder le deuxième paragraphe de l'article premier et si le mot « omission » doit y figurer devra être réglée par le Comité de rédaction. Pour M. Rosenstock, le mot « action » ne devrait pas susciter de préoccupations métaphysiques.

8. Deux questions se posent au sujet de l'article 2. La première est de savoir s'il couvre la matière que la Commission doit englober dans son étude sur la protection diplomatique et la seconde concerne les mérites du projet d'articles tel qu'il est présenté. Sur ce dernier point, M. Rosenstock pense que le Rapporteur spécial a raison en droit et quant à l'attitude que les États doivent prendre si la vie de leurs nationaux est en jeu. Les références à des missions de sauvetage paradigmatiques, qui relèveraient d'une vague notion de renonciation, ne sont pas convaincantes. La défense des dictateurs qui s'adonnent au trafic de drogue et harcèlent le personnel militaire légitimement présent dans le pays ne constitue pas un argument convaincant contre l'article 2. Un point sur lequel il pourrait être plus facile de se mettre d'accord est qu'il n'est peut-être pas utile ni nécessaire que la Commission détermine l'étendue du droit d'utiliser la force dans le contexte du sujet à l'examen. M. Rosenstock se joint à ceux qui souhaitent que l'article 2 soit supprimé parce qu'il ne relève pas du champ de l'étude de la Commission.

9. L'article 3 ne pose pas de problème de fond. M. Rosenstock comprend ce que le Rapporteur spécial essaie de faire à l'article 4, à savoir exercer sur les États une pression afin qu'ils protègent plus énergiquement les droits de leurs nationaux. Mais lorsqu'on ajoute tous les qualificatifs qui, honnêtement, semblent tous nécessaires, on arrive à une approximation grossière d'une formule telle que « les États devraient faire ceci ou cela ». Peut-être un préambule et une déclaration ou un traité faisant avancer les États dans la bonne direction sans créer davantage de difficultés et de confusion seraient-ils le meilleur moyen de traiter le problème et de répondre à l'effort admirable visant à encourager les États à faire plus. Les problèmes que poserait l'élaboration d'une définition utile d'une violation grave d'une norme du *jus cogens* sont parmi les raisons d'hésiter à aller au-delà de cette modeste approche. M. Rosenstock ne s'oppose pas à ce que l'on renvoie l'article 4 au Comité de rédaction ou à un groupe de travail officieux, mais il n'insiste pas non plus pour qu'on le fasse.

10. M. ADDO dit que le gros de la *lex lata* dans le domaine du droit à l'examen est à l'évidence hérité de la communauté internationale du passé, qui était beaucoup plus réduite qu'aujourd'hui. La plus grande partie du droit international de la protection diplomatique a vu le jour lorsque les idées économiques, sociales et politiques d'Europe et d'Amérique du Nord se sont disséminées dans d'autres régions du monde.

11. Le Rapporteur spécial est allé trop loin aux articles 2 et 4 : ils contiennent des dispositions qui ne relèvent pas du mandat de la Commission, et M. Addo ne regretterait pas leur suppression.

12. Il est nécessaire d'élaborer des règles en ce qui concerne la protection diplomatique, un sujet qui conserve toute son actualité. Il est étroitement lié à celui de la responsabilité des États et la Commission est toujours en train d'étudier la notion d'État lésé dans le cadre de ce dernier sujet. L'État lésé est aussi présent dans le cadre du sujet à l'examen. La nationalité est aussi un aspect très important de la protection diplomatique; de fait, on appelle aussi la protection diplomatique la « nationalité des revendications ».

[3] *Annuaire... 1999*, vol. II (2e partie), par. 47, p. 21.

13. Lorsqu'un fait illicite est dirigé contre l'État, la question de la nationalité ne se pose pas. Par contre, lorsqu'un tel fait est commis contre un national de l'État lésé, cet État a le droit d'exercer la protection diplomatique au profit de tous ses nationaux. C'est pourquoi, lorsque le national d'un État est maltraité à l'étranger, en violation du droit international, l'État concerné peut saisir l'État auteur de la violation de l'affaire. Il s'agit d'un pouvoir totalement discrétionnaire. Le droit international ne l'oblige pas à le faire. C'est pourquoi M. Addo est opposé à l'article 4. Sur ce point, il est aussi en désaccord avec les vues exprimées par le Rapporteur spécial au paragraphe 87 de son rapport et celles d'Orrego Vicuña rapportées au paragraphe 90[4]. Il est inacceptable d'essayer de libeller l'article 4 sur la base de ces positions.

14. Une fois que l'État lésé prend fait et cause pour son national, la réclamation devient la sienne propre; la raison en est qu'en dépit de la tendance à accorder un accès limité aux individus qui se fait jour en droit international, en particulier dans le domaine des droits de l'homme, le principe général voulant que les individus ne peuvent formuler ni maintenir une réclamation internationale est toujours valide.

15. Le droit de l'État d'exercer la protection diplomatique est en droit international limité à ses propres nationaux. M. Addo hésite donc face au paragraphe 2 de l'article premier. Étendre la protection diplomatique à des non-nationaux va à l'encontre de ce principe fondamental. Aux termes du paragraphe 2 de l'article premier, cela se produirait dans les circonstances exceptionnelles prévues à l'article 8, une disposition qui va être vivement débattue. Puisque le paragraphe 2 de l'article premier est subordonné à l'article 8, M. Addo s'oppose à ce qu'on le renvoie au Comité de rédaction tant qu'on n'aura pas examiné ce dernier article. Si l'article 8 est supprimé, il faudra aussi supprimer le paragraphe 2 de l'article premier. Le paragraphe 1 de cet article peut toutefois être renvoyé au Comité de rédaction.

