

Document:-
A/CN.4/SR.2792

Compte rendu analytique de la 2792e séance

sujet:
<plusieurs des sujets>

Extrait de l'Annuaire de la Commission du droit international:-
2004, vol. I

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

2792^e SÉANCE

Mardi 4 mai 2004, à 10 heures

Président: M. Teodor Viorel MELESCANU

Présents: M. Addo, M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Dugard, M. Economides, Mme Escameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kabatsi, M. Kemicha, M. Kolodkin, M. Koskenniemi, M. Mansfield, M. Matheson, M. Momtaz, M. Niehaus, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Sepúlveda, Mme Xue, M. Yamada.

Élection du bureau (*fin*)

M. Rodríguez Cedeño est élu président du Comité de rédaction par acclamation.

Protection diplomatique¹ (*suite*) [A/CN.4/537, sect. B, A/CN.4/538², A/CN.4/L.647 et Add.1]

[Point 3 de l'ordre du jour]

CINQUIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*suite*)

1. M. BROWNLIE dit que les «propositions négatives» du Rapporteur spécial, c'est-à-dire les sujets qu'il propose d'écarter, posent des problèmes de chevauchement, de délimitation, de frontières juridiques, qu'il est extrêmement difficile de résoudre. Le premier de ces sujets est celui de la protection exercée par un État ou une organisation internationale administrant un territoire, dont le Rapporteur spécial rappelle à juste titre que la Commission était convenue en 2002 de ne pas l'examiner dans le contexte de l'occupation militaire. Dans son rapport (A/CN.4/538), le Rapporteur spécial donne des exemples de tels cas de protection (protectorats, territoires sous mandat, territoires sous tutelle), mais indique que cette pratique est limitée. Il n'y aurait donc pas là matière suffisante à codification ou à développement progressif du droit. Pour sa part, M. Brownlie convient avec M. Pellet qu'il ne suffit pas de dire que la pratique est limitée pour écarter un sujet. Il croit comprendre que l'un des critères de sélection des sujets à inclure pour un traitement futur dans le programme à long terme a toujours été qu'il ne devait pas y avoir une absence totale de pratique. Mais il n'est pas certain que ce soit un principe d'application constante et ce n'est pas le fait que la pratique soit limitée qui le dérange particulièrement. Son objection à l'inclusion de ce sujet tient à des raisons de pure politique qui militent contre les propositions d'exercice de la protection diplomatique par une puissance administrante. La principale est qu'il existe une grande variété de régimes de transition. Bien évidemment, certains de ces régimes sont nécessaires et salutaires. D'autres, cependant, délibérément provisoires de par leur nature même, reposent sur des fondements juridiques que l'on peut mettre en question ou fonctionnent selon des modalités que l'on peut juger problématiques. Accorder aux personnes vivant sous ces régimes la protection diplomatique par analogie, pour ainsi dire, risquerait de conférer à certains de ces régimes un degré de légitimité plus élevé que cela ne serait justifiable. Sans compter qu'il est difficile, voire impossible, de dégager une communauté de situations de l'extrême diversité des régimes en cause.

¹ Pour le texte des projets d'articles 1 à 10 adoptés à titre provisoire par la Commission à ses cinquante-quatrième et cinquante-cinquième sessions, voir *Annuaire... 2003*, vol. II (2^e partie), par. 152.

² Reproduit dans *Annuaire... 2004*, vol. II (1^{re} partie).

2. Quant à la seconde «proposition négative» du Rapporteur spécial, soit la délégation du droit d'exercer la protection diplomatique et la cession de réclamation, elle ne pose pas à M. Brownlie de problème particulier. Il pense qu'on pourrait en traiter et n'y voit pas une zone grise, mais plutôt un corollaire des problèmes que la Commission a déjà étudiés.

3. Mme ESCARAMEIA estime que trop de questions ont été rassemblées sous le point «Protection exercée par un État ou une organisation internationale administrant un territoire». Les raisons de les inclure ou de les exclure sont elles-mêmes très diverses. La distinction entre «administration», «contrôle» et «occupation» n'est pas claire. On peut comprendre que l'inclusion du droit de protection diplomatique dans le contexte de l'occupation militaire relève de la Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre et du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II), mais d'un autre côté ces deux instruments ne traitent pas directement de la protection diplomatique, et la jurisprudence en la matière est bien maigre, deux affaires seulement étant citées. Toutefois, pour des raisons politiques, Mme Escarameia souscrit elle aussi à l'idée qu'il vaut mieux ne pas s'aventurer dans le domaine des territoires sous occupation militaire. Elle comprend à cet égard que le Rapporteur spécial veuille achever ses travaux avant la fin du quinquennat en cours, car il serait bon pour l'image institutionnelle de la CDI que celle-ci ait un ensemble d'articles définitifs à présenter à la Sixième Commission. Elle pense également que c'est un domaine très difficile qu'il vaut mieux laisser de côté.

