

Document:-
A/CN.4/SR.2870

Compte rendu analytique de la 2870e séance

sujet:
Protection diplomatique

Extrait de l'Annuaire de la Commission du droit international:-
2006, vol. I

*Telechargé du site Internet de la Commission du Droit International
(<http://legal.un.org/ilc/>)*

pas sous forme de disposition juridiquement contraignante dans un texte sur la protection diplomatique.

29. Le PRÉSIDENT, intervenant en qualité de membre de la Commission, appuie le paragraphe 2 du projet d'article 20 proposé par le Rapporteur spécial sur le sort des sommes reçues par l'État dans le cadre de l'exercice de la protection diplomatique. Il est opposé à ce que l'on établisse deux textes distincts, au simple prétexte du développement progressif du droit. La question devrait être abordée dans le corps principal du texte lequel, étant donné que l'exercice de la protection diplomatique est un droit discrétionnaire de l'État, devrait se lire comme suit: «... un État ... *peut* remettre cette somme...» Cela étant, si la Commission souhaite insister sur la nécessité de protéger les droits de la victime, alors le texte devrait se lire comme suit: «... un État ... *doit* remettre cette somme...» Des directives précises devraient être données au Comité de rédaction à ce sujet.

La séance est levée à 11 h 15.

2870^e SÉANCE

Jeudi 4 mai 2006, à 10 heures

Président: M. Guillaume PAMBOU-TCHIVOUNDA

Présents: M. Addo, M. Baena Soares, M. Candioti, M. Chee, M. Daoudi, M. Dugard, M. Economides, M^{me} Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kateka, M. Kemicha, M. Kolodkin, M. Mansfield, M. Matheson, M. Momtaz, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M^{me} Xue, M. Yamada.

Protection diplomatique (suite) [A/CN.4/560, sect. D, A/CN.4/561 et Add.1 et 2, A/CN.4/567, A/CN.4/575 et A/CN.4/L.684 et Corr.1]

[Point 2 de l'ordre du jour]

SEPTIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (suite)

1. M. ECONOMIDES remercie le Rapporteur spécial pour la qualité de son travail qui facilite grandement la tâche de la Commission en deuxième lecture.

2. Au paragraphe 6 de son rapport, le Rapporteur spécial souligne que le sort du projet d'articles sur la protection diplomatique est étroitement lié à celui du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite⁴². Il est vrai que ces deux sujets ont des liens particuliers, puisque la condition essentielle pour que la protection diplomatique soit mise en œuvre est la commission d'un fait internationalement illicite de la part d'un État. Cependant, la protection diplomatique est aussi étroitement liée aux droits de l'homme, non pas à l'ensemble de ces droits mais à ceux des personnes

qui, à l'étranger, sont atteintes dans leur personne ou dans leurs biens par un acte illicite d'un État. Enfin, la protection diplomatique conserve des liens traditionnels relativement étroits avec le règlement des différends entre États. Tout cela en fait un sujet suffisamment autonome, doté de règles propres et pouvant être traité, le cas échéant, séparément. La question posée au paragraphe 6 est donc importante et mérite un examen approfondi. En tout état de cause, M. Economides n'accepterait la proposition de relier le projet d'articles sur la protection diplomatique et le projet d'articles sur la responsabilité de l'État que si la Commission recommandait aussi fortement que possible que les deux projets prennent la forme d'un traité international.

3. Au projet d'article premier (Définition et portée), l'expression «action diplomatique» n'est pas définie alors que dans les projets d'articles 14 et 15, par exemple, on utilise d'autres expressions telles que «réclamation internationale» ou, au projet d'article 2, «action en protection diplomatique» (par. 2). Par ailleurs, le libellé de l'article premier risque de donner l'impression que l'action diplomatique est considérée comme un moyen de règlement pacifique, ce qui est faux, puisqu'elle est toujours un acte unilatéral. Le Comité de rédaction devrait donc revoir le libellé de ce projet d'article et, en particulier, l'expression précitée. Quant à la proposition concernant un paragraphe 2 qui porterait sur l'assistance consulaire, M. Economides la juge superflue, car pour lui, il ne peut y avoir de confusion entre la protection diplomatique, qui se situe au niveau de la responsabilité internationale de l'État, et l'assistance consulaire, qui constitue un devoir quotidien et permanent relevant du droit consulaire et, en particulier, des fonctions consulaires, lesquelles sont définies en détail dans des traités bilatéraux et régionaux et, d'une façon plus succincte il est vrai, dans la Convention de Vienne sur les relations consulaires. Cette distinction mérite tout au plus d'être précisée dans le commentaire.

4. Le paragraphe 2 proposé par le Rapporteur spécial pour le projet d'article 2 (Droit d'exercer la protection diplomatique) est une disposition délicate qu'il serait plus sage de ne pas inclure dans le projet. Elle n'est pas nécessaire car elle est sous-entendue pour tous les États qui respectent le principe de la bonne foi. Dans le cas où ce principe ne serait pas respecté, qui se prononcerait sur le point de savoir si une demande de protection diplomatique est formulée en conformité avec le projet d'articles? Il n'a pas été prévu de mécanisme approprié pouvant régler des différends de ce type. Quant à la proposition italienne et celle de M. Pellet – qui va plus loin – en faveur d'une protection diplomatique obligatoire, non seulement pour l'État de nationalité, mais aussi pour d'autres États qui sont habilités à agir pour la défense de l'intérêt collectif dans le cas où des particuliers seraient victimes à l'étranger de violations graves de normes impératives du droit international général (*jus cogens*), elles sont certes louables et dignes d'être soutenues. Cependant, dans l'état actuel du droit international, nul ne peut garantir que ce type de disposition progressiste ne serait pas utilisé de façon abusive dans le but d'exercer une pression indue sur des États faibles. C'est pourquoi, tout en étant d'accord sur le fond, M. Economides juge prématuré d'avancer dans cette voie qui comporte des risques évidents.

⁴² *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 26, par. 76.

5. La règle de la continuité de la nationalité, qui fait l'objet de l'article 5, n'est peut-être pas logique sur le plan juridique, mais elle est sage sur les plans pratique et politique. Elle a d'ailleurs des racines profondes dans la doctrine. M. Economides n'est pas opposé à ce qu'elle soit libellée d'une façon encore plus stricte pour englober toute la période critique depuis le moment du préjudice jusqu'à la présentation officielle de la réclamation et, au-delà de cette dernière, jusqu'au règlement définitif de l'affaire, par sentence ou autrement. Mais, pour les changements de nationalité pouvant intervenir entre la date de la réclamation et celle du règlement définitif, il faudrait prévoir une exception générale en faveur de toutes les personnes qui changent involontairement de nationalité pour une raison sans rapport avec la réclamation. Ces personnes ne doivent pas être privées du bénéfice de la protection diplomatique. M. Economides est par ailleurs d'accord avec M. Galicki pour expliquer, de préférence dans le commentaire, l'expression «État prédécesseur». Il est également favorable au maintien du paragraphe 3 de l'article 5.

6. Les projets d'articles 17 (Actions ou procédures autres que la protection diplomatique) et 18 (Dispositions conventionnelles spéciales) devraient être remplacés par une disposition générale qui pourrait être ainsi libellée: «Les présents articles ont un caractère supplétif et ne s'appliquent pas dans le cas et dans la mesure où une *lex specialis* peut, par une autre action ou procédure que la protection diplomatique, assurer la réparation du préjudice subi en raison d'un fait internationalement illicite.» En effet, il importe d'accorder la priorité, clairement et dans tous les cas, à la *lex specialis*.

7. Enfin, M. Economides soutient pleinement la proposition du Rapporteur spécial tendant à adopter un nouvel article concernant le droit du national lésé à une indemnisation et précise à propos du paragraphe 2 du projet d'article 20 proposé au paragraphe 103 du rapport qu'il préférerait pour sa part que l'on emploie le mot «doit» plutôt que «devrait». Il pense par ailleurs qu'avant d'exercer leur protection diplomatique, les États devraient obtenir le consentement de la personne lésée.

8. M. MOMTAZ remercie le Rapporteur spécial d'avoir analysé les travaux des grands publicistes dont les écrits constituent incontestablement une source, certes subsidiaire, pour la détermination de la règle coutumière que la Commission doit codifier. D'après le Rapporteur spécial, ces ouvrages ont «le mérite de souligner que la protection diplomatique est un instrument qui permet à l'État d'intervenir pour protéger un individu et que l'objectif ultime de la protection diplomatique est la protection des droits de l'homme» (par. 3 du rapport). Cette idée est effectivement défendue par certains des États qui ont bien voulu soumettre des observations à la Commission, et qui l'invitent à accorder une attention plus marquée à la place de l'individu dans la formulation des projets d'article sur la protection diplomatique, notamment, outre les Pays-Bas mentionnés par le Rapporteur spécial, l'Italie et, dans une certaine mesure, l'Autriche. Les affaires portées récemment devant la CIJ, en particulier l'affaire *LaGrand* et l'affaire *Avena*, confirment d'ailleurs que la protection diplomatique et le droit des droits de l'homme se complètent.