16. Comme l'apatridie est la négation de la nationalité et que la nationalité est le fondement de la protection diplomatique, on voit mal comment le projet peut contenir une disposition sur les réfugiés ou apatrides. Un État peut-il exercer la protection diplomatique pour prendre fait et cause pour un apatride ou un réfugié ? Un tribunal international reconnaîtrait-il à l'État un intérêt pour agir dans un tel cas ? La résidence légale et un lien effectif peuvent-ils pour cela remplacer la nationalité ? Le droit à la protection diplomatique étant limité aux nationaux de l'État, la question se pose de savoir ce qui définit la nationalité. C'est une question qui relève du droit interne et le droit international n'est pas pertinent à cet égard.

17. M. Addo ne pense pas comme M. Pellet que rien ne doive être envoyé au Comité de rédaction, ni que l'ensemble du rapport doive être révisé.

18. M. HE dit qu'indéniablement la protection diplomatique a souvent fait l'objet d'abus et que les États les plus puissants sont en meilleure position pour l'exercer. Mais tant qu'il n'y a rien de mieux pour la remplacer, il faut la conserver, car elle est extrêmement nécessaire. Quoi qu'il en soit, ses avantages dépassent ses inconvénients.

19. Plusieurs points méritent d'être clarifiés dans l'introduction du chapitre premier du rapport. Premièrement, on a dit que les étrangers, comme les nationaux, jouissaient de droits pour la seule raison que ce sont des êtres humains et non en vertu de la nationalité. Cela est vrai lorsque l'étranger est traité comme un sujet ayant des droits internationaux. Le statut de l'individu en droit international n'étant pas défini, les recours dont il dispose sont limités. D'autre part, l'État étant le facteur dominant dans les relations internationales, le recours qu'il procure doit être le plus efficace.

20. Une deuxième question, connexe, est celle de savoir si l'étranger, qui jouit de certains droits en vertu du droit international, peut se défendre lui-même lorsqu'il est à l'étranger. On peut répondre à cela que si ses recours sont limités, c'est à l'État de sa nationalité d'exercer son droit et de prendre fait et cause pour l'individu concerné.

21. Troisièmement, le cas des conventions citées aux paragraphes 27 et 28 (Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille et Déclaration sur les droits de l'homme des personnes qui ne possèdent pas la nationalité du pays dans lequel elles vivent[5]) montrent très crûment que les États ne veulent pas étendre les droits aux travailleurs migrants. Pour ce qui est des étrangers, bien qu'ils puissent avoir des droits en vertu du droit international en leur qualité d'êtres humains, ils n'ont pas de recours efficace en droit international. La seule voie qui leur est ouverte est de demander à leur État d'intervenir. Pour toutes ces raisons, la protection diplomatique demeure pour l'État un outil important s'agissant de protéger ses nationaux à l'étranger.

22. En ce qui concerne l'article premier et le sens du mot « action », il est surprenant de lire au paragraphe 43 que la protection diplomatique comprend l'« emploi de la force ». À l'opposé, le rapporteur spécial précédent avait souligné au paragraphe 11 de son rapport préliminaire[6] que les États ne pouvaient recourir à la menace ou à l'emploi de la force dans l'exercice de la protection diplomatique.

23. S'agissant de l'article 2, M. He pense avec d'autres membres de la Commission que légitimer l'emploi de la force dans l'exercice de la protection diplomatique va à l'encontre des principes fondamentaux de la Charte des Nations Unies. Cette question ne relève pas du mandat de la Commission pour ce sujet. Pour ce qui est de l'article 4, compte tenu des incertitudes et de l'absence de pratique des États, il serait préférable de ne pas envisager le problème, qui n'est pas étroitement lié au sujet à l'examen.

24. M. He pense lui aussi que les articles 1 et 3 peuvent être renvoyés au Comité de rédaction. L'expression « protection diplomatique » est attestée depuis longtemps et le titre ne doit donc pas être modifié. Toutefois, il semble nécessaire d'expliquer la différence existant entre la protection diplomatique et certaines formes de protection

[4] Voir 2617e séance, note 14.

[5] Ibid., note 18.

[6] Ibid., note 2.

des agents diplomatiques et consulaires prévues dans la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques et la Convention de Vienne sur les relations consulaires, soit dans l'introduction, soit dans une note de bas de page.

25. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA dit que le premier rapport du Rapporteur spécial est impressionnant par ses dimensions, mais que l'on peut légitimement se demander s'il réussit à marier la quantité et la qualité. Pour ce qui est de la structure, il est surprenant de voir que le rapport commence par deux introductions. Le gros du rapport est consacré à huit projets d'articles et à de longs commentaires y relatifs, qui visent à traiter le sujet quant au fond, mais ne font souvent que le diluer. L'alinéa *a* du paragraphe 9 du rapport promet une introduction qui doit retracer l'évolution historique du sujet et en définir la portée. Or, l'historique se limite à la période séparant les deux guerres mondiales. L'idée est que le sujet est familier à tous – une hypothèse très contestable étant donné les difficultés que connaissent certains États pour distinguer entre protection diplomatique et protection du personnel diplomatique. On peut se demander si ce rapport aidera la Sixième Commission en rendant le sujet plus accessible.

26. À la différence de son prédécesseur, l'actuel rapporteur spécial essaie de donner un aperçu de la protection diplomatique dont est exclue la protection fonctionnelle, tout comme l'abondante jurisprudence concernant les agents et fonctionnaires des organisations internationales, qui relèvent pourtant de la protection diplomatique. Cet aperçu n'indique pas non plus ce qui justifie de traiter de la même manière les régimes dans lesquels la victime initiale est une personne physique et ceux dans lesquels elle est une personne morale.

27. Une autre difficulté tient au fait qu'à la différence de son prédécesseur et à l'encontre de la conception classique, le Rapporteur spécial propose un nouveau fondement pour la notion, qui serait une institution de protection des droits de l'homme. La violation d'un droit de l'homme ou d'une liberté fondamentale peut effectivement constituer une des situations dans lesquelles un État prend fait et cause pour un individu, mais la violation doit aussi constituer un fait internationalement illicite imputable à un autre État. Il semble quelque peu hasardeux d'assimiler deux catégories, celle de sujet de droit international – qui constitue un statut – et celle des droits de l'homme – qui évoque plutôt un régime ou un ensemble de régimes.