4. Pour ce qui concerne les territoires administrés, là aussi les situations sont très diverses. Le Rapporteur spécial présente le cas des territoires administrés par un État (protectorats, territoires sous mandat, territoires sous tutelle) comme relevant le plus souvent d'une situation historique. Mais il existe des exemples bien plus récents. Si un territoire est administré par un État qui octroie sa nationalité à ses habitants, il est difficile de dire que ceux-ci ne peuvent bénéficier de la protection diplomatique de cet État. Ainsi, les habitants de Macao avaient la nationalité portugaise et le Portugal considérait qu'il avait le droit de leur accorder la protection diplomatique. Il est même allé jusqu'à prendre fait et cause pour une citoyenne de Macao qui avait été condamnée à mort sous l'accusation d'avoir fait transiter de la drogue par Singapour et si ses démarches auprès du Gouvernement singapourien ne constituaient pas une protection diplomatique proprement dite, le Gouvernement portugais avait le fort sentiment que parce que les habitants de Macao étaient des citoyens portugais, il lui incombait de les défendre. La situation des habitants de territoires administrés n'est peut-être donc pas seulement une question historique. Cependant, Mme Escarameia ne pense pas qu'il faille l'examiner, car elle est très compliquée et très diverse.

5. La question des territoires administrés par des organisations internationales est beaucoup plus préoccupante. Ce genre de situation est de plus en plus répandu. La raison pour laquelle il convient d'accorder le droit de protection diplomatique aux organisations est, comme l'a noté M. Pellet, que cela répond tout d'abord aux besoins réels de personnes en situation de détresse, souvent apatrides. Tel était le cas, par exemple, des habitants du Timor oriental lorsque l'ONU l'administrait. Le Portugal leur avait accordé sa nationalité pendant toute la période de l'occupation indonésienne, mais cela avait été contesté par plusieurs autres pays et, dès lors que l'administration de l'ONU avait pris le relais, il était encore plus difficile de dire que le Portugal exerçait la protection diplomatique dans ce territoire. C'est pourquoi il aurait été très bon que ses habitants puissent bénéficier de la protection diplomatique de l'Organisation qui s'occupait effectivement d'eux et administrait leur territoire.

6. Par ailleurs, l'idée qu'une pratique insuffisante empêche de développer progressivement le droit international est difficile à admettre, car c'est précisément dans cette situation qu'il y a un besoin. Lorsque la pratique établie est abondante, il n'y a plus qu'à la codifier. Telle est précisément la différence entre codification et développement progressif. Quant à l'argument donné à la fin du paragraphe 6 du rapport du Rapporteur spécial selon lequel il s'agit d'une forme de

protection fonctionnelle, il est pour le moins surprenant. Pour Mme Escarameia, protection diplomatique et protection fonctionnelle sont deux choses complètement différentes. La protection fonctionnelle a trait à la réparation des dommages subis par les agents d'une organisation internationale. Les habitants de territoires placés sous l'administration de l'ONU ne sont pas des agents de l'ONU. Essentiellement, ce sont des personnes qui sont tout simplement administrées par l'ONU, si bien que l'on peut les considérer comme des «citoyens» ou des «nationaux» de l'ONU, mais certainement pas comme des agents de l'Organisation. Un autre argument invoqué est que ce sujet pourrait être traité dans le contexte de la responsabilité internationale des organisations internationales. Mais là n'est pas la question. Il faut au contraire donner à l'organisation internationale le droit d'agir si une autre entité, un État, a lésé un particulier. En réalité, le sujet se prête bien à un développement progressif. Il s'agit d'autoriser dans certaines circonstances les organisations qui administrent des territoires à représenter en termes de protection diplomatique les habitants de ces territoires.

7. En ce qui concerne la délégation du droit d'exercer la protection diplomatique et la cession de réclamation, Mme Escarameia convient avec le Rapporteur spécial qu'il vaut mieux ne pas codifier ce domaine très difficile. Là encore, pour des raisons politiques, parce que l'exemple de l'Union européenne est très convaincant et que l'on est dans ce cas en présence d'une situation en évolution constante, qu'il faudra sans doute traiter dans l'avenir, mais qu'il vaut mieux pour l'instant laisser de côté. La cession de réclamation est également un sujet qu'il vaut mieux ne pas aborder dans le détail, mais peut-être serait-il bon de prévoir un projet d'article qui mettrait l'accent sur la nécessité d'appliquer le principe de la continuité de la nationalité.