9. Certaines dispositions du projet d'articles adopté en première lecture en 2004⁴³ tiennent incontestablement compte de cette évolution du droit international en faveur de la protection de la personne. Il s'agit en premier lieu du projet d'article 7 (Multiple nationalité et réclamation à l'encontre d'un État de nationalité), qui prévoit une exception à la règle interdisant l'exercice de la protection diplomatique par un État à l'encontre d'un État de nationalité. Cette exception, qui compromet, comme le Maroc n'a pas manqué de le relever, le principe de l'égalité souveraine des États, figure incontestablement parmi les règles qui relèvent du développement progressif. En effet, la pratique étatique dans ce domaine est extrêmement rare et le Rapporteur spécial s'est fondé principalement sur la jurisprudence du Tribunal des différends irano-américains pour forger cette exception. Or, on s'accorde généralement à dire que les plaintes déposées devant cette institution ne sauraient relever de la protection diplomatique. Quoi qu'il en soit, le projet d'article 7 a été bien accueilli au titre du développement progressif et l'on ne peut que s'en féliciter, dans la mesure où il s'inscrit dans l'évolution du droit international en faveur de la protection des droits de l'homme.

10. Il en va de même du projet d'article 8 concernant l'exercice de la protection diplomatique en faveur des apatrides et des réfugiés, qui relève également du développement progressif et non de la codification, et qui a été très bien accueilli par les États, et ce malgré les craintes qui avaient été exprimées à la Commission lors de sa rédaction.

11. Cela dit, on peut se demander s'il ne serait pas possible de mettre à profit la deuxième lecture pour renforcer encore cette approche favorable à la protection des droits de l'homme. C'est dans ce contexte que se pose la question de savoir si, en exerçant sa protection diplomatique, l'État fait valoir son propre droit ou bien celui de son ressortissant.

12. Dans son libellé actuel, le projet d'article premier s'entend à l'approche classique fondée sur la jurisprudence de la Cour permanente de justice internationale, notamment dans l'affaire *Mavrommatis*, d'après laquelle l'État qui exerce sa protection diplomatique prend fait et cause «en son nom propre» pour une personne ayant sa nationalité. Il semble que le moment soit venu de mettre un terme à cette fiction juridique élaborée à une époque où l'objectif ultime de la protection diplomatique n'était sans doute pas la protection des droits de l'homme. En précisant dans le projet d'article premier qu'en exerçant sa protection diplomatique, l'État vise à protéger les droits de l'individu lésé par une violation du droit international, on ne ferait qu'adapter le texte du projet à une réalité actuelle que la jurisprudence internationale a confirmée dans les deux arrêts susmentionnés. En revanche, si l'on persiste à préserver la formule *Mavrommatis*, on devra abandonner toute idée d'inclure dans le projet d'articles une disposition ou une recommandation sur le droit du national lésé à une indemnisation. En effet, l'absence d'obligation juridique de l'État qui exerce sa protection diplomatique de payer les sommes perçues au titre de l'indemnisation aux victimes de la violation

⁴³ *Annuaire...* 2004, vol. II (2^e partie), p. 18-20, par. 59.

du droit international pourrait se justifier dans la mesure où l'État prend fait et cause «en son nom propre» pour une personne ayant sa nationalité. M. Momtaz dit qu'il est personnellement favorable à l'inclusion dans le projet d'articles d'une disposition sur la reconnaissance d'un droit à l'indemnisation des personnes lésées par un fait illicite au regard du droit international car il est persuadé qu'une telle disposition serait loin d'être une innovation et serait conforme à une pratique qui semble se confirmer.

13. C'est dans le même esprit, à savoir le renforcement de la protection des droits de l'homme des victimes de faits illicites au regard du droit international, que M. Momtaz aborde la proposition de l'Italie relative au projet d'article 2 d'après laquelle l'État serait juridiquement tenu d'exercer la protection diplomatique en faveur de son national victime d'une violation d'une norme impérative de droit international, au cas où celui-ci n'aurait pas la possibilité de saisir un organe international, juridictionnel ou quasi juridictionnel. Cette proposition mérite d'être étudiée avec la plus grande attention. Le Rapporteur spécial a déjà évoqué plusieurs des dispositions du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, notamment les articles 44 et 48⁴⁴, dans lesquels on peut trouver un argument en sa faveur. M. Momtaz souhaiterait pour sa part insister sur l'article 54⁴⁵, qui prévoit qu'un État autre que l'État lésé par la violation d'une obligation due à la communauté internationale, comme cela est le cas de l'obligation incombant aux États de respecter les normes de *jus cogens*, peut prendre des mesures licites à l'encontre de l'État responsable pour obtenir réparation dans l'intérêt de l'État lésé, plus précisément de ses nationaux. Dans ces conditions, l'État directement lésé qui refuserait d'exercer sa protection diplomatique, quel qu'en soit le motif, serait dans une situation intenable si l'État non directement lésé décidait de mettre à profit la faculté que l'article 54 lui offre de protéger la personne lésée par des moyens autres que la protection diplomatique. La proposition italienne, qui s'inscrit dans cette logique, serait de nature à encourager l'État directement lésé à exercer sa protection diplomatique et éviterait qu'il n'ait à faire face à de telles situations quelque peu embarrassantes. Cette proposition est par ailleurs conforme à l'évolution qui se dessine en droit international pénal en faveur de la lutte contre l'impunité des crimes internationaux ainsi que de la protection des victimes de tels crimes.

14. Enfin, M. Momtaz propose une nouvelle fois, au cas où le projet d'article 19 (Équipage des navires) serait retenu, de le placer après l'article 17. En effet, la possibilité qu'offre l'actuel projet d'article 19 à l'État de nationalité du navire de demander réparation au bénéfice de ses membres d'équipage, quelle que soit leur nationalité, lorsqu'ils ont été lésés par un fait internationalement illicite, s'apparente à une action autre que la protection diplomatique telle que prévue au projet d'article 17. En d'autres termes, la faculté ainsi offerte à l'État du pavillon d'agir en faveur des membres de l'équipage de son navire qui n'ont pas sa nationalité est l'exemple type d'actions autres que la protection diplomatique auxquelles l'article 17 se réfère.

15. M^{me} ESCARAMEIA félicite le Rapporteur spécial pour le travail considérable qu'il a accompli, l'esprit d'indépendance dont il a fait preuve et, bien entendu, la qualité du produit final qu'il a soumis à la Commission.

16. Abordant la question de la «tension» entre les droits de l'homme et les droits de l'État, M^{me} Escarameia se félicite que l'on mette aujourd'hui davantage l'accent sur les droits de l'homme, car ceux-ci ne sont pas une simple section du droit mais bien l'un des piliers, non seulement du droit international, mais aussi des sociétés modernes. On ne peut plus aborder la question de la protection diplomatique comme si elle ne concernait que des États car aujourd'hui on parle de plus en plus des préjudices pouvant être causés à des particuliers ou à des sociétés.

17. M^{me} Escarameia regrette que la Commission n'ait pas abordé des questions qui lui semblaient importantes, notamment la protection diplomatique des personnes vivant sur un territoire administré par une organisation internationale telle que l'ONU. Ces personnes sont actuellement en effet dans une situation semblable à celle des apatrides, car aucun État ne les protège. Or ces situations, qui peuvent se prolonger, vont probablement se multiplier. Il en va de même de la protection diplomatique des entités qui ne sont pas des sociétés, comme les organisations non gouvernementales, les fondations ou les universités. Des règles différentes auraient dû être conçues à leur sujet. M^{me} Escarameia regrette par ailleurs que la Commission ait tendance à codifier de vieux modèles et souhaiterait qu'elle tienne davantage compte des évolutions récentes.

18. Passant au projet d'articles, M^{me} Escarameia dit à propos du paragraphe 1 de l'article premier, tel que modifié par le Rapporteur spécial, qu'elle approuve la proposition italienne de supprimer l'expression «en son nom propre», pour les mêmes raisons que les autres membres de la Commission qui se sont prononcés à ce sujet. Elle appuie par ailleurs la proposition du Rapporteur spécial tendant à insérer au paragraphe 1 une référence aux personnes visées à l'article 8. Pour ce qui est du paragraphe 2, elle craint que le libellé proposé ne suscite davantage de confusion et pense qu'il serait préférable de le supprimer en reléguant la question de l'assistance consulaire dans les commentaires.