28. Enfin, le sujet de la protection diplomatique demeurera insaisissable parce que, ainsi qu'on l'a déjà vu, l'historique qui en est donné se limite à l'entre-deux-guerres. L'absence de tout examen des événements survenus après la seconde guerre mondiale implique qu'après 1945 la protection diplomatique est devenue une chose du passé. En fait, la jurisprudence postérieure à cette date est considérable : affaires *Nottebohm*, de l'*Interhandel*, de la *Barcelona Traction* et *ELSI*, pour n'en nommer que quelques-unes, sans compter l'affaire *Diallo*, actuellement pendante devant la CIJ. Pourquoi le rapport ne mentionne-t-il pas ces affaires, qui ont substantiellement contribué à la consolidation de la notion traditionnelle de protection diplomatique ? Étant donné l'actualité de la protection diplomatique, il convient de clarifier la phénoménologie du sujet de deux points de vue, d'abord comme un système, puis comme un régime.

29. Vue comme un système, la protection diplomatique fait intervenir trois grandes catégories d'acteurs : les États et les organisations internationales, les individus et les agents économiques, et les juges et les arbitres internationaux. Cette dernière catégorie met en lumière le rôle traditionnel de la protection diplomatique comme mécanisme de règlement pacifique des différends entre nations. Il y a de ce fait conflit entre la protection diplomatique et l'emploi de la force, deux notions incompatibles. Un instrument diamétralement opposé à la paix pourrait difficilement être mis au service de la paix. L'article 2 doit donc être écarté. M. Pambou-Tchivounda dit qu'il reviendra sur ce point.

30. Comme scénario, la protection diplomatique est aussi fortement influencée par l'existence d'intérêts économiques qui donnent à la réclamation son contenu et permettent d'évaluer le dommage dont se prévaut l'État. À cet égard, la protection diplomatique est consubstantielle de la responsabilité internationale des États.

31. Vue comme un régime, la protection diplomatique est universellement reconnue comme un outil précieux régi par des règles qui sont déjà établies et doivent donc être codifiées, des règles qui régissent le processus par lequel un problème interne est élevé au statut de différend international. Ces règles concernent aussi l'objet de la protection diplomatique, à savoir le rétablissement de l'état de droit dans l'ordre juridique international. Les deux catégories de règles concernent les procédures visant à atteindre ce but. S'agit-il seulement de règles secondaires, procédurales ? La question se pose ici de la pertinence de la distinction entre règles primaires et règles secondaires faite par le Rapporteur spécial dans ses projets d'articles.

32. D'une manière générale, les projets d'articles 1 à 4 pèchent par trois vices. Premièrement, il s'agit d'un mélange de genres. L'article premier porte un titre qui ne reflète pas son contenu, les articles 2 à 4 mélangent diverses catégories dans le désordre et créent la confusion chez le lecteur. Deuxièmement, au niveau de la structure, les notions de champ d'application et de définition ne coïncident pas. Les articles 2 à 4 reposent sur la notion non définie d'action, ce qui explique en partie qu'ils soient incompatibles avec le droit international général et avec la nature et l'esprit de la protection diplomatique.

33. Troisièmement, les projets d'articles souffrent de la volonté d'innovation, louable mais mal orientée, de leur auteur. La Commission a pour mandat d'œuvrer au développement progressif du droit international. Elle n'a pas pour mandat de développer excessivement le droit international, ce qui constituerait une régression, et emmènerait l'ordre juridique international sur un terrain incertain. L'article 2 illustre parfaitement ce danger, et, pour des raisons déjà exposées par d'autres membres de la Commission, est totalement inacceptable. Plus précisément, l'article premier, outre qu'il confond définition et champ d'application, est lui aussi difficilement acceptable parce qu'il traite de la même manière les dommages causés aux personnes et les dommages causés aux biens. En termes de mobilisation de la protection diplomatique, l'une peut aller sans l'autre, donc faire perdre dans certains cas le caractère diplomatique à la protection engagée. Les projets d'articles 3 et 4 sont fondamentalement incompati-

bles en ce que si la protection diplomatique est un droit de l'État, ou de l'individu, elle ne peut être un droit de la communauté internationale, ni être mise au service de cette communauté.

34. Pour toutes ces raisons, M. Pambou-Tchivounda estime qu'aucun des quatre premiers projets d'articles n'est prêt à être renvoyé au Comité de rédaction. Il était prématuré pour le Rapporteur spécial de présenter des projets d'articles sur un sujet supposé connu mais dont les paramètres n'ont pas été définis. Des consultations officieuses sont nécessaires pour circonscrire le sujet. Ce n'est qu'après que l'on pourra établir un rapport préliminaire.

35. M. CANDIOTI dit que le premier rapport du Rapporteur spécial et les projets d'articles qu'il propose constituent une base de discussion stimulante. En matière de protection diplomatique, la Commission doit tenir compte de certaines prémisses déjà établies lors des discussions plénières et au sein des groupes de travail, à savoir : il faut conserver une approche fondée sur le droit coutumier, codifier des règles secondaires du droit international relatives à la protection diplomatique sans éluder l'examen des règles primaires dans la mesure où cela est utile pour élucider certains aspects du sujet, considérer la protection diplomatique comme étant essentiellement un droit discrétionnaire de l'État et, enfin, tenir compte de la reconnaissance et de la protection croissantes des droits de l'individu dans l'ordre juridique international contemporain.

36. Pour ce qui est de l'introduction du chapitre premier du rapport, M. Candioti pense comme le Rapporteur spécial que la fiction sur laquelle le droit de l'État d'exercer la protection diplomatique repose, et selon laquelle le préjudice causé à un de ses nationaux constitue pour lui aussi un préjudice lui permettant de formuler une réclamation au nom de ce national, une fiction consacrée par la CPJI dans l'affaire *Mavrommatis*, est un outil juridique utile qui ne mérite pas les critiques qui lui ont été adressées.

