

LE PROJET D'ARTICLES DE LA C.D.I. SUR LA
PROTECTION DIPLOMATIQUE :
UNE CODIFICATION POUR (PRESQUE) RIEN

*Alain Pellet**

1. Conformément à la résolution 51/160 de l'Assemblée générale, la Commission du droit international a inscrit à son ordre du jour le sujet intitulé « Protection diplomatique » en 1997. Le 3 août 2004, elle a adopté en première lecture un projet de 19 articles¹ qui clarifie quelques questions et consolide quelques avancées mais qui laisse dans l'ombre des pans entiers du sujet et manque l'occasion d'un *aggiornamento* définitif qui, pourtant, s'imposait.

2. L'idée selon laquelle, « [q]uiconque traite mal un citoyen porte indirectement préjudice à l'État, qui doit protéger ce citoyen » remonte à Vattel². Après avoir été mise en œuvre avec constance par les tribunaux arbitraux de la fin du 19^e siècle et du début du 20^e³, elle a été coulée dans

* Professeur à l'Université Paris X-Nanterre ; membre et ancien président de la CDI.

1 Le projet et les commentaires de la Commission sont intégralement reproduits dans le *Rapport de la CDI*, 56^e session, 2004, Assemblée générale, documents officiels, 59^e session, Supp. n^o 10 (A/59/10), pp. 17-93.

2 E. de Vattel, *Le droit des gens* (1758), chap. VI, p. 136.

3 V., p. ex., Commission mixte Espagne/États-Unis d'Amérique, 18 avril 1881, *William S. Lynn c. Espagne*, in : J.B. Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to Which the United States Have Been a Party* (Government Printing Office, Washington, 1898), vol. III, p. 2570 ; Commission mixte États-Unis d'Amérique/Venezuela, 2 septembre 1890, *Albino Abbiatti* (n^o 34), *ibid.*, pp. 2347-2348 ; S.A., 30 décembre 1896, *Antoine Fabiani (France/Venezuela)*, *Pariscrisie internationale*, p. 355 ; Commission mixte de réclamations Royaume-Uni/Venezuela, 1903, *Aroa Mines, Ltd., RSA*, vol. IX, p. 437 ; *Davy, ibid.*, pp. 468-469 ; Commission mixte de réclamations Italie/Venezuela, 1903, *Matilde Miliani, RSA*, vol. X, p. 591 ; *ibid.*, *Martini & Co., ibid.*, pp. 663-664 ; Commission mixte de réclamations France/Venezuela, 31 juillet 1905, *Antoine Fabiani, RSA*, vol. X, pp. 127 et s.

le bronze des Tables de la loi internationale par la C.P.J.I. dans une de ces formules bien frappées dont elle avait le secret :

C'est un principe élémentaire du droit international que celui qui autorise l'État à protéger ses nationaux lésés par des actes contraires au droit international commis par un autre État, dont ils n'ont pu obtenir satisfaction par les voies ordinaires. En prenant fait et cause pour l'un des siens, en mettant en mouvement, en sa faveur, l'action diplomatique ou l'action judiciaire internationale, cet État fait, à vrai dire, valoir son droit propre, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants, le droit international⁴.

3. Audacieuse construction intellectuelle, l'institution de la protection diplomatique se décompose donc en deux propositions :

- 1° l'État peut protéger ses nationaux lésés par un fait internationalement illicite lorsque ceux-ci ne peuvent obtenir réparation par d'autres moyens ;
- 2° ce faisant l'État n'agit pas au nom du particulier lésé mais exerce un droit qui lui appartient en propre.

Mais autant la première demeure nécessaire en permettant à l'État d'intervenir au profit de ses ressortissants lorsqu'ils ne peuvent faire valoir les droits qu'ils tiennent du droit international, autant la seconde, relève d'un interétatisme rigide, que l'on voudrait croire dépassé.

4. C'est pourtant cette fiction que la C.D.I. a choisi de perpétuer dans un projet d'articles à la fois frileux et incomplet.

1 UNE APPROCHE FRILEUSE

5. Dans sa version traditionnelle, maintenue contre vents et marées par la jurisprudence de la seconde moitié du 20^e siècle⁵, la protection diplomatique repose sur le postulat selon lequel le droit international est, et est seulement,

4 CPJI, arrêt du 30 août 1924, *Concessions Mavrommatis en Palestine*, série A, n° 2, p. 12. La formule a été reprise par la même Cour dans une jurisprudence constante : cf. les arrêts du 12 juillet 1929, *Emprunts serbes*, série A, n° 20-21, p. 17 et du 28 février 1939, *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, série A/B, n° 76, p. 16.