19. S'agissant du projet d'article 2, M^{me} Escarameia partage l'avis selon lequel il faudrait inclure l'idée que l'exercice de la protection diplomatique est aussi un devoir de l'État. Le rapport contient plusieurs exemples de décisions d'instances nationales qui vont en ce sens, et la jurisprudence nationale fait partie des sources du droit international. Si cette proposition ne bénéficie pas d'un appui suffisant, l'idée devrait au moins figurer dans les commentaires. Quant au paragraphe 2, qui est superflu et donne en outre l'impression que l'État doit accepter de verser une indemnisation, il est préférable de le supprimer.

20. M^{me} Escarameia approuve les propositions faites par le Rapporteur spécial concernant le projet d'article 3 (Protection par l'État de la nationalité). En ce qui concerne le projet d'article 4 (État de nationalité d'une personne physique) même si elle sait gré au Rapporteur spécial d'avoir intégré dans ses commentaires les critiques qu'elle

⁴⁴ *Annuaire...* 2001, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 29 et 30.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 31.

avait formulées à une session précédente, M^{me} Escarameia n'est toujours pas satisfaite par le nouveau libellé proposé. En effet, il se peut qu'une personne acquière la nationalité d'un État d'une manière reconnue par le droit de cet État mais qui est contraire au droit international, auquel cas elle ne pourrait bénéficier de la protection diplomatique. Tel serait le cas d'une femme qui, en se mariant, perd automatiquement sa nationalité d'origine et acquiert celle de son mari, ce qui n'est certes pas conforme au droit international, ou encore des personnes vivant sur le territoire d'un État envahi illégalement par un autre État et qui se voient contraintes d'adopter la nationalité du second. Ce problème pourrait être réglé en clarifiant le libellé et en précisant que ce qui est parfois illégal, ce n'est pas l'acquisition de la nationalité par l'intéressé mais la situation qui en est à l'origine.

21. Concernant le paragraphe 1 du projet d'article 5 (Continuité de la nationalité), M^{me} Escarameia appuie l'idée de retenir la date de la présentation officielle de la réclamation. S'agissant du paragraphe 2, il se pourrait tout à fait que la personne lésée ait acquis la nationalité de l'État réclamant sans intention frauduleuse, voire de manière involontaire, et il faudrait faire preuve de davantage de souplesse quant à l'État qui peut exercer la protection diplomatique à son égard. La même remarque vaut pour les sociétés, au projet d'article 10.

22. En ce qui concerne l'article 8, M^{me} Escarameia pense, comme MM. Economides et Mansfield, que le critère de la «résidence légale et habituelle» constitue un seuil beaucoup trop élevé; en effet, les réfugiés sont placés dans une situation anormale et sont extrêmement vulnérables, si bien qu'avoir une résidence habituelle dans un autre État peut leur prendre des années, pendant lesquelles ils n'ont pas de protection: ils sont quasiment apatrides puisque leur État d'origine ne va pas les protéger (ce pourquoi ils l'ont fui) et ils ne peuvent bénéficier de la protection de l'État d'accueil. M^{me} Escarameia appuie donc la proposition des pays scandinaves et d'autres pays visant à remplacer «résidence habituelle» par «séjour habituel». De même, la définition du réfugié qui sera retenue ne doit pas être nécessairement celle énoncée à l'article premier de la Convention relative au statut des réfugiés et du Protocole de 1967, qui est trop rigide; il suffit que soit réfugié celui que l'État considère comme tel.

23. La nouvelle version de l'article 9 (État de nationalité d'une société) n'est guère satisfaisante; si deux ou plusieurs États sont habilités à exercer leur protection diplomatique, n'importe lequel d'entre eux doit pouvoir protéger la société. Il n'est guère réaliste de penser qu'une société se constituera dans un État puis établira son siège statutaire dans un autre État et son siège social dans un troisième à la seule fin de bénéficier d'une protection diplomatique multiple, car la protection des sociétés est en général prévue par les traités bilatéraux d'investissement existants. La Commission devrait donc se montrer plus souple en la matière.

24. M^{me} Escarameia regrette que l'article 13 (Autres personnes morales) ne soit pas plus étayé. En ce qui concerne l'article 16 (Exceptions à la règle de l'épuisement des recours internes), dont la version révisée lui convient, elle préfère la première proposition d'alinéa a («les recours

internes n'offrent aucune possibilité raisonnable d'obtenir une mesure de réparation disponible et efficace»). La deuxième rédaction proposée pour l'article 17 au paragraphe 87 du rapport («Le droit des États, des personnes physiques et d'autres entités (...) n'est pas affecté par les présents articles») lui semble préférable et elle approuve l'article 19. Elle appuie en outre sans réserve ce qui pourrait devenir l'article 20 portant sur la question du versement d'une indemnisation aux personnes lésées et pense qu'il faudrait employer «doit» plutôt que «devrait» dans le paragraphe 2 proposé et que l'État devrait avoir l'obligation de consulter le national lésé. Enfin, pour ce qui est de la forme que devrait revêtir le projet d'articles, il ressort clairement des commentaires de la Sixième Commission et des États que ce projet devrait devenir une convention, car la plupart des États sont favorables à cette solution qui garantit davantage de prévisibilité et de certitude.

25. M. PELLET souscrit à la plupart des remarques de M^{me} Escarameia, même s'il ne lui semble pas nécessaire d'élaborer une convention sur la protection diplomatique: le projet sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, par exemple, est largement appliqué en fait par tous les États sans être une convention et il pourrait en aller de même pour celui-ci. En ce qui concerne l'article 4, cependant, il pense, comme la CIJ en a d'ailleurs décidé dans son avis consultatif concernant la *Namibie*, qu'on ne peut pas priver de protection les personnes qui ont été victimes d'une première violence en étant contraintes de changer de nationalité. En effet, le problème n'est pas la régularité de l'acquisition de la nationalité mais le fait que, quand la nationalité a été imposée illicitement, les personnes qui en ont été victimes ne doivent pas être privées de protection: il faut donc inverser assez largement le raisonnement de M^{me} Escarameia.

26. En ce qui concerne la protection des personnes morales, l'article 9 (État de nationalité d'une société) est celui qui soulève le plus de problèmes, d'ailleurs clairement exposés au paragraphe 52 du rapport, et il est indispensable de le revoir en détail. Il faut en premier lieu savoir quel lien ou quels liens doivent exister entre une société et un État pour que cet État puisse exercer sa protection en faveur de celle-là, puis se demander s'il est concevable que deux États, ou davantage, aient vocation à exercer leur protection en faveur d'une même société. Sur la nature du lien de nationalité entre une société et un État, M. Pellet se félicite que certains États aient soulevé la question du lien effectif car il n'a jamais compris pourquoi la Commission s'en était désintéressée. Sans réintroduire le critère du contrôle, comme le suggère l'Autriche, on peut tenter de concrétiser le ou les critères juridiques que la Commission retiendra finalement comme condition(s) de l'exercice de la protection diplomatique en faveur d'une société. M. Pellet est assez séduit à cet égard par la proposition de l'Italie de ne pas prendre en compte le lieu de constitution de la société et de se concentrer sur le siège ou sur la direction, à condition d'ajouter à ces deux possibilités le lieu principal de l'activité de la société. Il conviendrait donc, par souci de réalisme et de clarté, de préciser dans le corps du texte le sens du terme «siège» et de supprimer l'exigence du cumul des deux critères existants – celui de l'incorporation et celui du siège – si on les maintient. La notion de siège est en effet ambiguë

et plurielle: ce peut être le siège statutaire, le siège réel ou le ou les centres principaux d'exploitation. Si l'objectif est de permettre la protection effective de la société, il faut admettre que tous sont valables en tant que critères de rattachement. Le plus important de ces critères, dans une perspective réaliste, est celui que la rédaction actuelle exclut, c'est-à-dire le centre principal d'activités effectives. Par contraste, le lieu de constitution ou d'incorporation de la société est un critère totalement abstrait, qui sert les incorporations de complaisance; cela étant, on ne peut l'écartier sans prendre des libertés par rapport au droit positif. Il serait certainement moins utile de conserver la possibilité de se fonder sur un «lien similaire», expression que critiquent plusieurs gouvernements et qui ouvre la porte à beaucoup d'interprétations subjectives, si on assouplit les critères retenus et notamment si on admet le critère du centre d'activités principal. Il faudrait donc préciser le terme de siège en ayant une conception large, réaliste et fondée sur l'effectivité du fonctionnement de la société. En tout état de cause, il est indispensable de supprimer l'exigence de cumul des critères car il résulte de celle-ci que les sociétés ayant leur siège dans un État différent de celui dans lequel elles ont été constituées n'ont vocation à bénéficier d'aucune protection, si bien que l'on crée de manière abusive et artificielle une catégorie de sociétés «apatrides» auxquelles on ne peut certainement pas étendre, par analogie, les dispositions de l'article 8. Si on remplace «et» par «ou» dans l'article 9, on multiplie au contraire les possibilités (ou les risques) de protection multiple: la fonction de la protection diplomatique étant de renforcer l'efficacité du droit international, on ne peut que se féliciter de ce que plusieurs États contribuent à cette efficacité, car cela constitue un progrès.