8. M. MATHESON estime que le Rapporteur spécial a raison de dire que l'on ne doit ménager aucun effort pour achever la première lecture des projets d'articles sur la protection diplomatique à la session en cours pour pouvoir achever les travaux sur ce sujet avant la fin du quinquennat. Il s'ensuit qu'il faut prendre garde à ne pas élargir la portée des questions dont la Commission traitera au stade actuel de ses travaux. Elle devrait se limiter à celles qui relèvent clairement de la protection diplomatique et pour lesquelles il existe une pratique étatique suffisamment claire sur laquelle s'appuyer. M. Matheson souscrit aux conclusions du Rapporteur spécial selon lesquelles la Commission ne devrait pas tenter de traiter dans le projet d'articles à l'étude des questions telles que celles de la protection exercée par une organisation internationale et de la cession du droit de protection diplomatique, car ce ne sont ni des questions simples ni des questions pour lesquelles on dispose d'une pratique étatique claire. Comme l'a souligné M. Brownlie, la Commission aurait à examiner de quelle façon la protection diplomatique peut s'exercer dans des situations extrêmement diverses. À l'évidence, les droits et fonctions d'une puissance occupante diffèrent de ceux d'un organisme administratif international et les droits et fonctions d'un tel organisme administratif dépendraient fortement du mandat qui lui serait donné dans chaque cas particulier. Certains régimes ne sont que des structures provisoires destinées à préserver le statu quo pendant une brève période. D'autres ont une plus grande envergure et sont conçus pour le long terme. La Commission devrait alors déterminer si la protection diplomatique convient dans chaque cas, par exemple si la puissance occupante ou l'administration internationale est habilitée à exercer une protection au profit des habitants d'un territoire, ou à régler ou abandonner leurs réclamations, sans leur consentement. Comme le Rapporteur spécial, M. Matheson pense qu'il serait plus prudent, pour tenter de résoudre ces questions, d'attendre que la pratique des États soit plus fournie. De même, la doctrine des «mains propres» est une question dont la portée dépasse celle de la protection diplomatique et qui n'a donc pas sa place dans les travaux en cours.

9. M. PELLET demande à M. Matheson et aux autres membres de la Commission pourquoi celle-ci devrait s'abstenir d'aborder un problème sous prétexte qu'il est difficile et pourquoi elle devrait s'abstenir de traiter un sujet sous prétexte que la pratique est rare et incertaine, alors que le travail de la Commission est de développer progressivement le droit international.

10. M. Sreenivasa RAO dit que sa réaction initiale aux remarques d'introduction du Rapporteur spécial est de se rallier à ses recommandations tendant à ce que certaines questions qui n'entrent pas franchement dans le cadre du principal sujet et pour lesquelles, d'ailleurs, les États n'ont guère manifesté d'enthousiasme, ne soient pas examinées par la Commission au stade actuel de ses travaux. Elle risque en effet de s'égarer et de finir par examiner un sujet complètement différent des considérations qui l'occupent actuellement. Pour toutes les raisons déjà exposées par M. Brownlie, M. Matheson et Mme Escarameia, le mieux pour la Commission est de faire preuve de retenue et de ne pas dévier de la ligne qu'elle s'est fixée. Pour répondre à M. Pellet, si des questions difficiles se posent dans le cadre de cette ligne principale, bien entendu la Commission ne devrait pas se dérober. Mais s'écarter de cette ligne l'amènerait à consacrer beaucoup plus de temps à ses travaux, et elle devrait peut-être même avoir pour cela un mandat différent. C'est pourquoi M. Sreenivasa Rao fait confiance à l'instinct du Rapporteur spécial et, vu l'absence de pratique en la matière, se range à ses recommandations.

11. M. MATHESON répond à M. Pellet qu'il ne s'agit pas de toujours éviter les questions difficiles ni nécessairement d'éviter les sujets pour lesquels il n'existe pas de pratique des États. Simplement, dans ce cas particulier, la Commission a déjà fait un long chemin vers l'achèvement de ses travaux. Il importe d'aller jusqu'au bout, au moins pour ce qui est de la première lecture des projets d'articles durant la session en cours, et pour cela de ne pas aborder des sujets périphériques qui peuvent être intéressants, mais ne sont pas essentiels au sujet à l'examen. Et s'il n'y a pas de pratique établie, peut-être serait-il plus prudent d'attendre qu'une pratique se développe. Tel est clairement le cas en ce qui concerne les États ou les organisations internationales susceptibles d'administrer des territoires, où la pratique des États ne fait que commencer à se développer.

12. M. KOSKENNIEMI, se référant aux deux questions qui, selon le Rapporteur spécial, sont à exclure de l'étude, à savoir la protection des habitants d'un territoire administré et la délégation du droit d'exercer la protection diplomatique, estime que la difficulté du problème ou l'insuffisance de la pratique des États en la matière ne sont pas des raisons suffisantes pour s'abstenir de les examiner. En ce qui concerne le premier point, il considère comme Mme Escarameia que l'occupation militaire et l'administration par une organisation internationale sont deux situations complètement différentes. Le cas de l'occupation militaire ne doit pas être inclus dans l'étude, car cela entraînerait des difficultés, non pas techniques, mais politiques, et n'aboutirait qu'à un enlisement des débats, notamment parce que le caractère légitime ou illégitime de l'occupation ne peut pas être sans incidences sur l'existence du droit à la protection diplomatique. Par contre, dans le cas de l'administration d'un territoire par une organisation internationale, la question de la légitimité de la situation ne se pose pas; par ailleurs, ce type de situation continuera à exister et, dans certains cas, les droits des individus peuvent être lésés.

13. S'agissant de la délégation du droit d'exercer la protection diplomatique, M. Koskenniemi fait observer qu'il s'agit là d'une pratique effective et cite l'exemple de la Finlande, fréquemment appelée à représenter des pays en conflit avec d'autres. Il lui semble justifié de prendre en compte cette pratique, qui ne donne pas lieu à controverses, dans le cadre de l'étude de la protection diplomatique sans pour autant prolonger excessivement le débat. Il serait bon de l'encourager, ou du moins de reconnaître sa légitimité; si la Commission s'abstenait de la codifier, elle mettrait en difficulté les pays qui acceptent de telles délégations. Il serait par ailleurs utile de réaffirmer la nécessité du consentement de l'État sur le territoire duquel s'exerce cette protection.