5 CIJ, arrêts du 6 avril 1955, *Nottebohm*, *Recueil 1955*, p. 24 ; du 5 février 1970, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, *Recueil 1970*, pp. 32-33, par. 35-36 ; 31 mars 2004, *Avena et autres ressortissants mexicains*, *Recueil 2004*, pp. 35-36, par. 40. V. aussi le concept très voisin de protection fonctionnelle développé par la Cour dans son avis consultatif du 11 avril 1949 relatif à la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, *Recueil 1949*, pp. 181-184.

le droit de la société des États. L'individu (non plus que les personnes morales de droit privé) n'y bénéficient d'aucune personnalité juridique⁶; ce sont « de simples faits »⁷, dont le droit international tient compte, mais qui n'affleurent pas à la sphère juridique internationale. En outre, selon l'exacte formule de Jessup, le droit de la responsabilité internationale, dont la protection diplomatique n'est qu'un moyen de mise en œuvre⁸, est un sous-produit de la « diplomatie du dollar »⁹.

6. La fiction sur laquelle repose la protection diplomatique remplissait une double fonction : réaffirmer le caractère purement interétatique du droit international tout en permettant aux particuliers (lire : « les investisseurs étrangers – principalement européens et nord-américains – dans les pays d'accueil ») d'obtenir cependant réparation pour les dommages résultant des violations du droit international (et tout spécialement du « standard minimum de civilisation ») dont ils étaient victimes de la part d'États étrangers (en particulier en Amérique latine).

7. On peut raisonnablement penser que cette fiction n'a plus lieu d'être au début du 21^e siècle¹⁰ : malgré les réticences de la doctrine dominante, il est tout à fait évident que la société à laquelle s'applique le droit international

6 V.A. Pellet, « Le droit international à l'aube du XXI^{ème} siècle – La société internationale contemporaine – Permanence et tendances nouvelles », *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, vol. I, 1997, p. 83.

7 Cf. CPJ, arrêt du 25 mai 1926, *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, série A, n° 7, p. 19. V. aussi, p. ex., les arrêts du 17 août 1923, *Vapeur « Wimbledon »*, série A, n° 1, pp. 29-30 ; 7 septembre 1927, *Lotus*, série A, n° 10, p. 24 ; l'ordonnance du 6 décembre 1930, *Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex*, série A, n° 24, p. 12 et, dans la même affaire, l'arrêt du 7 juin 1932, série A/B, n° 46, p. 167 ; CIJ, arrêts du 18 décembre 1951, *Pêcheries norvégiennes*, *Recueil 1951*, p. 132 ; du 6 avril 1953, *Nottebohm (exceptions préliminaires)*, *Recueil 1953*, p. 123 ; du 28 novembre 1958, *Application de la Convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs*, *Recueil 1958*, p. 67 ; avis consultatif du 26 avril 1988, *Applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la section 21 de l'Accord du 26 juin 1947 relatif au Siège de l'Organisation des Nations Unies*, *Recueil 1988*, pp. 34-35, par. 57 ; S.A., 14 septembre 1872, *Alabama*, J. B. Moore, *International Arbitrations*, vol. IV, pp. 4156-4157 ; C.P.A., S.A., 13 octobre 1922, *Armateurs norvégiens (Norvège/États-Unis d'Amérique)*, *RSA*, vol. I, p. 331 ; S.A., 24 juillet 1930, *Shufeldt*, *ibid.*, vol. II, p. 1098.

8 V. *infra*, par. 52.

9 *A Modern Law of Nations* (New York, MacMillan, 1946), p. 96. V. aussi l'opinion individuelle du juge Padilla-Nervo jointe à l'arrêt de la CIJ du 5 février 1970, *Barcelona Traction Light and Power Cy. Ltd. (2^{ème} phase)*, *Recueil 1970*, p. 246.

10 Dans son rapport préliminaire, demeuré unique, le premier Rapporteur spécial de la CDI sur le sujet, Mohamed Bennouna, posait clairement et brutalement la question : « est-ce qu'en engageant une réclamation internationale, l'État fait valoir son propre droit ou bien celui de son ressortissant lésé ? » (1998, A/CN.4/484, par. 54). Pour une ultime et vigoureuse défense de la fiction traditionnelle par le second Rapporteur spécial, John Dugard, v. le résumé des débats de la Commission sur le sujet lors de sa 57^e session, *Rapport de la CDI*, 2005, Assemblée générale, documents officiels, 60^e session, Supp. n° 10 (A/60/10), p. 114, par. 241.

n'est plus limitée aux seuls États et que les personnes privées (parmi d'autres : les organisations internationales, les peuples) y ont acquis une personnalité juridique internationale, différente, certes, de celle des États, mais dont l'existence et les conséquences s'imposent à ceux-ci, souvent parce qu'ils ont eux-mêmes reconnu des droits et imposé des obligations aux particuliers dans la sphère internationale, et parfois même sans ou contre leur volonté¹¹. En matière de protection des droits de l'homme ou des investissements étrangers surtout, des mécanismes efficaces ont été mis en place, qui leur permettent de faire valoir leurs droits directement au plan international, sans passer par l'intermédiation étatique.