37. Il pense aussi comme le Rapporteur spécial que, si le droit international contemporain a permis la création d'institutions régionales ou autres de protection des droits et des intérêts de l'individu, la protection diplomatique est loin d'être obsolète. Au contraire, elle continue d'être pour les États un moyen général commode de préserver les droits et les intérêts de leurs nationaux à l'étranger.

38. Il est essentiel que l'article premier commence par décrire et, de fait, définir, l'institution de la protection diplomatique de manière à la distinguer d'autres institutions comme la protection du personnel diplomatique ou l'aide consulaire aux nationaux se trouvant à l'étranger, afin d'éviter toute confusion dès le départ.

39. Dans son sens purement technique, la protection diplomatique est l'un des moyens d'engager la responsabilité internationale des États. L'article premier contient déjà une définition des éléments du sujet, même si son libellé peut peut-être être amélioré. Il s'agit d'un recours procédural d'un État contre un autre, par lequel la réclamation d'une personne physique ou morale est transformée en relation juridique internationale. S'agissant de l'extension de la protection diplomatique aux non-nationaux, M. Addo a fait certaines observations intéressantes dont il faudra tenir compte lorsqu'on examinera le projet d'article 8.

40. Souscrivant aux objections de plusieurs membres à l'encontre du libellé de l'article 2 proposé par le Rapporteur spécial, M. Candioti dit que l'interdiction de la menace ou de l'emploi de la force dans l'exercice de la protection diplomatique devrait être claire et catégorique. Le projet d'articles ne doit prévoir aucune dérogation qui jetterait un doute sur cette interdiction. Les circonstances exonérant un État de toute responsabilité pour l'emploi de la force pourraient peut-être comprendre le danger imminent ou l'état de nécessité, des questions qui devraient être régies par le projet sur la responsabilité des États. Néanmoins, dans le contexte de la protection diplomatique, toute règle permettant, justifiant ou légitimant l'emploi de la force est dangereuse et inacceptable.

41. Comme le Rapporteur spécial l'a fait observer, depuis l'énoncé de la doctrine de Drago[7] de 1902 et la Convention Porter concernant la limitation de l'emploi de la force pour le recouvrement de dettes contractuelles, l'interdiction de la menace ou de l'emploi de la force a été l'un des aspects les plus remarquables du développement du droit de la protection diplomatique, qui a certainement servi le développement du droit international général. Cette interdiction a été consacrée au paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies.

42. Pour ces raisons, M. Candioti n'est pas favorable à une suppression totale de l'article 2. La notion exprimée dans le chapeau devrait être maintenue quelque part dans le projet, car il s'agit d'un élément important dans le développement du droit international coutumier de la protection diplomatique. Le reste du texte proposé par le Rapporteur spécial, à partir des mots « sauf pour sauver... », devrait par contre être supprimé, comme l'ont dit la majorité des membres de la Commission. Il faut se souvenir que, dans le projet d'articles sur la responsabilité des États, l'alinéa *a* de l'article 50, relatif aux contre-mesures, interdit expressément à un État d'utiliser la menace ou l'emploi de la force comme définis dans la Charte des Nations Unies à titre de contre-mesures. Toutefois, tenter de supprimer la première partie de la première phrase de l'article 2 proposé par le Rapporteur spécial risque d'être mal interprété à une époque où une tendance croissante à employer la force dans les cas limites se fait jour.

43. La qualification de droit de l'État attribuée à la protection diplomatique à l'article 3 reflète une règle du droit international coutumier reconnue par la doctrine et la jurisprudence, même si le libellé de cet article peut être amélioré en tenant compte des suggestions de MM. Hafner, Pellet et Tomka (2617e et 2618e séances).

44. D'autre part, il faut être prudent en ce qui concerne l'article 4, dans lequel le Rapporteur spécial propose qu'un droit dont l'exercice est discrétionnaire devienne une obligation si le préjudice résulte d'une violation grave d'une norme du *jus cogens*. Le Rapporteur spécial affirme qu'instituer cette obligation constituerait un développement progressif du droit reflétant la tendance récente à reconnaître le droit des nationaux à la protection diplomatique. Bien que ce souci de promouvoir la défense et la protection des droits de l'homme soit louable, il semble peu souhaitable de mettre une telle obligation à la charge des États, car pour beaucoup la notion de *jus cogens* et le

[7] Voir 2618e séance, note 12.

champ d'application de celui-ci demeurent controversés et imprécis, et qu'une telle obligation n'est guère reconnue dans la doctrine ni par la jurisprudence internationale.

45. De toute manière, comme d'autres membres l'ont indiqué, la Commission doit, lorsqu'elle codifie le sujet, se limiter à la notion strictement technique de l'institution. L'ambiguïté des termes « protection » et « diplomatique » ne doit pas l'amener à confondre les notions et à outrepasser son mandat. L'article 4 devrait donc être supprimé.

46. M. GOCO demande si M. Candioti propose de conserver la première partie de l'article 2, c'est-à-dire de supprimer les exceptions.

47. M. CANDIOTI répond par l'affirmative. Le principe établi dans la première phrase doit être réaffirmé. Il est aussi consacré à l'alinéa *a* de l'article 50 du projet sur la responsabilité des États. Il est donc important de faire figurer ce principe dans le projet sur la protection diplomatique.

48. M. PELLET dit que le principe en question est beaucoup plus général et concerne non seulement la protection diplomatique en particulier, mais aussi les contre-mesures. Il se demande s'il est judicieux d'alourdir le projet sur la protection diplomatique en y faisant figurer des règles générales sur la responsabilité.