14. Mme XUE demande à M. Koskenniemi si, dans les exemples de délégations qu'il a à l'esprit à propos de la Finlande, il s'agit bien de protection diplomatique au sens où l'entend le rapport ou simplement de la représentation d'un pays, en vue de la protection de ses intérêts, par la mission diplomatique d'un autre pays, par exemple après rupture des relations diplomatiques avec un pays tiers.

15. M. KOSKENNIEMI répond qu'il ne peut à brûle-pourpoint citer d'exemples précis, mais qu'il lui semble que certaines des affaires impliquaient une véritable protection diplomatique.

16. M. Sreenivasa RAO dit que la représentation des intérêts d'un État par un autre dans le cas de rupture de relations diplomatiques est une pratique courante, bien distincte de l'exercice de la protection diplomatique par lequel un État prend à son propre compte la réclamation d'un individu, allant si nécessaire jusqu'à la procédure de règlement des différends. Dans ce cadre-là, la pratique de la délégation n'existe pas et donc, cette question ne doit pas être incluse dans l'étude de la Commission.

17. M. MANSFIELD rappelle que, au moment de l'examen des premiers rapports sur le sujet, il était favorable, dans l'intérêt des petits États, à l'idée de délégation du droit d'exercer la protection diplomatique. Toutefois, après réflexion, il ne connaît pas de cas où un État aurait présenté une réclamation officielle au nom d'un autre État en vertu d'une délégation. C'est pourquoi il est favorable à une clause de sauvegarde qui mentionnerait la possibilité d'une protection diplomatique par délégation et affirmerait la nécessité du consentement de l'État contre lequel ce droit est exercé, mais reste convaincu que la question de la délégation n'entre pas dans le champ de l'étude en cours.

18. M. CHEE souligne l'importance de distinguer la protection diplomatique accordée par un État de celle accordée par une organisation. D'un point de vue historique, lorsque les organisations internationales ont été créées, elles ont reçu mandat d'administrer certains territoires; à présent, elles remplissent différentes fonctions en vertu desquelles elles pourraient exercer la protection diplomatique, par exemple en tant qu'autorités transitoires ou lors d'opérations de maintien de la paix. En tout état de cause, il faut établir une distinction entre les situations d'occupation militaire d'un territoire et les situations d'administration d'un territoire par une organisation internationale.

19. M. CANDIOTI se déclare favorable à l'exclusion du champ de l'étude des deux sujets mentionnés, dans la mesure où leur prise en compte conduirait la Commission à s'écarter de la définition de la protection diplomatique énoncée à l'article premier du projet d'articles et adoptée à titre provisoire, à savoir «le recours à une action diplomatique ou à d'autres moyens de règlement pacifique par un État qui prend fait et cause, en son nom propre, pour l'un de ses nationaux à raison d'un préjudice subi par ce dernier découlant d'un fait internationalement illicite d'un autre État»³. La protection diplomatique ne peut être exercée au bénéfice de non-nationaux que dans le cas prévu au paragraphe 2 de l'article premier, qui concerne les apatrides et les réfugiés. Pour envisager la protection par un État ou une organisation administrant un territoire, qui de toute évidence s'exercera au bénéfice de non-nationaux, il faudrait modifier également ce paragraphe. S'agissant de la délégation du droit d'exercer la protection diplomatique, cette situation peut exister, mais elle est distincte de celle où un État représente un autre État après la rupture de relations diplomatiques. Un État peut déléguer à un autre État tel ou tel droit, mais il s'agit d'une question annexe qui pourrait faire l'objet d'une clause «sans préjudice» ou d'une clause finale. M. Candiotti appuie la position du Rapporteur spécial sur ce point.

20. M. KOSKENNIEMI, répondant à la question de Mme Xue, explique que pour des raisons financières et pratiques, les pays nordiques ont coutume de combiner leurs représentations, sous réserve du consentement de l'État sur le territoire duquel celles-ci s'exercent. Il estime que, dans le cadre de cette coopération informelle, la possibilité d'une réclamation officielle au titre de la protection diplomatique en cas d'acte illicite d'un État n'est nullement à exclure. Une telle démarche, conformément aux principes de la protection diplomatique, relève cependant du pouvoir discrétionnaire de l'État délégataire. L'existence de cette possibilité devrait être reconnue, avec une clause affirmant la nécessité du consentement de l'État sur le territoire duquel la protection s'exerce.

³ Voir *supra* note 1.

21. M. GALICKI appuie la position du Rapporteur spécial et de M. Candioti. Il rappelle que l'article premier du projet d'articles définit clairement les bases de la protection diplomatique en posant la nécessité d'un lien entre l'État et son national. Il existe des exceptions, mais qui se limitent au cas où cette faculté de l'État de nationalité ne peut être exercée, soit à l'égard de réfugiés ou d'apatrides. L'éventualité d'une délégation semble peu probable, car il faut le consentement de trois États, à savoir l'État de nationalité de la personne lésée, l'État appelé à représenter celui-ci, et surtout l'État dans lequel la protection diplomatique devra s'exercer. Le consentement de ce dernier sera très difficile à obtenir, et à cet égard l'article 8 c du Traité de Maastricht paraît peu réaliste. C'est pourquoi M. Galicki juge préférable de ne pas inclure cette question de la délégation dans l'étude.