27. M. Pellet, qui a toujours soutenu qu'une société pouvait, comme un individu, avoir deux ou plusieurs nationalités, se réjouit de constater que les États sont plus réalistes que la plupart des membres de la Commission, puisqu'ils rappellent que ce phénomène existe dans les faits; il se félicite également que le Rapporteur spécial reconnaisse, au paragraphe 54, que le refus de prendre en considération ce phénomène est «une erreur qui doit être rectifiée». Pour autant, il ne pense pas qu'il faille en déduire qu'en cas de double nationalité ou de nationalité multiple des sociétés, un seul État doit exercer sa protection, comme il résulte du nouveau paragraphe 3 de l'article 9 qui est proposé au paragraphe 55. En effet, l'article 6 (Multiple nationalité et réclamation à l'encontre d'un État tiers) relatif aux personnes physiques n'impose pas une telle restriction et rien ne justifie que l'on adopte une solution différente pour les personnes morales. Rien ne s'oppose à ce que l'on retienne le principe de la nationalité prépondérante, sous réserve que cela ne vise pas à empêcher la multiplication des protections. En résumé, M. Pellet estime qu'il faudrait supprimer le critère de l'établissement au paragraphe 2 de la version révisée de l'article 9. Si toutefois ce critère était maintenu, il faudrait remplacer le mot «établie» par «incorporée» et faire en sorte que les deux critères soient alternatifs, c'est-à-dire remplacer «et» par «ou» dans la version française qui n'est pas conforme à l'original anglais. Le paragraphe 3 devrait en outre être remanié dans la ligne des articles 6 et 7 relatifs aux personnes physiques avec les adaptations nécessaires.

28. En ce qui concerne l'article 10 (Continuité de la nationalité d'une société), M. Pellet estime, contrairement à M. Economides, que le principe de la continuité de la nationalité n'a aucune justification, ni pratique ni intellectuelle. Si ce principe est néanmoins retenu, il se résignera au paragraphe 1, sous réserve que l'on remplace, dans la version française, «un État est en droit d'exercer sa protection diplomatique seulement au bénéfice» par «un État n'est en droit d'exercer sa protection diplomatique qu'au bénéfice» ou «au seul bénéfice». Il est favorable à l'ajout du paragraphe 2, qui là encore éviterait l'aberration de la jurisprudence *Loewen*. En ce qui concerne le paragraphe 3, il est en faveur de son maintien, comme M. Matheson, mais pense qu'il faudrait aller plus loin en disposant que la société doit avoir cessé d'exister non seulement en droit, conformément à la loi de l'État, mais aussi en fait; si la société est empêchée de fonctionner par l'État, le paragraphe 3 devrait s'appliquer aussi.

29. En ce qui concerne l'alinéa *a* de l'article 11 (Protection des actionnaires) dans la rédaction proposée au paragraphe 68 du rapport, les positions très conservatrices prises par la Commission à l'égard de cette question sont préoccupantes. Les considérations dominantes qui ont inspiré la CIJ dans l'affaire *Barcelona Traction* pour refuser à la Belgique tout droit de protection en faveur des actionnaires de la société ont sans nul doute une assez grande force convaincante. Cet arrêt dispose en effet qu'il est légitime de considérer que lorsque des personnes constituent une société dans un État autre que celui dont elles ont la nationalité, les actionnaires acceptent, en contrepartie des avantages en général fiscaux qu'ils attendent de cette «délocalisation», les risques créés par le fait que la protection de la société est confiée à un État autre que l'État national de ces derniers [par. 99 de l'arrêt]. Il est également très difficile, comme la Cour l'a relevé, de savoir qui sont les actionnaires d'une société [par. 87 de l'arrêt]. Reste que d'autres aspects doivent être pris en considération: en particulier, il est inadmissible de laisser sans protection les actionnaires étrangers d'une société ayant la nationalité de l'État qui est à l'origine du préjudice. La Commission en a été consciente, mais la solution extraordinairement frileuse qu'elle a retenue à l'alinéa *b* de l'article 11 ne paraît justifiée ni en droit, ni en équité. Dans le même esprit, à l'alinéa *a*, dont on ne sait pas clairement s'il est applicable aux sociétés ayant la nationalité de l'État d'accueil, l'exigence de la disparition pure et simple de la société dans l'État de nationalité ne paraît pas défendable. Là aussi, la Commission s'en est tenue à l'arrêt *Barcelona Traction*, qu'elle a en outre interprété de manière très restrictive: on se demande pourquoi les actionnaires se trouvent privés de protection lorsque l'État d'accueil paralyse en fait le fonctionnement de la société et pourquoi leur protection est limitée aux cas dans lesquels la disparition de la société est sans rapport avec le préjudice [par. 64 à 68 de l'arrêt], alors qu'il semble, au contraire, que c'est précisément lorsque la société, quelle que soit sa nationalité, cesse d'exister en droit ou en fait *du fait* du comportement de l'État d'accueil, que les actionnaires ont le plus besoin de protection et devraient être en droit de l'obtenir. La position de la Commission dans cet article 11 est en décalage par rapport à la jurisprudence contemporaine, surtout la jurisprudence CIRDI. La nouvelle rédaction de cet article proposée au paragraphe 68 du rapport constitue

sans doute un petit pas dans la bonne direction, mais la Commission peut sans nul doute faire beaucoup mieux et beaucoup plus utile.

30. S'agissant de l'article 15, si la Commission décide, conformément à la proposition du Rapporteur spécial, de remplacer son titre actuel «Catégorie de réclamations» par «Réclamations mixtes» (par. 75 du rapport), ce qui est une bonne idée, elle devrait en profiter pour le remanier en profondeur en tenant compte notamment des observations de l'Italie sur l'article premier. Quant à l'article 16 (Exceptions à la règle de l'épuisement des recours internes), quelle que soit la formule retenue, on ne supprimera jamais la part d'incertitude résultant inévitablement de la subjectivité de l'interprète ou du juge, et l'une ou l'autre rédaction convient. En ce qui concerne les articles 17 et 18, M. Pellet estime qu'ils disent la même chose, à savoir que le droit des États d'exercer leur protection diplomatique en faveur de leurs nationaux lésés par un fait internationalement illicite d'un autre État est sans préjudice des voies de recours directes dont dispose l'individu lésé et sont donc indissociables. D'après les tenants de la séparation, l'article 17 concerne les recours disponibles en matière de droits de l'homme, alors que l'article 18 a trait à la protection des investisseurs. Or cette distinction n'a pas lieu d'être car le problème juridique est exactement le même. Qu'il s'agisse de droits de l'homme, de droit des investissements ou de tout autre droit, il importe d'indiquer que les dispositions conventionnelles ou les règles coutumières spéciales ouvrant à des particuliers des recours autres que la protection diplomatique ne sont pas remises en cause par le projet à l'examen et que, comme la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, ces règles spéciales peuvent même tenir en échec les règles de la protection diplomatique. Cela étant, on peut également vouloir dire trois autres choses: premièrement, qu'en l'absence de disposition expresse dans les traités en question, les deux voies sont ouvertes parallèlement, c'est-à-dire qu'on peut bénéficier à la fois d'un recours direct et d'une protection diplomatique – mais M. Pellet exprime les plus grands doutes à cet égard. Deuxièmement, on peut penser au contraire que lorsqu'un particulier dispose d'une voie de recours directe, l'État ne peut pas exercer sa protection diplomatique en sa faveur, au moins lorsque ce recours est pendant, ce qui semble beaucoup plus fondé. En effet, lorsqu'il existe des recours comme ceux qu'offrent la Cour européenne, la Cour interaméricaine ou encore la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, qui sont assimilables à des recours internes, on devrait attendre l'épuisement de ces recours régionaux avant d'envisager la protection diplomatique. Il faut impérativement résoudre ce problème – assez compliqué au demeurant, notamment dans le cas du Comité des droits de l'homme, dont les décisions n'ont pas force obligatoire – en précisant, par exemple, que lorsqu'un tel recours existe, l'État ne peut exercer sa protection diplomatique qu'une fois les recours directs épuisés. Troisièmement, il faudrait dire aussi que si une violation grave d'une obligation découlant d'une norme impérative du droit international général est en cause, la personne lésée peut bénéficier de la protection d'États autres que celui dont elle a la nationalité. Or, ce n'est pas du tout ce qu'énonce l'article 17, qui n'est de

toute manière pas le lieu approprié: mieux vaudrait que ce point fasse l'objet d'une disposition spéciale ou d'un paragraphe 2 de l'article 2. Quoiqu'il en soit, M. Pellet reste absolument opposé à la coexistence des deux articles 17 et 18, que ce soit dans les rédactions actuelles ou dans les rédactions proposées par le Rapporteur spécial aux paragraphes 87 et 89 du rapport.