49. Bien qu'il approuve dans l'ensemble le libellé du chapeau de l'article 2, M. Pellet craint qu'en conservant une telle règle la Commission n'entre dans un domaine problématique, différent de celui que le Rapporteur spécial semble avoir à l'esprit. Cela reviendrait à dire qu'il est interdit de recourir à certaines méthodes pour exercer la protection diplomatique; si l'on s'exprime en termes négatifs, il serait logique, pour faire contrepoids, d'indiquer quels sont les moyens dont l'utilisation est autorisée dans l'exercice de la protection diplomatique.

50. Si la proposition de M. Candioti est acceptée, le projet d'articles risque d'être déséquilibré. Personnellement, M. Pellet appuie le texte quant au fond, mais il se demande s'il est bien nécessaire de faire figurer des règles générales sur la responsabilité internationale dans le projet d'articles sur la protection diplomatique. Si on le fait, il sera nécessaire d'indiquer les moyens licites d'exercice de la protection diplomatique, en d'autres termes de dire qu'elle doit être exercée par les voies diplomatiques ou judiciaires ou par tous les moyens utilisés pour le règlement des différends.

51. M. BROWNLIE dit qu'il a d'abord trouvé attrayante la proposition apparemment logique de M. Candioti mais qu'après réflexion il est contre le maintien de la première proposition de l'article 2 sous quelque forme que ce soit. La Commission devrait énoncer de manière catégorique la règle selon laquelle l'emploi de la force n'entre pas dans le domaine de la protection diplomatique. Accepter la proposition simple de M. Candioti n'en créerait pas moins toute une série de confusions et de difficultés que l'on passera beaucoup de temps à essayer vainement de résoudre. M. Brownlie souscrit donc à l'opinion de M. Pellet.

52. En outre, dire que la menace ou l'emploi de la force est interdit dans l'exercice de la protection diplomatique est source de confusion parce que, d'un point de vue descriptif ou opérationnel, l'emploi de la force pour protéger des nationaux ou faire valoir des revendications est une forme d'autoassistance et non une forme de protection diplomatique, à aucun niveau, que ce soit en droit ou en fait. Pour cette raison, même une version tronquée de l'article 2 créerait des difficultés.

53. M. ECONOMIDES n'est pas d'accord avec MM. Brownlie et Pellet en ce qui concerne la proposition de M. Candioti. Il ne voit quant à lui aucune confusion possible si la disposition indique en termes clairs que l'emploi de la force aux fins de la protection diplomatique est totalement interdit. En l'absence d'une telle disposition, une ambiguïté potentiellement dangereuse risque de subsister sur ce point. Une petite minorité d'auteurs maintiennent que la force peut être autorisée pour sauver des nationaux en danger. Il est temps de donner un coup d'arrêt à cette tendance. Une disposition comme celle que M. Candioti propose est de fait nécessaire dans le projet. Peut-être doit-elle être remaniée dans le sens de la clarté. Elle ne doit pas nécessairement prendre la forme de l'article 2, mais peut être incorporée dans le préambule ou être placée ailleurs dans le texte. En outre, le premier rapporteur spécial sur la responsabilité des États, García Amador[8], et le précédent rapporteur spécial, M. Bennouna, dans son rapport préliminaire[9] ont tous deux proposé une disposition de même effet. M. Economides appuie donc vigoureusement la proposition de M. Candioti.

54. Comme l'a dit M. Pambou-Tchivounda avec force, la notion de protection diplomatique est incompatible avec l'emploi de la force. La protection diplomatique est une institution pacifique et a été créée pour éviter les conflits. Il est donc essentiel de le dire sans ambiguïté.

55. M. GALICKI dit que la proposition de M. Candioti lui pose un problème. Pour ce qui est du fond, il en approuve pleinement le libellé. Toutefois, étant donné les vues exprimées par certains membres, il peut n'être pas sage de faire figurer une proposition aussi catégorique dans le projet d'articles, parce que, ce faisant, la Commission outrepasserait son mandat. Peut-être peut-on s'inspirer du précédent de l'affaire *Mavrommatis* en indiquant, lorsque l'on définit la notion de protection diplomatique et sa portée, que l'« action » visée à l'article premier s'entend des initiatives diplomatiques ou du recours à la justice internationale. Le Comité de rédaction pourrait envisager cette possibilité. Pour éviter les difficultés mentionnées par certains membres, il faut exclure l'emploi de la force en indiquant par quels moyens la protection diplomatique peut être exercée.

56. M. LUKASHUK dit que, s'il comprend les sentiments qui motivent M. Candioti, des sentiments qu'il partage pleinement, il estime que la construction juridique qui résulterait de l'adoption de sa proposition serait très étrange. La protection diplomatique, comme tout acte international d'un État, doit être conforme aux règles du droit international. L'article 2 ne traite que d'un principe. Pourquoi n'est-il pas possible de dire que la protection diplomatique ne doit pas violer le principe de la non-ingérence dans les affaires intérieures ? Ce libellé tiendrait

[8] Voir 2617e séance, note 7.

[9] *Annuaire... 1998*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/484, par. 11.

compte du principe en question. La proposition de M. Pellet semble parfaitement logique. Si l'on indique les moyens inacceptables, il faut aussi indiquer les moyens acceptables. Peut-être sera-t-il possible de revenir sur cette question par la suite. Comme les vues divergent sur l'article 2, il devrait être totalement supprimé.

57. M. GOCO, faisant observer que des événements passés ont probablement motivé l'inclusion d'une clause interdisant la menace ou l'emploi de la force, dit qu'un texte concernant la protection diplomatique devrait effectivement contenir un énoncé clair de ce principe.

58. M. DUGARD (Rapporteur spécial) explique que l'article 2 a été inséré en raison des difficultés que posait le terme « action » à l'article premier. Les auteurs classiques considéraient que ce terme englobait tous les moyens, y compris l'emploi de la force, mais bien entendu les vues de Borchard sont antérieures au Traité général de renonciation à la guerre comme instrument de politique (Pacte Kellogg-Briand) et à l'interdiction figurant au paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies.