22. M. KABATSI dit qu'il s'est interrogé, après avoir entendu les différents orateurs, sur l'opportunité d'inclure dans l'étude certains aspects que le Rapporteur spécial a jugés étrangers au sujet. En ce qui concerne la situation d'occupation militaire, il lui paraît légitime de laisser cette question de côté, même si, dans le cas d'une occupation de longue durée et peu conflictuelle, l'exercice de la protection diplomatique par la puissance occupante serait envisageable. L'exercice de la protection diplomatique par une organisation internationale lui paraît également envisageable; on peut imaginer que l'organisation chargée d'administrer un territoire prenne en charge toutes les charges que cela suppose. Toutefois, M. Kabatsi estime avec MM. Sreenivasa Rao et Candioti que ces aspects n'entrent pas dans le cadre du thème central de l'étude.

23. M. ECONOMIDES dit que, à son sens, il faut veiller à ne pas confondre la protection diplomatique, telle que l'exercent au quotidien les ambassades et les consulats, qui est prévue par la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques et la Convention de Vienne sur les relations consulaires, et la protection diplomatique qui est régie par le droit international coutumier. C'est bien évidemment la seconde qui intéresse la Commission dans le cadre de l'étude en cours. Or, la pratique des États scandinaves décrite par M. Koskenniemi concerne la protection de la première catégorie; en effet, il imagine mal comment la Finlande, par exemple, pourrait prendre fait et cause pour un Norvégien et porter l'affaire devant la CIJ. La disposition du Traité de Maastricht citée par le Rapporteur spécial dans son rapport relève elle aussi de cette catégorie de protection. Il importe, selon M. Economides, d'éviter la confusion entre les deux types de protection diplomatique.

24. M. SEPÚLVEDA dit qu'il a deux questions à poser au Rapporteur spécial. La première concerne le cas des habitants de territoires soumis à une occupation militaire, qui est évoqué au paragraphe 5 du rapport. M. Sepúlveda pense, par exemple, au cas des détenus de Guantanamo où une des puissances occupantes exerce sa protection diplomatique au bénéfice de ses nationaux détenus par une autre puissance occupante. Dans un tel contexte, il se peut aussi que des puissances non occupantes engagent une action de protection diplomatique au bénéfice de leurs nationaux. Il faudrait peut-être se demander si cette question, étant donné son actualité, ne mériterait pas de faire partie de l'étude.

25. La seconde question a trait à la cession de réclamation, qui fait l'objet du paragraphe 10 du rapport. Le Rapporteur spécial a beaucoup insisté sur la notion de nationalité. Il indique d'ailleurs au paragraphe 13 de son rapport que la cession de réclamation est régie par la règle de la continuité de la nationalité et qu'il n'est donc nul besoin d'envisager de codifier davantage le sujet. Or, de l'avis de M. Sepúlveda, cette règle ne suffit pas à fonder juridiquement la cession de réclamation. Même si la Commission a décidé de ne pas inclure cette question dans l'étude, il faudrait quand même essayer de trouver une explication qui repose sur un élément juridique plus fort que la simple notion de nationalité continue.

26. M. DUGARD (Rapporteur spécial), répondant à la première question de M. Sepúlveda, dit que la situation des détenus de Guantanamo est réglée par le droit coutumier de la protection diplomatique. Il est clair que, dans un tel cas, les États ont la compétence voulue pour exercer leur protection diplomatique à l'égard de leurs nationaux et qu'il n'est nul besoin d'une nouvelle disposition à cet effet.

27. Passant à la seconde question, il maintient que la règle applicable est effectivement celle de la nationalité continue. Cela étant, il reconnaît que, s'il avait été décidé de consacrer une disposition à ce cas de figure, il aurait fallu le justifier par des critères supplémentaires; comme ce n'est pas le cas, il ne lui paraît pas nécessaire d'en discuter plus avant.

28. M. SEPÚLVEDA remercie le Rapporteur spécial, mais note toutefois que, selon le paragraphe 5, le droit de protection diplomatique dans le contexte de l'occupation militaire relève du droit international humanitaire, ce qui ne correspond pas tout à fait à la réponse qu'il a reçue du Rapporteur spécial. Dès lors, il serait peut-être utile de préciser si un cas comme celui des détenus de Guantanamo relève de la protection diplomatique ou du droit international humanitaire.

29. M. PELLET fait observer, au sujet des détenus de Guantanamo, que le fait que le Royaume-Uni, pour ne pas le nommer, est une des puissances occupantes n'influe en rien sur l'exercice de la protection diplomatique. Pour sa part, la France exerce, elle aussi, sa protection diplomatique au profit de ses ressortissants détenus à Guantanamo.