8. Ce n'est pas à dire que la protection diplomatique doive être rangée au magasin des antiquités. Comme l'a écrit le dedicataire de ces lignes, « [l]a nouvelle de la mort de cette institution est [...] grandement exagérée »¹² : l'intervention de l'État aux droits de ses ressortissants lésés par une violation du droit international demeure un utile filet de sécurité lorsqu'un tel mécanisme n'existe pas¹³. En revanche, la fiction sur laquelle repose la conception traditionnelle n'a plus lieu d'être : en niant la personnalité juridique internationale des personnes privées, elle relève d'une vision révolue du droit international. La « formule *Mavrommatis* » n'en est pas moins consacrée dans le projet de la C.D.I., dont l'article 1^{er} reprend le texte sinon mot pour mot, du moins dans son esprit¹⁴.

9. Cet endossement de la fiction traditionnelle ne tient pas au fait que la protection diplomatique est un droit de l'État – ce que rappelle clairement l'article 2 du projet, mais au fait que l'État qui exerce la protection agit « en son nom propre », ce qui est une autre façon de dire que « cet État fait, à vrai dire, valoir son droit propre, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants, le droit international »¹⁵. Une chose est,

11 V.A. Pellet, *op. cit.* (note 6), pp. 86-98.

12 « La pratique suisse de la protection diplomatique », in : J.-F. Flauss (dir.), *La protection diplomatique, Mutations contemporaines et pratiques nationales* (Bruylant, Bruxelles, 2003), p. 73.

13 Il peut en aller ainsi même dans les domaines des droits de l'homme (cf. l'absence de tout mécanisme de protection régionale en Asie ou dans le monde arabe) et des investissements en particulier lorsque, faute de ratification de la Convention de 1965 par l'État auteur de la violation ou de convention bilatérale entre les deux États concernés, l'investisseur étranger ne peut saisir le CIRDI (cf. la requête de la Guinée contre la R.D.C. du 28 décembre 1998 dans l'affaire *Diallo*, http://www.icj-cij.org/cijwww/cdocket/Cgc/cgc_orders/cgc_application_19981228.pdf).

14 « 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 une personne ayant sa nationalité à raison d'un préjudice subi par cette dernière découlant d'un fait internationalement illicite d'un autre État ».

15 V. *supra* (note 4).

en effet, de dire que l'État dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour accorder ou non sa protection et déterminer les moyens par lesquels il l'exerce, une autre est de considérer que les droits qu'il fait ainsi valoir sont ses *propres* droits.

10. Rien ne montre mieux le caractère artificiel de la fiction traditionnelle que ce passage, souvent cité¹⁶, de l'arrêt de la C.I.J. de 1970 dans l'affaire de la *Barcelona Traction* :

En l'espèce il est donc capital de rechercher si les pertes qu'auraient subi [*sic*] des actionnaires belges de la Barcelona Traction ont eu pour cause la violation d'obligations dont ils étaient bénéficiaires. Autrement dit, un droit de la Belgique a-t-il été violé du fait que des droits appartenant à des ressortissants belges, actionnaires d'une société n'ayant pas la nationalité belge, auraient été enfreints¹⁷.

Pour qu'un dommage soit réputé subi par l'État, il faut rechercher si des droits appartenant à *ses ressortissants* ont été violés et s'il en est résulté des pertes dans *leur* chef.

11. Davantage même : « c'est le dommage infligé au ressortissant étranger qui sert à apprécier la responsabilité de l'État hôte et à évaluer la réparation due à l'État national »¹⁸. On peut toujours avancer que « [l]e dommage subi par le particulier n'est [...] jamais identique en substance à celui que l'État subira »¹⁹, il n'en reste pas moins que c'est ce dommage qui fournit la « mesure convenable de la réparation due à l'État »²⁰. Il n'y a là rien de « plus que l'habile escamotage d'un talentueux illusionniste »²¹.