59. Le Rapporteur spécial est troublé par la position de ceux pour qui le droit de légitime défense englobe la défense des nationaux. Au cours du débat, on n'a guère accordé d'attention à cette école de pensée, qui comprend deux anciens membres de la Commission. Il semble ressortir du débat que l'expression « protection diplomatique » n'englobe l'emploi de la force dans aucune circonstance et ne relève pas du mandat de la Commission. Peut-être le Rapporteur spécial doit-il préciser dans le commentaire que l'expression « action diplomatique » n'englobe pas l'emploi de la force. La Commission s'est prononcée avec une certaine autorité sur le sujet. L'opinion générale semble évidente, à savoir qu'il est impossible de considérer l'emploi de la force comme une forme de protection diplomatique des nationaux.

60. M. LUKASHUK dit qu'il approuve la proposition très constructive du Rapporteur spécial.

61. Le PRÉSIDENT dit que plusieurs propositions ont été faites en ce qui concerne l'interdiction de la menace ou de l'emploi de la force. Selon la première, l'objet même de la protection diplomatique est d'éviter l'emploi de la force, même si des moyens coercitifs ont souvent été employés avant l'adoption de la Charte des Nations Unies. Le lien entre la protection diplomatique et la responsabilité des États semble être dans la mise en œuvre de la responsabilité des États. La protection diplomatique fait logiquement partie de la responsabilité des États. Cela étant, on a admis que, au moins en ce qui concerne les contre-mesures, l'emploi de la force est interdit. La suggestion de M. Candioti semble donc pertinente.

62. Lorsqu'on considère une institution traditionnelle comme la protection diplomatique, il faut se souvenir que l'hostilité à son encontre est le résultat de l'emploi abusif de la force par le passé. La solution consisterait peut-être à adopter l'approche proposée par M. Galicki et d'indiquer clairement que la protection diplomatique est l'engagement d'une procédure de règlement pacifique d'un différend visant à protéger les droits ou les biens d'un national qui a été menacé d'un préjudice ou a subi un tel préjudice dans un autre État. De cette manière, on exclut la force sans utiliser la formule de la première phrase du projet d'article 2. On peut débattre longuement du point de savoir si l'emploi de la force pour protéger un national relève de la légitime défense. Une solution constructive qui mérite d'être examinée pourrait consister à supprimer le mot « action » à l'article premier et à dire que la protection diplomatique s'entend de l'engagement d'une procédure de règlement pacifique d'un différend.

63. M. Sreenivasa RAO dit qu'en plaçant la question de la protection diplomatique dans le contexte des droits de l'homme, le Rapporteur spécial a élargi la perspective de la Commission en ce qui concerne le domaine qu'elle doit étudier. Le Rapporteur spécial a montré qu'il était conscient des abus passés. Toutefois, pour M. Sreenivasa Rao, bien que la consolidation des droits de l'homme ait progressivement renforcé la protection de l'individu, les lacunes subsistant dans ce domaine signifient que l'institution de la protection diplomatique a son utilité et doit être renforcée. Il s'agit d'une opinion qui mérite d'être soigneusement pesée. C'est à juste titre que M. Baena Soares considère qu'un instrument équilibré de protection diplomatique est nécessaire.

64. Le sujet dont est saisie la Commission a été soigneusement examiné par le Groupe de travail établi à la cinquantième session qui est parvenu à certaines conclusions[10]. Le Rapporteur spécial ne doit-il pas poursuivre son étude de la question dans le cadre de ces conclusions ? Ne doit-il pas se limiter au droit international coutumier ? Il y a dans ce domaine très traditionnel de nombreuses zones grises qui sont autant d'apports possibles pour la Commission.

65. La seconde conclusion à laquelle est parvenu le Groupe de travail, à savoir que la Commission ne doit envisager que les règles secondaires, est très intéressante, et la question s'est aussi posée en ce qui concerne la responsabilité des États. Quelle est la règle secondaire en cause lorsque l'on parle de limites à l'exercice de la protection diplomatique ? Il est impossible de qualifier ces limites de règles secondaires. On ne peut donc faire une distinction stricte entre règles primaires et règles secondaires. Une telle distinction n'est parfois qu'un prétexte pour ne pas répondre à des questions difficiles. Il faut néanmoins envisager les questions épineuses et la Commission dispose assurément d'une marge de manœuvre.

66. Il n'est pas réaliste d'essayer d'achever l'examen du sujet au cours du présent quinquennat, car les questions en cause doivent être examinées plus soigneusement par le Rapporteur spécial lui-même et par tous les membres de la Commission. Les débats qui ont eu lieu à la Sixième Commission sur le sujet indiquent qu'il serait insidieux d'essayer d'élaborer à la hâte un projet d'articles sur la protection diplomatique. Il faut non renforcer le mécanisme de la protection diplomatique mais structurer avec soin un instrument équilibré.

67. Au paragraphe 25 de son rapport, le Rapporteur spécial écrit : « Affirmer que les conventions universelles relatives aux droits de l'homme, notamment le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, offrent aux particuliers des recours efficaces pour faire respecter leurs droits fondamentaux relève de la fantaisie, laquelle,

[10] Voir 2617e séance, note 22.

contrairement à la fiction, n'a pas sa place dans le raisonnement juridique ». Le Rapporteur spécial dit qu'en matière de droits de l'homme le droit est encore en évolution, que de nombreuses lacunes subsistent et que l'individu n'est pas protégé comme il le devrait. C'est tout à fait exact, mais la question devrait être envisagée dans le cadre de la protection des droits de l'homme, et non dans la perspective limitée de la protection diplomatique, qui n'est autre qu'un instrument destiné à défendre des droits établis. Comme l'ont dit d'autres membres de la Commission, celle-ci a bien assez à faire dans le domaine de la protection diplomatique sans essayer de résoudre les problèmes qui se posent dans le domaine des droits de l'homme. Ces problèmes sont beaucoup plus complexes et fondamentaux, et mieux vaut laisser à des instances créées pour cela le soin de s'en occuper. Il en va différemment lorsque, en l'absence de garanties d'une procédure régulière et de recours effectifs, la protection diplomatique est nécessaire.