31. Pour ce qui est de l'article 19 (Équipage des navires), M. Pellet estime qu'il est louable mais hors sujet et que s'il est défendable d'un point de vue empirique, il ne l'est pas au plan de la logique. Il nuit à la logique interne du projet d'articles car les recours et les procédures qui y sont prévus relèvent en réalité des projets d'articles 17 et 18. C'est la raison pour laquelle, s'il fallait voter sur ce projet, M. Pellet voterait contre même s'il est favorable à son contenu. Il suggère toutefois au Rapporteur spécial et au Président de la Commission de cosigner une lettre au Président de l'Organisation maritime internationale pour qu'elle se saisisse de la question.

32. Abordant ensuite le futur projet d'article 20 concernant le droit du national lésé à une indemnisation, M. Pellet se réjouit vivement de cette proposition du Rapporteur spécial qui traduit la volonté d'inclure dans le projet d'articles des dispositions qui ne concernent pas seulement les conditions d'exercice de la protection diplomatique mais également les conséquences de son exercice. Cette proposition du Rapporteur spécial va évidemment dans le bon sens, même si elle n'est ni parfaite ni suffisante.

33. Tout en approuvant la direction pointée par le Rapporteur spécial dans ce projet, M. Pellet désapprouve le fait de mêler des problèmes assez différents et regrette la prudence très excessive dont fait preuve le Rapporteur spécial, qui accroît selon lui la confusion. Ainsi, le paragraphe 1 traite de deux questions, à savoir la prise en compte par l'État protecteur du préjudice subi par son national et la consultation éventuelle de ce dernier mais on oublie le principal, à savoir qu'en cas de protection diplomatique la réparation est obligatoirement déterminée en fonction du dommage subi non pas par l'État qui exerce sa protection mais par le particulier lésé. Cela est contraire à la fiction *Mavrommatis* mais, comme le Rapporteur spécial le fait remarquer à très juste titre au paragraphe 95 du rapport, la logique de l'arrêt *Mavrommatis* est très loin de toujours l'emporter dans la réalité; concrètement, le régime juridique de la protection diplomatique n'en tient qu'un compte extrêmement limité. Par ailleurs, l'alignement du calcul et des modalités de la réparation sur le préjudice subi par le particulier est aujourd'hui une règle indiscutablement mise en œuvre en pratique de façon constante et une règle de droit coutumier qui ne pose aucun problème. Cette règle n'est d'ailleurs pas nouvelle puisqu'en 1928, la Cour permanente de justice internationale a décidé dans l'affaire relative à l'*Usine de Chorzów* que c'est le dommage subi par le particulier qui fournit la mesure convenable de la réparation due à l'État. C'est de ce principe de base bien établi, spécifique du domaine de la protection diplomatique, que découle la première idée qui figure au paragraphe 1 du projet d'article 20 selon laquelle l'État «tient compte» du préjudice. La prudence de ce libellé paraît raisonnable si l'on garde à l'esprit que la protection diplomatique est un pouvoir discrétionnaire de l'État qui pourrait donc ne pas

l'exercer, sauf en cas de violation de règles de *jus cogens*, et il est sans doute normal qu'il puisse ne demander qu'une réparation partielle, encore une fois s'il ne s'agit pas de la violation grave d'une obligation découlant d'une norme impérative du droit international général.

34. M. Pellet se demande par ailleurs pourquoi le Rapporteur spécial a inclus au paragraphe 1 du projet d'article 20 l'expression «conséquences matérielles et morales du préjudice» alors qu'il semblerait suffisant de dire «préjudice». Il se demande en outre pourquoi limiter les deux dispositions du projet d'article 20 aux nationaux alors que le projet étend très heureusement le bénéfice de la protection diplomatique aux apatrides et aux réfugiés et que l'on conteste parfois que les sociétés puissent avoir une nationalité. Il vaudrait mieux employer dans ce projet d'article 20, ou dans les articles qui lui seront substitués, l'expression «personne protégée» au lieu de «national». M. Pellet se demande aussi pourquoi le Rapporteur spécial limite à «l'indemnisation» le principe qu'il énonce au paragraphe 2 alors que la réparation peut revêtir trois formes: la satisfaction, qui n'est guère appropriée s'agissant de dommages subis par les particuliers, l'indemnisation et la *restitutio in integrum*, par exemple la restitution d'une somme d'argent confisquée illicitement.

35. Tout en affirmant qu'il n'est pas hostile par principe à la présence du conditionnel dans les textes juridiques, M. Pellet est d'avis que l'indicatif ou l'impératif s'impose dans le paragraphe 2 du projet proposé. Il ne voit pas pourquoi les États s'opposeraient à ce développement progressif et progressiste du droit, tant le bon sens et l'équité recommandent cette règle de répartition entre les personnes privées de l'indemnité ou de la restitution. Il précise à cet égard que le fondement juridique de cette obligation serait l'enrichissement sans cause de l'État qui conserverait la somme récupérée. Pour M. Pellet, il s'agit là au fond d'une règle coutumière et d'une pratique constante fondée sur un tel bon sens que l'on peut d'ailleurs douter qu'il s'agisse vraiment de développement progressif. Par ailleurs, l'idée énoncée dans le membre de phrase entre crochets au paragraphe 2 du projet d'article 20, soit «après déduction des frais occasionnés par la formulation de la réclamation», ne devrait pas figurer dans cette disposition car elle résulte du principe de réparation intégrale, découlant aussi de la jurisprudence de la CIJ dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów*, selon lequel l'État responsable doit effacer toutes les conséquences du fait internationalement illicite, parmi lesquelles figurent sans doute les frais raisonnables engagés au titre de la protection diplomatique.

36. En conclusion, M. Pellet dit que si la Commission souhaite répondre aux appels lancés par le Rapporteur spécial et certains États pour qu'elle complète son projet d'articles sur la protection diplomatique, elle devrait abandonner le principe dépassé et critiquable posé au début du XVIII^e siècle et énoncé en 1924 par la Cour permanente de justice internationale dans l'affaire *Mavrommatis*, selon lequel l'État agit en son nom propre, et reconnaître une évidence, à savoir que l'État agit pour faire respecter les droits de son ressortissant. La Commission devrait ensuite s'interroger sur les règles spéciales à appliquer lorsque le préjudice est causé à la personne protégée du fait de la violation d'une norme impérative du droit international

général. S'étant montrée plus hardie dans le projet sur la responsabilité internationale des États pour fait internationalement illicite, il est difficile de comprendre la frilosité dont elle fait preuve dans ce projet qui n'est que l'accessoire du premier. La Commission devrait par ailleurs préciser davantage les modalités d'exercice de la protection diplomatique et inclure en outre dans son projet d'articles sur la question des règles aussi précises que possible concernant les conséquences de l'exercice de la protection diplomatique, en particulier en ce qui concerne la coexistence de la protection diplomatique avec les recours directs ouverts au particulier, ce qui suppose de retravailler en profondeur les articles 17 et 18. Il faudrait également inclure dans le projet d'articles les règles spécifiquement applicables à la réparation dans l'hypothèse particulière de la protection diplomatique, conformément à ce qui est proposé par le Rapporteur spécial dans le projet d'article 20, mais en complétant et en affermissant ses propositions. Si tout cela est fait, la Commission n'aura pas travaillé en vain.

37. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO estime que la question de la protection diplomatique est suffisamment mûre pour se prêter à un exercice de codification et de développement progressif. Le Rapporteur spécial a déployé des efforts très utiles en ce sens et on peut espérer que la Commission adopte cette année la version définitive du projet d'articles ainsi que les commentaires y relatifs, moyennant certaines améliorations. Tout en n'étant pas parfait, ce texte reprend, en les étayant, les règles secondaires fondamentales qui régissent l'exercice de la protection diplomatique. Il y a lieu tout d'abord de relever que la question de la protection diplomatique est étroitement liée à celle de la responsabilité internationale des États ainsi qu'aux mécanismes de protection des droits de l'homme puisque son exercice vise en fait à protéger les droits des personnes. Pour M. Rodríguez Cedeño, les travaux de la Commission devraient aboutir à un projet d'articles permettant d'élaborer par la suite un instrument international sur la question, conformément à l'hypothèse retenue par la Commission du droit international elle-même et par la Sixième Commission. Dans ce cas, il faudrait le moment venu envisager d'y inclure les dispositions techniques et juridiques qui figurent en général dans ces instruments, comme l'indique le Rapporteur spécial au paragraphe 6 de son rapport.