12. La C.D.I. n'en a pas moins couvert de son autorité cet exercice de prestidigitatation – au moins indirectement, par la reconnaissance d'un « droit propre » à l'État exerçant sa protection diplomatique car la question, si importante concrètement, de la mesure de la réparation en cas de dommage « médiat » a, avec d'autres, été laissée de côté par la Commission²². Plus explicitement, elle refuse de tirer la conséquence logique de la fiction

16 V. p. ex. le rapport préliminaire de Mohamed Bennouna sur la protection diplomatique, *op. cit.* (note 10), par. 21.

17 *CIJ Recueil 1970*, pp. 32-33.

18 M. Bennouna, *op. cit.* (note 10), par. 22.

19 CPJI, arrêt, 13 septembre 1928, *Usine de Chorzów*, série A, n° 17, p. 28.

20 *Ibid.*

21 L. Dubouis, « La distinction entre le droit de l'État réclmant et le droit du ressortissant dans la protection diplomatique – À propos de l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 14 juin 1977 », *RCDIP*, 1978, 624.

22 V. *infra*, par. 54.

« fondamentale » qu'elle consacre en ce qui concerne l'exigence d'une « continuité de la nationalité ».

13. Les articles 5 (personnes physiques) et 10 (sociétés) perpétuent en effet le principe traditionnel selon lequel « [u]n État est en droit d'exercer sa protection diplomatique à l'égard d'une [personne] [société] qui avait sa nationalité au moment où le préjudice a été causé et a cette nationalité à la date de la présentation officielle de la réclamation ». Pour classique qu'elle soit²³, cette règle n'est pas cohérente avec l'idée que l'État protecteur exerce son droit propre – dont la personne protégée peut ainsi le priver en changeant de nationalité. La logique aurait voulu que l'État puisse exercer celui-ci dès lors que la personne privée qui a subi un dommage en conséquence d'un fait internationalement illicite avait sa nationalité au moment de sa survenance.

14. Curieusement, le professeur John Dugard, second Rapporteur spécial sur le sujet, avait proposé la solution inverse²⁴. Mais, finalement, pour de mauvaises raisons pratiques – la crainte illusoire d'un *nationality shopping*²⁵, la Commission, ici encore, a préféré s'en tenir à la règle traditionnelle alors qu'elle eût pu proposer soit de rationaliser le système dans la ligne de la formule *Mavrommatis*, soit de le réformer en admettant que la fiction que traduit (magnifiquement) cette formule avait perdu sa raison d'être – auquel cas, c'est l'État de nationalité au moment de la réclamation qui aurait dû se voir reconnaître le droit d'exercer sa protection au profit de

23 Cf. la position catégorique de la CPJI, arrêt du 28 février 1939, *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis, série A/B, n° 76*, p. 16. V. aussi S.A., 1850, Morrison c. Mexique, in J.B. Moore, *op. cit.* (note 3), vol. III, p. 2325 ; Commission mixte Etats-Unis d'Amérique/Mexique, 9 août 1876, *L.S. Hargous c. Mexique* (n° 784), *ibid.*, pp. 2328-2329 ; Commission mixte Etats-Unis d'Amérique/Venezuela, 2 septembre 1890, *Albino Abbiatti* (n° 34), *ibid.*, pp. 2347-2348 ; *Commission mixte de réclamations Italie/Venezuela, 1903, Matilde Miliani, RSA*, vol. X, p. 591 ; Commission mixte de réclamations France/Venezuela, 31 juillet 1905, *Héritiers de Jean Maninat, RSA*, vol. X, pp. 76-77 ; Commission mixte de réclamations Allemagne/États-Unis d'Amérique, *Décision administrative n° 1*, 1^{er} novembre 1923, *RSA*, vol. VII, p. 26 et *Décision administrative n° 5*, 31 octobre 1924, *ibid.*, pp. 140 et s. ; S.A. (Max Huber), 29 décembre 1924, *Biens britanniques au Maroc espagnol (Espagne/ Royaume Uni)*, *RSA*, vol. II, p. 706 ; Commission de réclamations Mexique/Royaume-Uni, 24 juin 1931, *Minnie Stevens Eschauzier v. United Mexican States, RSA*, vol. V, pp. 209-211. Pour un exemple récent v. CIRDI, S.A., 26 juin 2003, *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America (Case No. ARB(AF)/98/3)* (fond), 42 *ILM*, 2003, 848, par. 229-230.

24 V. le projet d'article 9 proposé par le rapporteur spécial dans son Premier rapport (2000, A/CN.4/506/Add.1) : « 1. Si une personne lésée a changé de nationalité de bonne foi après avoir subi un dommage, le nouvel État de nationalité peut exercer la protection diplomatique à l'égard de cette personne pour ce dommage, à condition que l'État de nationalité d'origine n'ait pas exercé ou ne soit pas en train d'exercer la protection diplomatique à l'égard de cette personne à la date du changement de nationalité ».