30. Il reconnaît d'autre part que l'idée, émise par M. Economides, qu'un État puisse céder son droit d'introduire une réclamation et que l'affaire puisse ainsi se retrouver devant la CIJ est quelque peu troublante. Cela étant, il s'inscrit résolument en faux contre l'affirmation selon laquelle il existe plusieurs types de protection diplomatique. À son sens, il s'agit plutôt de façons différentes de l'exercer, à savoir par la voie diplomatique ou par la voie judiciaire. On peut imaginer qu'un État puisse céder son mode diplomatique sans céder pour autant son mode judiciaire.

31. S'agissant de l'occupation militaire, il s'inscrit aussi en faux contre l'idée que certaines occupations sont légitimes et d'autres pas. C'est confondre le *jus ad bellum* et le *jus in bello*.

32. Quoi qu'il en soit, comme la Commission a décidé de ne pas inclure dans l'étude le cas des habitants de territoires occupés, la question de la légitimité de l'occupation n'a pas d'importance.

33. M. DUGARD (Rapporteur spécial) présente les articles 23 à 25 qui figurent au paragraphe 14 de son rapport et qui portent sur les questions découlant de la relation entre la protection exercée par une organisation internationale et la protection diplomatique.

34. S'agissant de l'article 23, il commence par établir une distinction entre la protection fonctionnelle qu'offrent les organisations internationales à leurs agents et la protection diplomatique proprement dite. En effet, si ces deux types de protection présentent des similitudes, elles comportent aussi des différences. La protection diplomatique est un mécanisme conçu pour assurer la réparation d'un préjudice causé au national d'un État qui postule qu'un préjudice causé à un national est un préjudice causé à l'État lui-même. La protection fonctionnelle est quant à elle un moyen de promouvoir l'efficacité du fonctionnement d'une organisation internationale en garantissant que ses agents sont respectés. La protection de ses agents par une organisation internationale est donc différente, par sa nature, de la protection diplomatique. De plus, les incertitudes sont si nombreuses concernant cette forme de protection qu'il est difficile de discerner des règles coutumières claires en la matière. C'est pourquoi il semble préférable d'exclure ce sujet de l'étude et de l'indiquer clairement dans une clause de sauvegarde comme celle qui figure à l'article 23. La Commission voudra peut-être donner son avis sur le point de savoir si la protection fonctionnelle relève de l'étude de la responsabilité des organisations internationales.

35. Le projet d'article 24 porte sur le droit de l'État d'exercer sa protection diplomatique contre une organisation internationale. Il s'agit manifestement d'un sujet lié à la protection diplomatique, mais qui semble plutôt relever de l'étude de la responsabilité des organisations internationales, puisqu'il soulève essentiellement des questions d'attribution, de responsabilité et de réparation. De ce fait, M. Dugard serait tout à fait d'accord pour omettre cette disposition.

36. Le projet d'article 25, qui a trait au droit de l'État d'exercer sa protection diplomatique au bénéfice d'un national qui est aussi agent d'une organisation internationale, relève à l'évidence de l'étude en cours. Il s'agit essentiellement de préserver le droit de l'État d'exercer sa propre protection diplomatique, droit qui peut se trouver en concurrence avec le droit de protection fonctionnelle des organisations internationales. La CIJ s'est intéressée à la question dans l'affaire de la *Réparation*, mais n'a pas donné de directives claires quant aux moyens de concilier l'exercice concurrent de la protection fonctionnelle et de la protection diplomatique. Elle a toutefois rappelé qu'il importait que l'État défendeur ne puisse être contraint à payer deux fois la réparation due à raison du dommage.

37. Au paragraphe 25 du rapport, le Rapporteur spécial soulève quatre questions qui méritent d'être examinées dans ce contexte, à savoir la possibilité d'une multiplicité des réclamations; le droit de l'Organisation des Nations Unies de présenter une réclamation au nom d'un agent contre l'État dont cet agent est un national; la question de savoir s'il est possible de distinguer clairement entre protection fonctionnelle et protection diplomatique; et la priorité entre les réclamations. Les deux premiers points ne posent pas de problème sérieux et il n'est donc nul besoin de les mentionner dans un projet d'articles sur la protection diplomatique. Le troisième pose la question des fonctions exercées par les agents d'une organisation internationale qui ouvrent droit à la protection fonctionnelle. Selon la CIJ, l'Organisation des Nations Unies disposerait d'un tel droit lorsqu'un fonctionnaire subit un préjudice dans l'exercice de ses fonctions officielles, mais non dans l'exercice d'une activité privée. Or, la question de savoir quels sont les actes qui relèvent de l'exercice de fonctions officielles est des plus controversées. Étant donné les incertitudes qui entourent le terme «agent» et l'étendue des fonctions officielles, il semble peu judicieux d'élaborer une disposition prévoyant qu'une organisation internationale peut exercer sa protection fonctionnelle à raison des dommages causés à ses agents dans l'exercice de leurs fonctions officielles.