38. Commentant les projets d'article proposés, M. Rodríguez Cedeño dit à propos du projet d'article premier qu'il partage l'avis exprimé par d'autres membres de la Commission selon lequel il faut distinguer la protection diplomatique de l'assistance consulaire, mais cette distinction devrait être explicitée dans le commentaire plutôt que dans un nouveau paragraphe 2, comme le propose le Rapporteur spécial au paragraphe 21 de son rapport. L'assistance consulaire au sens de la Convention de Vienne sur les relations consulaires de 1963 consiste en une intervention du consulat d'un pays auprès des autorités territoriales de l'État dans lequel il exerce sa compétence en faveur d'un de ses nationaux. Dans la pratique, cette assistance vise à veiller à ce que la personne concernée bénéficie d'une procédure régulière ou à ce que ses droits ne soient pas violés, en particulier si elle est accusée d'une infraction spécifique. La protection diplomatique est l'action exercée par un État en cas de

violation du droit international et après épuisement par la personne lésée des recours internes. Le lien de nationalité, sauf dans le cas des réfugiés et des apatrides, est un principe fondamental à cet égard, ce qui n'est pas toujours le cas dans le cadre de l'assistance consulaire. En effet, un État peut représenter les intérêts d'autres États et agir à ce titre en faveur de personnes qui ne sont pas ses nationaux. Ainsi, l'assistance consulaire n'a ni le même sens, ni la même portée, ni le même fondement que la protection diplomatique, mais cette question doit être évoquée dans le commentaire et pas dans le corps du projet d'articles. La définition de la protection diplomatique, qui est donnée au projet d'article premier, est conforme à la pratique, à la jurisprudence et à un pan important de la doctrine sur ce sujet, mais il faudrait la préciser pour bien refléter le fait que la protection diplomatique est exercée principalement par un État eu égard au préjudice subi par un de ses nationaux en raison du fait internationalement illicite d'un État. Cela permettrait de prendre en compte l'évolution du concept même de protection diplomatique. À cet égard, la proposition italienne qui figure dans le rapport du Rapporteur spécial ainsi que les développements relatifs à l'affaire *Avena* méritent d'être pris en considération. Il est également important que la définition de la protection diplomatique mentionne de façon expresse les personnes visées à l'article 8 (Apatrides et réfugiés) qui énonce une exception au principe du lien de nationalité, comme le propose très justement le Rapporteur spécial au paragraphe 21 de son rapport.

39. Pour ce qui est du projet d'article 2, M. Rodríguez Cedeño estime que l'ajout du paragraphe proposé par le Rapporteur spécial au paragraphe 24 de son rapport peut donner lieu à une certaine confusion. Il vaudrait mieux s'en tenir au libellé actuel du projet qui exprime l'essentiel, à savoir que l'État a le droit d'exercer de manière discrétionnaire la protection diplomatique en faveur de l'un de ses nationaux ou en faveur des personnes visées à l'article 8.

40. M. Rodríguez Cedeño juge aussi acceptable l'article 3 sous sa forme actuelle. Le texte, adopté en première lecture, établit clairement le caractère fondamental du lien de nationalité au paragraphe 1 ainsi que les exceptions prévues à l'article 8. La proposition des Pays-Bas ne semble donc pas nécessaire même s'il est loisible au Comité de rédaction de l'examiner avec davantage d'attention. Il ressort par ailleurs de l'article 4 que l'octroi de la nationalité est régi par les règles de droit interne dès lors que celles-ci ne sont pas contraires au droit international. Ce projet d'article est suffisamment clair pour être approuvé en l'état. Il n'est donc pas nécessaire de reprendre les propositions de modification faites par certains gouvernements.

41. En ce qui concerne l'article 8, qui prévoit la possibilité pour un État d'exercer la protection diplomatique à l'égard d'apatrides et de réfugiés, autrement dit, de personnes qui ne sont pas ses nationaux mais qui ont leur résidence habituelle dans cet État, M. Rodríguez Cedeño se félicite que les États aient réservé un accueil favorable à cette proposition qui comble une importante lacune et s'inscrit dans la perspective du développement progressif du droit international compte tenu des réalités internationales, même si l'on peut penser que les cas de ce type ne seront

pas très nombreux et sont limités dans le temps. Une disposition de cette nature est nécessaire mais elle soulève deux questions importantes, s'agissant des réfugiés, à savoir, premièrement, la définition du terme «réfugié» et l'établissement des conditions d'exercice de la protection diplomatique à l'égard d'un réfugié. M. Rodríguez Cedeño ne souscrit pas pleinement à l'avis selon lequel il faudrait préciser le sens du terme «réfugié» ou, en tout état de cause, évoquer la question. La définition qui figure dans la Convention de 1951 et le Protocole de 1967 relatifs au statut de réfugié, que certains préconisent de retenir, a évolué avec le temps, ce qui se reflète dans la pratique des États, y compris des États parties à ces instruments, notamment dans le contexte régional américain et africain et revêt à l'heure actuelle une portée beaucoup plus large. Pour accorder le statut de réfugié sur leurs territoires respectifs, les États ne se fondent donc pas uniquement sur cette définition conventionnelle mais s'inspirent également d'autres documents et textes internationaux qui sont devenus par la suite juridiquement contraignants. Mais le plus important est que la qualité de réfugié soit reconnue par l'État d'accueil selon ses procédures internes dans lesquelles interviennent les organes compétents et le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (HCR), qui joue un rôle important dans l'application et le respect des normes pertinentes. D'où la nécessité d'établir avec précision que la personne jouit du statut de réfugié au moment du préjudice et à la date de la présentation officielle de la réclamation. Pour ce qui est des critères d'exercice de la protection diplomatique, M. Rodríguez Cedeño juge intéressante la proposition des pays nordiques qui ont proposé de remplacer l'expression «à sa résidence légale et habituelle sur son territoire» qui figure à l'article 8, par «résidant régulièrement» car elle prend en compte la situation légale de la personne, c'est-à-dire le fait que la qualité de réfugié lui a été reconnue par l'État à un moment donné, qu'elle «réside» sur son territoire de manière légale. La formule «résidence légale et habituelle» peut avoir une connotation différente. Dans certains pays, l'octroi du statut de réfugié ne revient pas à accorder la résidence légale au sens strict du terme. Ce qui importe, c'est que la personne jouisse de ce statut, que celui-ci lui ait été accordé de bonne foi et qu'elle ne l'ait pas obtenu de manière frauduleuse et qu'elle réside dans le pays qui le lui a accordé pour qu'elle puisse bénéficier de la protection diplomatique. Peut-être le Comité de rédaction pourrait-il examiner cette question plus en détail.

42. En ce qui concerne l'article 14 sur la règle de l'épuisement des recours internes, M. Rodríguez Cedeño estime que sa rédaction actuelle est la plus acceptable et que l'on ne devrait pas lui substituer la formulation proposée par le Rapporteur spécial au paragraphe 74 de son rapport. Le projet d'article 16 sur les exceptions à cette règle devrait également être conservé en l'état et l'on ne devrait pas non plus, à son avis, retenir les modifications suggérées au paragraphe 81 du rapport.

43. Enfin, M. Rodríguez Cedeño dit que l'inclusion d'une disposition relative au droit du national lésé de recevoir une indemnisation ou de manière plus générale une réparation est une question particulièrement importante liée à la conception même de la protection diplomatique. Il partage l'avis selon lequel une telle question ne devrait pas faire l'objet d'une recommandation ou d'une directive

séparée. Il faudrait que cette disposition soit suffisamment claire et précise, et qu'il y soit expressément indiqué que l'État de nationalité doit reverser l'indemnité reçue à la personne lésée selon des modalités que la Commission et le Comité de rédaction doivent examiner plus avant.

44. M. KOLODKIN félicite le Rapporteur spécial pour la qualité de son septième rapport sur la protection diplomatique, qui contient nombre de réflexions et propositions intéressantes.

45. Se référant au projet d'article premier, il dit qu'il ne juge pas nécessaire le nouveau paragraphe 2, qui distingue la protection diplomatique de l'assistance consulaire. Il n'est d'ailleurs pas certain que l'expression «assistance consulaire» soit plus appropriée que «protection consulaire». En effet, la Convention de Vienne de 1963 sur les relations consulaires et nombre d'accords bilatéraux parlent abondamment de «protection». Les agents consulaires ont pour mission de protéger les droits et les intérêts des nationaux et des personnes morales mais aussi ceux de l'État lui-même, dans les limites autorisées par le droit international (voir par exemple l'article 5 *a* de la Convention de 1963). La différence entre protection diplomatique et protection consulaire existe bel et bien, mais il n'est peut-être pas nécessaire de lui consacrer un paragraphe; une référence dans le commentaire devrait suffire.