68. Aux termes de l'article premier, « on entend par protection diplomatique toute action ... ». Pour M. Sreenivasa Rao, la protection diplomatique est avant tout un droit et, de fait, elle est désignée comme tel à l'article 3. L'action étant une conséquence du droit, le droit devrait être mentionné en premier. La protection diplomatique doit être interprétée comme un droit, non comme une obligation, parce que l'exercice d'un droit est discrétionnaire, alors que les obligations doivent être exécutées et aucun pouvoir discrétionnaire n'intervient.

69. On a dit qu'un préjudice causé par un fait illicite au niveau interne n'engageait pas la responsabilité internationale. S'il y a effectivement dichotomie entre les faits illicites au niveau interne et au niveau international, limiter la protection diplomatique aux préjudices causés au seul niveau international revient à limiter le jeu du mécanisme de réparation. Les garanties d'une procédure régulière constituent-elles un problème de responsabilité internationale ou relèvent-elles de l'application du droit interne ? M. Sreenivasa Rao attend des réponses à ces questions. Il faut aussi se demander si le préjudice lui-même peut être qualifié de licite ou d'illicite.

70. L'article 4 dispose que l'État a l'« obligation juridique » d'exercer sa protection diplomatique et que pour cela la personne lésée doit en faire la demande. Il y a là une contradiction : si l'État a une obligation, il doit s'en acquitter – à défaut il commettrait un fait illicite. Le rapport cite Orrego Vicuña[11] pour indiquer qu'un recours interne doit être disponible pour la personne concernée lorsque l'État de nationalité choisit de ne pas exercer la protection diplomatique. Mais s'il s'agit d'un problème de responsabilité des États, la non-exécution constitue-t-elle aussi un fait illicite et, partant, un problème international ? C'est pourquoi il faut envisager la protection diplomatique comme un droit devant être exercé de manière discrétionnaire et dont la violation peut faire l'objet d'une action par l'individu contre son État devant les tribunaux internes. Aller plus loin que cela nécessiterait que l'on examine les conditions qui pourraient déclencher une action internationale si l'État ne défend pas les droits de ses propres nationaux.

[11] Ibid., note 14.

71. À l'article 4, la « demande » de la personne lésée est liée exclusivement à une violation grave d'une norme du *jus cogens*, mais cette formulation réduit radicalement la portée du droit à la protection diplomatique. Il implique qu'un État ne peut intervenir que lorsque le *jus cogens* est concerné. L'idée est peut-être que lorsqu'une règle du *jus cogens* est violée, les États doivent intervenir quelles que soient les circonstances et, de fait, plus efficacement, scrupuleusement et volontairement que dans d'autres situations. Cette formulation est aussi à mettre en regard des principes de la responsabilité des États selon lesquels, si le *jus cogens* est affecté, non seulement l'État de la nationalité mais tous les États ont le droit et le devoir de protéger l'individu.

72. Le paragraphe 3 de l'article 4 dispose que « les États ont l'obligation de prévoir dans leur droit interne l'exercice de ce droit » de l'individu. Là aussi, le Rapporteur spécial envisage la question dans le contexte des droits de l'homme, à savoir qu'il y a obligation de l'État et droit de l'individu. Il devrait néanmoins être envisagé du point de vue de la protection diplomatique : le droit de l'État, un droit discrétionnaire, de protéger ses nationaux en cas de préjudice.

73. Le rapport contient tellement d'idées intéressantes que M. Sreenivasa Rao ne peut pas se pencher sur toutes. La mention même du *jus cogens* dans le contexte de la protection diplomatique est si intrigante qu'il est frustrant que seul un bref passage y soit consacré (par. 89) et qu'aucune explication ne soit donnée quant aux types de droits relevant du *jus cogens* qui sont visés. Si l'on conserve l'article 4, il doit être considérablement explicité et étoffé.

74. Une autre question intéressante est la mesure dans laquelle l'individu peut formuler ses prétentions en même temps que le droit à la protection diplomatique est exercé. Le moment précis auquel l'État doit exercer la protection diplomatique et, s'il l'exerce, la mesure dans laquelle l'individu demeure un protagoniste dans l'affaire doivent assurément être examinés d'une manière plus approfondie. Selon le projet de convention de la faculté de droit de l'Université Harvard sur la responsabilité internationale pour les dommages causés aux étrangers[12], la réclamation de l'État doit avoir priorité. Cela signifie-t-il que la réclamation du national ne doit plus être prise en considération ou, si elle l'est, qu'elle ne sera plus au centre du règlement ? Là encore, la relation entre les deux réclamations susceptibles d'être formulées concurremment n'est pas claire – en particulier quand l'État qui doit instruire ces réclamations doit aussi les régler. Il faut élaborer des principes sur ces questions, qui font légitimement partie de l'exercice de la protection diplomatique.

75. Bien que tenté par la proposition de M. Candioti concernant l'article 2, M. Sreenivasa Rao partage le sentiment général, à savoir que cet article doit être supprimé, tout comme l'article 4. M. Sreenivasa Rao n'a pas d'idées bien arrêtées sur le point de savoir si les autres projets d'articles doivent être renvoyés au Comité de rédaction ou laissés en l'état en attendant la suite des travaux du

[12] Reproduit dans L. B. Sohn et R. R. Baxter, "Responsibility of States for injuries to the economic interests of aliens", *American Journal of International Law* (Washington), vol. 55, juillet 1961, p. 548.

Rapporteur spécial. Il remercie celui-ci d'avoir donné à la Commission l'occasion de se pencher sur un problème dont il est souvent tacitement pris acte mais qui n'est jamais examiné en profondeur.