38. En ce qui concerne la nécessité de concilier d'éventuelles réclamations concurrentes, certains auteurs, comme Eagleton, considèrent que la priorité doit être donnée à la protection fonctionnelle lorsqu'elle est en conflit avec la protection diplomatique⁴. Les raisons avancées par Eagleton sont convaincantes, mais il n'est pas sûr que ce raisonnement s'applique à d'autres organisations que l'ONU. De plus, rien dans la pratique ne vient étayer cette position, qui ne laisserait à l'État qu'un droit subsidiaire. La Commission doit donc se prononcer tout d'abord sur l'opportunité d'inclure une disposition relative à la priorité des réclamations. Dans l'affirmative, elle doit encore décider s'il convient de garder le texte entre crochets qui figure au projet d'article 25, auquel cas il appartiendrait aux parties intéressées de trouver des solutions inspirées par la bonne volonté et le bon sens, ou s'il faut au contraire inclure le texte entre crochets, ce qui indiquerait que l'organisation internationale a un droit prioritaire, l'État de nationalité de l'agent n'ayant qu'un droit subsidiaire.

⁴ Voir C. Eagleton, "International organization and the law of responsibility", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1950-I*, p. 361 à 363.

39. Le projet d'article 26 qui suit consiste en une clause de sauvegarde générale sur le droit qu'a un État autre que l'État de nationalité d'une personne lésée d'exercer sa protection diplomatique au profit de cette personne ou le droit d'une personne lésée de présenter elle-même une réclamation. Ce droit est reconnu à l'article 48 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite adopté par la Commission à sa cinquante-troisième session⁵.

40. Le Rapporteur spécial rappelle enfin qu'à la session précédente, il a proposé une clause de sauvegarde sur le droit des sociétés d'invoquer les droits et recours prévus dans les traités bilatéraux d'investissement et a été invité à rédiger une clause générale qui permettrait aussi à des personnes d'invoquer les traités relatifs aux droits de l'homme, d'où la variante proposée pour l'article 21 aux paragraphes 41 à 43 du rapport. Si les membres préfèrent effectivement ce nouveau libellé, ce texte pourrait être renvoyé en l'état au Comité de rédaction qui sera chargé d'examiner l'article 21 à la session en cours.

41. M. GAJA dit que pour analyser les quatre clauses sans préjudice proposées par le Rapporteur spécial, il est nécessaire d'examiner leur rapport avec la portée du projet d'articles. Il rappelle que selon l'article premier du projet, la protection diplomatique consiste dans le recours à une action diplomatique ou à d'autres moyens de règlement pacifique par un État qui prend fait et cause, en son nom propre, pour l'un de ses nationaux à raison d'un préjudice subi par ce dernier découlant d'un fait internationalement illicite d'un autre État. En bref, la protection diplomatique correspond à une action engagée par un État au sujet d'un acte illicite qu'aurait commis un autre État. Or, les deux premières clauses sans préjudice concernent des cas où la protection diplomatique est exercée par une organisation internationale (art. 23) ou contre une organisation internationale (art. 24). Puisqu'elles ne modifient pas la portée du projet d'articles telle qu'elle est définie à l'article premier, ces clauses ne sont pas indispensables.

42. Par ailleurs, la relation entre la protection diplomatique exercée par un État et la protection diplomatique exercée par une organisation internationale ne devrait pas faire l'objet d'une clause sans préjudice telle que celle qui figure au projet d'article 25. M. Gaja partage l'opinion du Rapporteur spécial selon laquelle le libellé du passage entre crochets pourrait être omis, mais souligne que si ce passage était supprimé, le texte reviendrait à appliquer la règle générale et ne pourrait plus être considéré comme une clause sans préjudice. Le projet d'article 25 n'aurait plus aucune raison d'être et devrait lui-même être supprimé. M. Gaja préférerait cette solution, mais si le projet d'article devait être conservé, il faudrait le reformuler de manière qu'il se lise à peu près comme suit: «Un État peut exercer sa protection diplomatique au bénéfice d'un national indépendamment du droit que peut avoir une organisation internationale de protéger la même personne parce qu'elle est un de ses agents».

43. Même si M. Gaja préférerait que le projet d'article 25 soit supprimé, dans le cas contraire, il tient à ce que l'expression «sans préjudice» soit retirée et que le texte indique positivement ce qui découle naturellement du reste du projet d'articles.

44. En revanche, la clause sans préjudice qui figure dans le projet d'article 26 apporte une précision importante. L'ensemble du projet d'articles et, dans une large mesure, la pratique actuelle semblent couvrir également les cas où l'État de nationalité présente une réclamation au nom d'un national pour violation des droits de l'homme. En tout cas, l'article premier ne semble pas exclure cette possibilité. Or, puisqu'un État autre que l'État de nationalité peut aussi invoquer des droits de l'homme qu'un autre État aurait violés, on doit reconnaître que la protection diplomatique n'est pas seule à entrer en jeu, car n'importe quel autre État peut en faire autant et, de plus, d'autres droits que les droits de l'homme peuvent être en cause.

⁵ *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, par. 76, p. 26 et suiv.

45. Cependant, le libellé du projet d'article 26 n'est pas tout à fait satisfaisant, car il faudrait exprimer plus clairement que le fait qu'un État puisse exercer la protection diplomatique n'exclut pas que d'autres États, ou encore des individus, puissent présenter une réclamation à d'autres titres conformément au droit international. Or, si telle est l'idée que l'on veut transmettre, la variante pour l'article 21 n'est pas la solution, car elle se réfère aux traités relatifs aux droits de l'homme ou, éventuellement, à certains traités d'investissement et ne reflète pas le caractère non exclusif de la protection diplomatique.