25 V. *Rapport préc.* (note 1), par. 1 du commentaire de l'article 14.

la personne privée lésée : c'est avec cet État que celle-ci a les liens les plus forts; c'est lui dont elle peut espérer la protection la plus efficace.

15. Au lieu de cela, la Commission, conformément à une tentation à laquelle elle succombe de plus en plus fréquemment, s'en tient à une demi-mesure : tout en maintenant le principe traditionnel, elle lui apporte une atténuation, d'ailleurs bienvenue du fait qu'elle limite les risques de déni de justice, mais qui ne repose sur aucune base logiquement discernable :

- au paragraphe 2 de l'article 4, elle admet, *de lege ferenda*, que le nouvel État de nationalité peut exercer sa protection « pour autant que la personne lésée a perdu sa première nationalité et qu'elle a acquis, pour une raison sans rapport avec la formulation de la réclamation, la nationalité de l'État réclamant d'une manière non contraire au droit international »²⁶; et
- le paragraphe 3 ajoute à l'exigence du respect du droit international « une autre garantie contre les abus de la suspension de la règle de la continuité de la nationalité. La protection diplomatique ne peut être exercée par le nouvel État de nationalité contre un ancien État de nationalité de la personne lésée à raison d'un préjudice subi alors que cette personne avait la nationalité de l'ancien État de nationalité et non du nouveau »²⁷.

16. Dans son esprit, cette règle est conforme au principe selon lequel « [u]n État de nationalité ne peut exercer la protection diplomatique à l'égard d'une personne contre un État dont cette personne a également la nationalité... » reprise à l'article 7 du projet. La Commission, se fondant sur plusieurs précédents²⁸, lui a cependant apporté un heureux tempérament en prévoyant une exception lorsque la nationalité prépondérante (continue) est celle de l'État qui exerce sa protection, rompant ainsi avec la règle absolue énoncée à l'article 4 de la Convention de La Haye sur la nationalité. On ne s'en demande pas moins pourquoi, dès lors, la C.D.I. retient, à l'article 4 de son projet le principe selon lequel un lien de nationalité purement formel suffit à permettre à un État d'exercer sa protection en l'absence même d'un « lien effectif », absence qui avait conduit la C.I.J. à écarter, à juste titre, la recevabilité de la requête du Liechtenstein contre le Guatemala dans l'affaire *Nottebohm*²⁹ : si la C.D.I. entendait rompre avec le formalisme qui,

26 *Mutatis mutandis*, cette faculté est étendue par l'art. 10, par. 2, en faveur d'une société « qui avait sa nationalité au moment du préjudice et qui, du fait de ce préjudice, a cessé d'exister d'après la loi de cet État ».

27 *Rapport préc.* (note 1), par. 7 du commentaire.

28 Not. Commission de conciliation États-Unis-Italie, S.A., 10 juin 1955, *Florence Mergé, RSA*, vol. XIV, pp. 238-248 et Tribunal Iran-États-Unis des réclamations, S.A., 6 avril 1984, affaire A/18, *C.T.R.*, 1984, p. 251.

29 Arrêt du 6 avril 1955, *CIJ Recueil 1955*, p. 23.

souvent, caractérise la matière, elle eût été mieux inspirée de s'attacher plus fermement aux notions de « lien effectif » et de « nationalité prépondérante »³⁰ que de saupoudrer son projet d'innovations partielles qui en diminuent la cohérence sans pour autant adapter suffisamment le droit de la protection diplomatique aux réalités contemporaines.

17. Au nombre de ces heureuses mais prudentes audaces, figure aussi l'article 8 du projet qui admet la possibilité pour l'État de résidence d'exercer sa protection en faveur d'un apatride ou d'un réfugié – tout en leur imposant, logiquement, la règle de la continuité de la « résidence légale et habituelle » qui correspond, *mutatis mutandis*, à celle de la continuité de nationalité. Ce faisant, la Commission rompt utilement avec la pratique traditionnelle³¹ au profit de personnes souvent particulièrement vulnérables même si le réalisme imposait d'exclure la possibilité de toute protection de la part de l'État de résidence à l'égard de celui dont un réfugié a la nationalité³². Il reste que, ici encore, la règle retenue par la C.D.I. au titre du développement progressif n'est guère compatible avec la fiction maintenue par ailleurs : on voit mal à quel titre en exerçant sa protection diplomatique en faveur d'un apatride ou d'un réfugié résidant sur son territoire un État exercerait « son propre droit » . . .