76. M. LUKASHUK dit qu'il n'y a qu'un point sur lequel il souhaite reprendre M. Sreenivasa Rao, bien que celui-ci ne se soit pas à cet égard exprimé catégoriquement mais ait posé une question. Selon le projet d'articles, seuls les faits internationalement illicites peuvent justifier l'exercice de la protection diplomatique, mais M. Sreenivasa Rao s'est demandé si les violations du droit interne pouvaient aussi le faire. Pour M. Lukashuk, si les règles du droit international ne sont pas violées, il ne peut y avoir exercice de la protection diplomatique. La solution contraire serait irréaliste et inacceptable : les gouvernements étrangers seraient alors en mesure de contrôler l'application des lois dans d'autres États. Par exemple, un gouvernement étranger pourrait intervenir si dans un pays donné la police imposait des amendes excessivement lourdes.

77. M. Sreenivasa Rao s'est aussi enquis de la distinction entre préjudice licite et préjudice illicite. Pour parler simplement, si M. Sreenivasa Rao se fait opérer de l'appendicite, il s'agit d'un préjudice licite, alors que s'il est poignardé, le préjudice sera illicite.

78. M. HAFNER dit qu'il va s'efforcer de répondre à M. Sreenivasa Rao, bien qu'il se voie lui-même comme quelqu'un qui pose des questions complexes et non qui y répond. S'agissant de la définition du préjudice, il semble que, de l'avis général, le libellé de l'article premier doive être amélioré, car ce sont assurément les préjudices au regard du droit international et non au regard du droit interne dont il est question. Quant à savoir si la violation du droit interne fait naître pour un État le droit d'exercer la protection diplomatique, M. Hafner est d'accord avec M. Lukashuk mais pense qu'on peut parvenir à un compromis, dans la mesure où une violation du droit interne peut entraîner le déni des garanties d'une procédure régulière. Si le droit interne est violé vis-à-vis d'un étranger, par exemple, et qu'aucune réparation n'est accordée par les tribunaux internes, cela devrait constituer un préjudice au regard du droit international. Toutefois, M. Hafner hésite à se lancer dans la définition du préjudice en droit international dans le contexte de la protection diplomatique, car l'on pourrait en discuter à l'infini.

79. M. Sreenivasa Rao a déclaré que la protection diplomatique doit être vue comme un droit à l'article premier, et il est d'accord. M. Sreenivasa Rao a toutefois aussi déclaré que l'élément discrétionnaire devait être présent. Or, si la protection diplomatique est vue comme un droit, l'existence d'un pouvoir discrétionnaire ne constitue-t-elle pas une conséquence automatique ? Il n'est nul besoin de souligner le caractère discrétionnaire d'un droit.

80. M. PELLET, se référant aux observations de M. Hafner, dit qu'en matière de protection diplomatique le problème général n'est pas le non-respect des garanties d'une procédure régulière, ce qui constitue à l'évidence un fait internationalement illicite susceptible de donner lieu à l'exercice de la protection diplomatique, mais l'épuisement des recours internes, qui constitue un problème plus large que le déni des garanties d'une procédure régulière. La protection diplomatique peut être exercée même en l'absence de non-respect des garanties d'une procédure régulière et s'attacher au déni de justice ferait intervenir des règles primaires.

81. L'élément « discrétionnaire » dans le droit de la protection diplomatique risque de poser certains problèmes dans le contexte du droit français. Il ne s'agit pas d'un pouvoir arbitraire. « Pouvoir discrétionnaire » signifie normalement que l'on peut faire un choix entre un large éventail de possibilités, mais que ce choix doit être fait conformément au droit. Cela est à la base de la différence entre un État respectueux du droit et un État dictatorial. En droit français, pourtant, – il s'agit d'un des derniers vestiges de l'autorité absolue dont était investi le roi – l'État a des pouvoirs arbitraires, non discrétionnaires, dans toutes les décisions concernant l'exercice de la protection diplomatique. Ces décisions ne sont en aucune manière soumises au contrôle judiciaire, et l'État n'est limité par aucune règle quelle qu'elle soit. M. Pellet n'en est pas fier, car cela place la France à l'opposé des pays d'Europe orientale dans lesquels, apparemment, l'exercice de la protection diplomatique est plus ou moins obligatoire.

82. M. GAJA note que certains membres ont dit qu'il fallait établir un lien entre responsabilité internationale et protection diplomatique. Ce lien ne doit pas nécessairement être compris comme faisant de l'existence d'un fait illicite une condition de l'exercice de la protection diplomatique. La protection diplomatique a trait à un fait internationalement illicite et peut aussi être utilisée pour empêcher la commission d'un fait illicite. Si ses nationaux risquent d'être torturés dans un pays étranger, un État a tout intérêt à mener une action diplomatique et à présenter une réclamation pour éviter les tortures et la violation d'une obligation.

83. M. GOCO, se référant au terme « discrétionnaire », dit que dans l'affaire *Mavrommatis*, la CPJI emploie le terme « habilité », ce qui implique qu'un droit est en jeu mais que l'on peut renoncer à ce droit ou qu'un État peut décider de ne pas l'invoquer. En d'autres termes, cette décision accorde à l'État un pouvoir discrétionnaire dans l'exercice du droit de protection diplomatique.

84. M. Sreenivasa RAO se félicite de la manière dont M. Hafner a répondu à la question posée par M. Lukashuk en ce qui concerne le préjudice. Assurément, les amendes de faible montant ne sont pas ce qu'on entend par préjudice au niveau interne. Certains droits sont accordés aux étrangers par le droit interne, et si ces droits ne peuvent être défendus dans le cadre du droit interne, alors il y a déni de justice. M. Gaja a complété le raisonnement de M. Sreenivasa Rao lorsqu'il a dit qu'il ne fallait pas lier l'exercice de la protection diplomatique si totalement et exclusivement à la responsabilité des États, parce que la protection diplomatique est un instrument que les États utilisent souvent pour prévenir des faits illicites. D'une manière générale, les États interagissent de diverses manières à un niveau officieux avant de présenter des réclamations officielles. La protection diplomatique est donc une chose au niveau officiel et autre chose au niveau officieux.

*La séance est levée à 13 h 5.*

---