46. M. PELLET dit qu'il n'a été que très partiellement convaincu par les explications que le Rapporteur spécial a fournies la veille en réponse à son intervention spontanée. Il a été particulièrement ébranlé par sa réflexion à propos de la protection exercée par une organisation internationale ou un État administrant un territoire. Il est exact que si l'on exclut les questions liées à ce type de situation, le problème est largement obsolète: il n'existe plus de mandat ni de territoires sous tutelle ni, officiellement du moins, de protectorat. Quant au cas de l'occupation militaire, M. Pellet convient que cette hypothèse relève du droit des conflits armés et, à ce titre, n'aurait pas sa place dans le projet d'articles. Cela étant, les territoires non autonomes – expression pudique pour désigner les colonies – demeurent malheureusement une hypothèse qui, pour être limitée, n'en est pas moins concrète. Or, ces territoires, et pas seulement Hong Kong ou Macao jusqu'à une période récente, ont, en vertu de la Charte des Nations Unies, un statut séparé et distinct de celui de l'État qui les administre, et il n'est pas totalement superflu d'indiquer que dans ce type de cas, la puissance administrante peut exercer sa protection diplomatique en faveur des ressortissants de ces territoires. Il faut par contre écarter les territoires contrôlés par des organisations internationales, non pas, comme on l'a dit, parce qu'il s'agit de situations trop diverses ou temporaires ou qu'il n'y a pas suffisamment de pratique – quand bien même il n'y aurait que le Kosovo et le Timor oriental, cela est amplement suffisant – mais parce qu'ils concernent les organisations internationales et qu'il est plus sage de limiter le projet aux États.

47. Quant à la seconde des propositions de mises à l'écart formulées par le Rapporteur spécial, M. Pellet maintient, comme M. Gaja, M. Brownlie et Mme Escameia, qu'elle mériterait d'être traitée dans le projet, ne fût-ce que par un rappel des règles posées aux articles 45 (al. c) et 46 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques. Par ailleurs, s'agissant de la cession des réclamations et de la subrogation, M. Pellet n'a pas d'objection de principe à ce qu'écrit le Rapporteur spécial aux paragraphes 10 à 13 du rapport. Il lui semble simplement que tout ceci concerne des problèmes très concrets qui se posent souvent dans la pratique interétatique et que, pour cette raison, les «évidences» qu'énonce le Rapporteur spécial méritent d'être reflétées dans le projet et, peut-être, précisées. Il s'interroge à cet égard sur un problème particulier. Le Rapporteur spécial se réfère à la règle de la continuité de la nationalité, c'est-à-dire au projet d'article 4 que la Commission a adopté à sa cinquante-quatrième session en 2002⁶. Or, le paragraphe 2 de l'article 4 introduit un important tempérament au principe de la continuité de la nationalité. M. Pellet se demande si l'on ne pourrait pas envisager la possibilité de transposer ce tempérament au cas où la «réclamation» passe à un nouveau titulaire. Il n'est pas du tout certain qu'il faille dans tous les cas exiger la continuité de réclamation et il ne voit a priori aucune raison de le faire si le changement de nationalité de la réclamation à la suite d'une cession est «sans rapport avec le dépôt de la réclamation», pour reprendre les termes du paragraphe 2 du projet d'article 4. En tout état de cause, ce sont là des questions importantes et complexes qui ne peuvent être écartées d'un revers de main.

48. M. Pellet passe ensuite aux deux points qui lui tiennent particulièrement à cœur, à savoir les «mains propres» et les conséquences de la protection diplomatique. L'idée à la base de la règle des «mains propres» est que lorsqu'un sujet du droit international entend mettre en œuvre la responsabilité internationale d'un autre sujet du droit international alors que lui-même a commis, dans le même contexte, une violation du droit, certaines conséquences découlent de cette situation. Néanmoins, et c'est ce qui importe ici, ces conséquences sont très différentes selon qu'on se situe

⁶ Voir *supra* note 1.

dans le cadre des relations d'État à État, c'est-à-dire, dans la terminologie habituelle de la doctrine francophone, dans le cadre de la survenance d'un dommage «immédiat», ou dans le cadre de la protection diplomatique qui, elle, suppose un dommage «médiat». Dans le premier cas, d'une part, les violations croisées du droit ne peuvent être que des violations du droit international, d'autre part, si un État a violé une règle de droit international vis-à-vis d'un autre État dont il estime la responsabilité engagée à son égard, il n'en est pas pour autant empêché de formuler sa réclamation. Sa propre violation n'est ni une cause d'irrecevabilité de la réclamation ni une circonstance excluant l'illicéité.

Organisation des travaux de la session (*suite*)

[Point 1 de l'ordre du jour]

49. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Président du Comité de rédaction) annonce que le Comité de rédaction pour le sujet de la protection diplomatique sera composé des membres suivants: Mme Escameia, Mme Xue, M. Brownlie, M. Addo, M. Candioti, M. Chee, M. Gaja, M. Kabatsi, M. Kolodkin, M. Mansfield, M. Matheson, M. Niehaus et M. Sepúlveda.

La séance est levée à 13 heures.