46. En ce qui concerne l'article 2, M. Kolodkin désapprouve l'ajout d'un deuxième paragraphe qui répond au souci de l'Autriche de constater l'existence de l'obligation qu'a un État de recevoir une réclamation formée contre lui. Cette obligation découle implicitement du droit de l'autre État de présenter la réclamation. Ou alors, dans chaque disposition consacrant un droit, il faudrait rappeler l'obligation correspondante. De toute façon, le nouveau paragraphe 2 proposé au paragraphe 24 du rapport ne peut donc être conservé dans sa formulation actuelle, d'autant que, comme on l'a déjà dit, le terme «accept» dans la version anglaise n'est pas le mieux choisi. Pour ce qui est de l'article 3, l'inversion des deux membres de phrase dans le nouveau paragraphe 1 proposé au paragraphe 27 du rapport est inopportune car on a l'impression que la Commission définit l'État de nationalité. Or l'objectif ici est de définir qui est l'État en droit d'exercer la protection diplomatique, ce que l'ancien paragraphe 1 faisait très clairement.

47. En ce qui concerne l'article 4, M. Kolodkin approuve les changements proposés par le Rapporteur spécial. S'agissant du paragraphe 1 de l'article 5, il souscrit en principe aux idées exposées au paragraphe 43 du rapport. La continuité de la nationalité doit aller de la date du préjudice à la date de la présentation officielle de la réclamation. Il ne serait pas juste qu'un État défendeur puisse se prévaloir du fait que la personne lésée n'a plus la nationalité de l'État demandeur à la date du règlement de la réclamation. Les mêmes considérations sont applicables aux articles 7, 8 et 10. On comprend mal pourquoi le Rapporteur spécial n'a pas conservé le paragraphe 2 de l'article 5 tel qu'adopté en première lecture⁴⁶. Il s'agit d'une disposition très utile, qui couvre des situations bien réelles, et pas seulement celle de la succession d'États. Il

conviendrait donc de la garder. Le nouveau paragraphe 2 est également bienvenu. Le paragraphe 2 de l'article 6 est lui aussi utile. La Fédération de Russie et Israël se sont déjà appuyés sur cette disposition lorsqu'ils ont été amenés à exercer la protection diplomatique à l'égard de personnes ayant la double nationalité.

48. En ce qui concerne l'article 8, M. Kolodkin souscrit aux recommandations formulées au paragraphe 50 du rapport. Il ne faut pas adopter la proposition des pays nordiques tendant à remplacer l'expression «résidence légale et habituelle» par «résidant régulièrement», car cela permettrait à un État d'exercer sa protection diplomatique en faveur d'une personne lésée avec laquelle il n'a aucun lien juridique solide. L'expression retenue dans la version actuelle du paragraphe est tout à fait conforme à la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés. Quant au sens à donner au terme «réfugié», c'est à l'État en droit d'exercer la protection diplomatique qu'il appartient de définir cette catégorie de personnes, notamment aux fins de la «résidence légale et habituelle», pour autant que sa définition ne soit pas contraire au droit international.

49. La proposition du Rapporteur spécial au paragraphe 53 de son rapport de diviser l'article 9 en plusieurs paragraphes est une bonne idée, de même que celle de supprimer la référence au «lien similaire», mais il convient d'être prudent dans l'ajout de critères alternatifs, qui aboutiront à une situation où plusieurs États seront habilités à exercer la protection diplomatique. Le paragraphe 3 couvre cette situation particulière mais en introduisant la notion problématique de «lien le plus étroit». M. Kolodkin est d'avis de s'en tenir au critère de l'incorporation, comme le propose le Royaume-Uni, mais il reste ouvert à toute solution qui concilierait les différents points de vue.

50. Le nouveau paragraphe 2 de l'article 10 est utile. À l'article 11, le membre de phrase entre crochets de l'alinéa *a* doit être conservé. S'il était supprimé, on pourrait penser que la protection diplomatique des actionnaires pourrait être exercée aussi dans les cas où leur société aurait cessé d'exister pour un motif sans rapport avec le préjudice. Or le paragraphe 2 de l'article 10 dispose que la protection diplomatique sera exercée par l'État de nationalité de la société qui a subi un préjudice et a cessé d'exister, du fait de ce préjudice. Dès lors, si l'on supprime la précision entre crochets à l'article 11, la protection diplomatique pourrait être exercée à la fois par l'État de nationalité des actionnaires et par l'État de nationalité de la société. Or tel n'est pas l'objectif poursuivi.

51. De même, il ne faut pas supprimer l'expression «en vertu de la loi de cet État» à l'alinéa *b*. Si une société est prête à accepter de se constituer dans un État étranger parce que c'est la condition préalable exigée par ce dernier pour se livrer à des activités commerciales sur son territoire même si le droit de cet État ne le prévoit pas, cette société assume sciemment un risque beaucoup trop lourd. Prouver qu'une telle exigence a bien été formulée, si cette condition n'est pas prévue dans le droit interne de cet État, sera très difficile aux actionnaires et à l'État exerçant la protection diplomatique à leur égard. C'est pourquoi l'expression «en vertu de la loi de cet État» introduit une précision importante à l'alinéa *b*.

⁴⁶ *Annuaire... 2004*, vol. II (2^e partie), p. 19.

52. L'article 12 doit être conservé en l'état, comme le propose à juste titre le Rapporteur spécial. La modification proposée pour l'article 13 répond au souci du Guatemala d'inclure les principes applicables aux actionnaires qui sont contenus aux articles 11 et 12. La question de cet ajout ne se poserait pas si l'article 13 concernait uniquement les personnes morales participant aux activités commerciales; mais il y a d'autres personnes morales que les sociétés commerciales, comme les universités ou les municipalités. Cet article a déjà suscité une importante controverse par le passé, et la Commission avait choisi, en guise de compromis, de limiter la référence aux principes concernant la nationalité des sociétés. Il semble difficile de revenir sur ce compromis.

53. S'agissant de l'article 16, il n'est pas souhaitable d'adopter une formulation radicalement différente de celle adoptée en première lecture, qui est dans l'ensemble assez heureuse. M. Kolodkin est notamment opposé à la proposition tendant à supprimer dans l'alinéa *c* la référence aux cas où «les circonstances de l'espèce font par ailleurs qu'il est déraisonnable d'exiger l'épuisement des recours internes» au motif qu'une telle situation est déjà explicitée à l'alinéa *a*; or ce n'est pas tout à fait le cas. À cet égard, il rappelle que dans l'affaire *Avena* le juge Vereshchetin a fait observer que dans certaines circonstances particulières, comme celles des ressortissants mexicains qui se trouvaient déjà dans le couloir de la mort, il pouvait devenir absurde d'exiger l'épuisement des recours internes [opinion individuelle, p. 83, par. 12]. La deuxième partie de l'alinéa *c* couvre justement ce genre de circonstances particulières et il convient donc de la conserver, quitte à en faire un alinéa distinct.

54. L'article 17 est utile dans sa version actuelle. Dans le nouvel article 18, la référence aux régimes spéciaux prévus par des traités bilatéraux et multilatéraux relatifs à la protection des investissements est particulièrement bienvenue car elle permet de préciser davantage l'objet de cette disposition. Quant à l'article 19, il est préférable d'en garder la version adoptée en première lecture, car la nouvelle formulation présente au moins un inconvénient, celui de convertir le droit de l'État de nationalité ou de pavillon du navire en objet de réglementation dans le projet d'articles sur la protection diplomatique.

55. Enfin, en ce qui concerne le projet de futur article 20, M. Kolodkin relève qu'il serait inimaginable en Fédération de Russie qu'une réparation obtenue au titre de la protection diplomatique ne soit pas reversée à l'intéressé. Ainsi, récemment, les indemnités obtenues de l'Ukraine dans l'affaire de l'avion abattu en mer Noire en 2001 ont été entièrement réparties entre les familles des victimes. Les pratiques et le droit des États dans ce domaine étant cependant très variés, il semble difficile de parvenir à une conduite unifiée. Il devrait être possible, par des recommandations, de favoriser le développement d'une pratique de répartition de la réparation obtenue à l'issue de la protection diplomatique accordée aux personnes concernées, mais la teneur même de ces recommandations est à l'heure actuelle difficile à déterminer.

56. Pour conclure, M. Kolodkin fait observer qu'il ne voit pas en quoi le sort du projet d'articles sur la protection diplomatique est lié à celui du projet d'articles

sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, comme le dit le Rapporteur spécial au paragraphe 6 de son rapport. Il ne comprend pas pourquoi le projet d'articles sur la protection diplomatique qui, dans une large mesure, procède à la codification du droit international coutumier ne pourrait pas être adopté dans le cadre d'un traité sans que l'on évoque le sort du projet d'articles sur la responsabilité de l'État.