18. Le caractère artificiel et inadapté de la fiction traditionnelle apparaît avec la même clarté avec l'exigence de l'épuisement des recours internes – que maintient fermement, et à juste titre, l'article 14 du projet. Comment peut-on expliquer rationnellement que le droit propre qu'est supposé avoir l'État de « faire respecter en la personne de ses ressortissants, le droit international » puisse être tenu en échec par la négligence des ressortissants en question à utiliser les voies de recours qui leur sont ouvertes par le droit interne de l'État auteur du fait internationalement illicite?

19. Cette règle traditionnelle³³, déjà rappelée à l'article 44 des Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite³⁴, s'impose sûrement : il est légitime et sain de donner à un État souverain la possibilité de s'acquitter de ses obligations internationales à l'égard d'un particu-

30 Auxquelles l'article 6 relatif aux nationalités multiples se montre également fermé. V. cependant les critiques adressées à cette disposition par L. Cafilisch en tant que représentant de la Suisse (« Pratique suisse 2000 » in *RSDIE*, 2001, 642, également reproduites in *op. cit.* (note 12), p. 80).

31 Cf. en ce qui concerne les apatrides, S.A., Commission des réclamations États-Unis-Mexique, juillet 1931, *Dickson Car Wheel Company, RSA*, vol. IV, p. 678.

32 Ce qu'exclut expressément le par. 3 de l'article 8.

33 Cf. C.I.J, arrêts, 22 juillet 1952, *Anglo-Iranian Oil Cy.*, *Recueil 1952*, p. 93 ; 19 mai 1953, *Ambatielos*, *Recueil 1953*, pp. 22-23 ; 21 novembre 1959, *Interhandel*, *Recueil 1959*, p. 27 ; Chambre, 20 juillet 1989, *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, *Recueil 1989*, p. 42, par. 50.

34 Annexés à la résolution 56/83 de l'Assemblée générale du 12 décembre 2001.

lier d'abord dans le cadre de son droit interne; de même qu'il est naturel d'apporter au principe de l'épuisement des recours internes les éléments de souplesse et de réalisme qui lui sont habituellement associés, reflétés dans l'article 16 du projet. Toutefois, à cet égard aussi, la Commission manque sans doute l'occasion de tirer toutes les conséquences d'un balbutiement bienvenu de développement progressif du droit.

20. Aux termes des alinéas a), b) et d) de cette disposition, les recours internes n'ont pas à être épuisés lorsqu'ils « n'offrent aucune possibilité raisonnable d'obtenir une mesure de réparation efficace » ou en cas de « retard abusif attribuable à l'État réputé responsable », ou encore si celui-ci « a renoncé à exiger que les recours internes soient épuisés ». On pourra contester telle ou telle formulation retenue par la Commission de préférence à telle autre mais, dans leur principe, ces normes de codification ne prêtent pas le flanc à la critique. Plus intéressante et potentiellement féconde est, à vrai dire, la précision donnée à l'alinéa c) qui exclut également l'obligation d'épuisement préalable des recours internes lorsque :

Il n'existe pas de lien pertinent entre la personne lésée et l'État réputé responsable, ou les circonstances de l'espèce font par ailleurs qu'il est déraisonnable d'exiger l'épuisement des recours internes.

21. Il s'agit là, sans aucun doute, d'une clarification importante, dont on ne sait trop si elle relève de la codification ou de développement progressif du droit³⁵. On peut cependant regretter la rédaction floue de cette disposition, qui ne fixe aucun critère clair aux exceptions qu'elle énonce, alors qu'il eût été approprié de consacrer le principe du « lien volontaire » souvent invoqué par la doctrine anglo-saxonne³⁶ et qu'avait très remarquablement exposé (mais mollement défendu) le Rapporteur spécial dans son 3^e rapport³⁷ : contrairement à la directive très générale adoptée par la Commission, ce principe en vertu duquel « [c]e n'est que lorsque l'étranger s'est volontairement placé sous la juridiction de l'État défendeur qu'il peut être tenu

35 V. le commentaire de cette disposition qui relève les incertitudes de la jurisprudence, *Rapport préc.* (note 1), par. 9 du commentaire de l'article 16).

36 D.P. O'Connell, *International Law*, 2^e éd. (London, Stevens, 1970), vol. 2, p. 1057 ; T. Meron, « The Incidence of the Rule of Exhaustion of Local Remedies », 35 *BYBIL*, 1959, 83 ; C. Parry, « Some Considerations upon the Protection of Individuals in International Law », 90 *RCADI*, 1956-II, p. 688 ; Ch. Amerasinghe, *Local Remedies in International Law* (Grotius, Cambridge, 1990), p. 138 ; D.R. Mummery, « The Content of the Duty to Exhaust Local Remedies », 58 *AJIL*, 1964, 394 ; I.L. Head, « A Fresh Look at the Local Remedies Rule », 5 *CYIL*, 1967, 143-153. V. aussi, d'une façon plus nuancée, I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6^e éd. (Oxford University Press, 2003), pp. 474-475.

37 A/CN.4/523, pp. 28-37, par. 65-89.

d'épuiser les recours internes »³⁸, est susceptible de fournir à l'interprète et au juge un critère raisonnablement opérationnel.

22. Quant à l'article 15, il répond à une question difficile que plusieurs affaires soumises à la C.I.J. ont posée³⁹ : celle de savoir si le principe de l'épuisement des recours internes s'applique dans les hypothèses dans lesquelles la réclamation concerne à la fois un préjudice « immédiat » (directement subi par l'État) et un dommage « médiateur » (subi par l'État protecteur « en la personne de ses ressortissants »⁴⁰). Pour y répondre, la C.D.I. retient un critère empirique en suggérant que les recours internes doivent être épuisés si la réclamation (ou, précision importante, « la demande de jugement déclaratif lié à la réclamation ») « repose principalement sur un préjudice » médiateur⁴¹. Ceci semble relever du simple bon sens mais on peut regretter que les facteurs permettant d'apprécier cette prépondérance ne soient pas évoqués dans le texte de l'article 15 et ne fassent l'objet que de mentions cursives dans le commentaire⁴².

23. Les dispositions relatives à la protection diplomatique des personnes morales (chapitre III de la deuxième partie du projet – articles 9 à 13) pèchent, elles aussi, à la fois par une certaine superficialité et par un attachement à des principes largement dépassés. La Commission et son Rapporteur spécial se sont en effet essentiellement fondés sur les principes dégagés par la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la *Barcelona Traction*⁴³ et, dans une mesure moindre, dans celle de l'*Elettronica Sicula*

38 *Ibid.*, p. 29, par. 69.

39 V. not. CIJ, arrêts du 21 mars 1959, *Interhandel (Exceptions préliminaires)*, *Recueil 1959*, pp. 26-29 ; du 20 juillet 1989, *Elettronica Sicula, S.p.A.*, *Recueil 1989*, pp. 42-48, par. 49-63 ou du 31 mars 2004, *Avena et autres ressortissants mexicains*, *Recueil 2004*, pp. 34-36, par. 38-40.

40 Malgré l'insistance de plusieurs membres de la Commission, celle-ci s'est refusée à consacrer cette terminologie bien établie dans la littérature juridique francophone ; le recours à ce vocabulaire aurait pourtant permis d'éviter la fâcheuse confusion qu'entraîne l'utilisation (impropre) des expressions « préjudice direct » ou « indirect » ou des laborieuses périphrases nécessaires pour la dissiper. Malheureusement, nos collègues anglophones sont peu réceptifs à ce type d'acculturation . . .

41 La phrase complète se lit ainsi : « . . . repose principalement sur un préjudice causé à une des personnes ayant la nationalité de l'État réclamant ou à une autre personne visée dans l'article 8 » ; il y a là un bel exemple des acrobaties terminologiques auxquelles conduit le refus de la distinction, sans doute trop cartésienne, entre dommages médiateurs et immédiats.

42 *Rapport préc.* (note 1), par. 4 du commentaire de l'article 15.

43 L'arrêt rendu par la CIJ le 5 février 1970 est cité cinq fois dans le commentaire de l'article 9 du projet (« État de nationalité d'une société »), qui ne comporte que deux autres références – l'une à l'avis consultatif de la CPJI de 1923 dans l'affaire des *Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc*, l'autre à l'arrêt de la CIJ de 1955 dans l'affaire *Nottebohm*. Dans le commentaire de l'article 11 (« Protection des actionnaires »), l'arrêt de 1970 est cité vingt-sept fois . . . Ces commentaires sont fondés sur le 4^e rapport du professeur Dugard (A/CN.4/530) qui se limite largement à commenter l'affaire de la *Barcelona Traction*.

S.p.A. (ELSI), soit à des arrêts qui datent respectivement de 1970 et 1989, rendus dans des contextes qui sont à des années-lumière de l'environnement économique et politique international actuel marqué par la globalisation et un libéralisme économique pleinement assumés – qu'on l'approuve ou qu'on le regrette; mais là n'est pas la question. On ne peut dès lors que regretter que la Commission n'ait pas répondu favorablement à l'appel de son Rapporteur spécial qui, bien qu'il s'appuyât lui-même trop exclusivement sur la décision de la C.I.J., reconnaissait que « [l]'arrêt Barcelona Traction n'est pas sacro-saint ni intangible »⁴⁴ et que la C.D.I. « pourrait donc se sentir tenue de s'en écarter et de formuler une règle correspondant mieux aux réalités des investissements étrangers et encourageant les investisseurs étrangers à préférer, s'agissant d'obtenir réparation, la protection diplomatique à la protection des traités bilatéraux relatifs aux investissements »⁴⁵.