57. M. MATHESON, commentant tout d'abord l'article 14, dit qu'il en approuve la version révisée du paragraphe 1 qui tient compte du fait que les recours internes peuvent être épuisés par une autre entité que la personne lésée elle-même, comme l'a dit la CIJ dans l'affaire *ELSI*.

58. En ce qui concerne l'alinéa *a* de l'article 16, il note que le Rapporteur spécial préfère manifestement adopter, pour l'épuisement des recours internes, le critère de l'absence de «possibilité raisonnable d'obtenir une mesure de réparation efficace». Or ce critère pourrait être interprété comme permettant à un demandeur de renoncer à des recours internes qui sont peut-être parfaitement adaptés mais ne lui offriraient pas de possibilité de réparation pour d'autres motifs, comme le caractère inadéquat de la réclamation. C'est pourquoi les États-Unis proposent qu'il ne soit pas nécessaire d'épuiser les recours internes lorsque ceux-ci sont «à l'évidence futiles ou inefficaces», en précisant toutefois que tel n'est pas le cas si «l'on peut raisonnablement avoir accès à une instance susceptible de fournir une réparation efficace». Cette proposition a le mérite de placer l'accent sur l'adéquation de l'organe de recours interne plutôt que sur la possibilité d'obtenir gain de cause. Il est vrai que l'expression «à l'évidence futiles ou inefficaces» peut donner à penser que l'inefficacité du recours interne doit être immédiatement manifeste. On pourrait concilier les deux propositions du Rapporteur spécial en disant que les recours internes n'ont pas à être épuisés lorsqu'il n'existe pas d'instance raisonnablement disponible pour accorder une réparation efficace. L'on pourrait ainsi garder la formulation retenue par le Rapporteur spécial tout en plaçant l'accent sur le caractère adéquat de l'instance de recours interne.

59. La modification de l'alinéa *c* de l'article 16 est bienvenue. En effet, les situations qui pourraient rendre «déraisonnable» l'épuisement des recours internes sont déjà couvertes par l'alinéa *a*, et le commentaire pourra le préciser au besoin. Cette solution est de loin préférable à une vague référence à la «raisonnabilité», qui se prêterait à maintes interprétations et pourrait avoir pour effet d'annuler la condition de l'épuisement des recours internes.

60. En ce qui concerne l'article 18, M. Matheson n'a rien contre le remplacement de l'expression «dispositions conventionnelles spéciales» mais estime que la référence proposée aux «régimes spéciaux prévus par des traités bilatéraux et multilatéraux relatifs à la protection des investissements» ne couvrirait pas les dispositions spécifiques sur les investissements d'accords bilatéraux plus larges comme les traités d'amitié, de commerce et de navigation. Il préférerait une référence aux dispositions conventionnelles spécifiques concernant la protection des investissements, et s'en remet en la matière au Comité de rédaction. Pour ce qui est de l'article 19, M. Matheson reconnaît qu'il n'est pas nécessaire mais pense qu'il peut

néanmoins être conservé, et de préférence dans sa version d'origine.

61. M. Matheson approuve la proposition du Rapporteur spécial d'ajouter un article sur le droit des nationaux lésés à une indemnisation. Il faut encourager les États à se montrer justes avec leurs nationaux lorsqu'ils reçoivent des indemnités en exerçant la protection diplomatique. Il est cependant regrettable que cette question soit abordée si tardivement. Au stade de la deuxième lecture, la Commission risque davantage de faire des erreurs ou d'aboutir à des résultats que les États n'accepteront pas.

62. C'est d'autant plus important que l'on touche à un domaine qui relève de la pratique et de la politique de l'État, ainsi qu'à ses relations avec ses nationaux, et que l'on entend orienter, voire réglementer, sa conduite. Toute prise de position à cet égard devrait au moins être fondée sur une étude approfondie de la pratique des États en ce qui concerne la négociation et le traitement des réclamations.

63. S'agissant du fond des propositions, il est certain qu'un État devrait, normalement, tenir compte des conséquences du préjudice subi par la personne lésée, et si possible consulter cette dernière, avant de quantifier une réclamation. Mais il faut garder à l'esprit que, dans certaines circonstances, il ne pourra pas toujours le faire; par exemple, s'il doit traiter un très grand nombre de réclamations, comme celles qui ont été formées par centaines de milliers contre l'Iraq à la suite de la première guerre du Golfe. Le paragraphe 1 de la proposition du Rapporteur spécial devrait donc, si elle est retenue, contenir une recommandation aux États, plutôt qu'une obligation.

64. Dans le cas du paragraphe 2, une prudence encore plus grande s'impose. Il n'y a rien d'inhabituel à ce qu'un État retienne une partie de la somme versée par un autre État. Les États-Unis, par exemple, déduisent généralement un pourcentage fixe de la réparation obtenue, afin de financer les activités de défense des intérêts de leurs nationaux. Autrement, ils seraient obligés de subventionner l'énorme travail qu'exige la présentation de réclamations complexes au nom de sociétés multinationales qui ont largement les moyens de le faire, ou d'affronter de longs litiges avec ces sociétés à propos du montant à déduire. D'autres gouvernements seraient sans doute confrontés au même problème si la déduction était interdite ou limitée aux frais réellement engagés. En outre, on ne saurait juger illégal ou incorrect qu'un État destine une partie des réparations obtenues à d'autres fins légitimes dans l'intérêt public, comme la conduite de ses activités de politique étrangère, fondement nécessaire de la protection de ses nationaux. Les États sont en droit d'exiger de leurs nationaux qu'ils contribuent à de telles fins légitimes. Par conséquent, on peut tout au plus leur demander de verser une somme juste et raisonnable au réclamant lorsqu'ils reçoivent des indemnités à la suite d'une réclamation.

65. Pour ces raisons, M. Matheson est d'avis que la Commission devrait s'abstenir de prendre position tant qu'une étude approfondie de la pratique des États n'aura pas été effectuée et que les États n'auront pas donné leur avis. Si elle décidait néanmoins de traiter la question à ce stade, elle devrait veiller à ne pas énoncer de nouvelles obligations ni faire des recommandations catégoriques.

La meilleure solution consisterait à aborder la question dans le commentaire.

66. Enfin, d'autres propositions qui ont été faites risquent de restreindre davantage encore la capacité des États à traiter les réclamations de leurs nationaux, comme celle qui voudrait que le consentement de la personne lésée soit nécessaire pour exercer la protection diplomatique ou pour fixer la forme et le montant de la réparation. Un État doit conserver le contrôle des négociations qu'il conduit avec d'autres pays au sujet de réclamations, car ces négociations sont souvent un élément clef dans le règlement de situations critiques. Dans ce contexte, l'État peut être amené à former une réclamation contre le gré de son national, ou à fixer une forme et un montant de réparation qui ne satisfont pas ce dernier. Ainsi, l'accord d'Alger de 1981⁴⁷, qui a permis de résoudre une situation explosive dans les relations entre l'Iran et les États-Unis, reposait en partie sur l'obligation de soumettre les réclamations des nationaux des deux pays à une procédure d'arbitrage bilatérale; et par la suite un grand nombre de réclamations ont été réglées par les deux parties au moyen de négociations bilatérales. Une société américaine qui avait contesté le droit du Gouvernement américain de régler son cas par ce procédé contre son gré s'est vu débouter par la Cour suprême. Si le Gouvernement américain n'avait pu consentir à un règlement obligatoire des réclamations concernant ses nationaux, les accords auraient pu échouer, avec peut-être de graves conséquences.

67. En conclusion, les États doivent conserver le droit d'exercer la protection diplomatique et de traiter les réclamations y relatives même si la personne lésée s'y oppose. Toute autre règle pourrait entraver sérieusement la capacité des gouvernements à résoudre les crises de politique étrangère.

La séance est levée à 13 h 5.

2871^e SÉANCE

Vendredi 5 mai 2006, à 10 heures

Président: M. Guillaume PAMBOU-TCHIVOUNDA

Présents: M. Addo, M. Baena Soares, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Daoudi, M. Dugard, M. Economides, M^{me} Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kateka, M. Kemicha, M. Kolodkin, M. Mansfield, M. Matheson, M. Momtaz, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M^{me} Xue, M. Yamada.

Protection diplomatique (suite) [A/CN.4/560, sect. D, A/CN.4/561 et Add.1 et 2, A/CN.4/567, A/CN.4/575 et A/CN.4/L.684 et Corr.1 et 2]

[Point 2 de l'ordre du jour]

⁴⁷ Voir *Revue générale de droit international public* (Paris), t. 85, 1981, p. 139.