24. La présente contribution ne se prête pas à une critique approfondie des règles retenues par la C.D.I. en la matière. On peut cependant en relever les principales faiblesses, qui tiennent surtout à son caractère passablement « passéiste » et à la timidité des rares avancées qu'elles réalisent.

25. La moindre de ces gaucheries n'est pas le refus de la majorité des membres de la Commission⁴⁶ d'envisager la possibilité pour une société d'avoir (ou d'être considérée comme ayant) deux ou plusieurs nationalités : on se prive ainsi à coup sûr de la possibilité d'appréhender la réalité transnationale des pouvoirs économiques privés. Dans le même esprit, on peut avoir plus que des doutes sur le bien-fondé de la transposition aux sociétés de la règle de la continuité de la nationalité par l'article 10 du projet⁴⁷ même si l'on ne peut qu'approuver, dans son principe, l'exception prévue au paragraphe 2, aux termes duquel « un État reste en droit d'exercer sa protection diplomatique au bénéfice d'une société qui avait sa nationalité au moment du préjudice et qui, du fait de ce préjudice, a cessé d'exister d'après la loi de cet État ».

26. On peut s'interroger sur la logique qu'il y a à laisser un État exercer sa protection au profit d'une société qui a cessé d'exister : en réalité, dans un cas de ce genre, ce sont les actionnaires de la société qui, inévitablement, sont les bénéficiaires de la protection. Il est curieux que la C.D.I. n'ait pas affronté la difficulté et prévu une protection qui, dans ce cas précis risque, en fait, d'être illusoire. Au demeurant, sur le papier au moins, la

44 4^e rapport préc. (note 43), p. 10, par. 22.

45 *Ibid.*, p. 12, par. 27.

46 Il est fait une très brève allusion à la position contraire de la minorité au paragraphe 7 du commentaire de l'article 9, *Rapport* préc. (note 1).

47 *V. supra*, par. 13-15.

combinaison des dispositions des articles 10 et 11 (« Protection des actionnaires ») sur ce point ne laisse place à aucun vide juridique :

- au titre de l'article 10, l'État de nationalité de la société peut exercer sa protection en faveur d'une société dissoute si celle-ci a cessé d'exister *du fait du préjudice* subi;
- en vertu de l'article 11, l'État de nationalité des actionnaires peut exercer sa protection diplomatique au bénéfice de ceux-ci si la société a cessé d'exister *sans rapport avec le préjudice*.

Ceux-ci sont donc, en apparence⁴⁸, assurés, indirectement ou directement, de pouvoir être protégés quelle que soit la cause de la disparition de la société même si les motifs du traitement distinct réservé à chacune des deux hypothèses n'apparaissent pas clairement⁴⁹.

27. Plus préoccupantes sont les positions très conservatrices prises par la C.D.I. en ce qui concerne les conditions mises à la protection des actionnaires par l'État ou les États dont ils ont la nationalité⁵⁰.

28. Il n'est pas douteux que les considérations dominantes qui ont inspiré la C.I.J. pour dénier, dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, tout droit de protection de la Belgique en faveur des actionnaires de la société ne sont pas dénuées de force :

- il est légitime de considérer qu'en constituant une société dans un État donné, autre que celui dont ils ont la nationalité, les actionnaires acceptent, en contrepartie des avantages (en général fiscaux) qu'ils en attendent, « les risques créés par le fait que la protection de la société et donc de ses actionnaires est ainsi confiée à un État autre que l'État national de ces derniers »⁵¹; et
- il est certainement exact que « les actions des sociétés ayant une activité internationale sont très dispersées et changent souvent de mains »⁵², si bien

48 Mais la réalité est différente : v. *infra*, par. 30.

49 Les précisions relatives au lien avec le préjudice ne figuraient pas dans le projet d'article 18, alinéa a), proposé par le Rapporteur spécial, v. rapport préc. (note 43), p. 26. En raison de la difficulté de déterminer le moment exact où la société disparaît et ses actionnaires prennent le relais, le Rapporteur spécial avait d'ailleurs, dans son 4^e rapport, préconisé la co-existence de deux protections, celle de l'Etat national de la société « disparue » et celle exercée pour le compte des actionnaires par leur Etats nationaux respectifs (*ibid.*, pp. 45-46, par. 104).

50 L'article 12 du projet, relatif à l' « Atteinte directe aux droits des actionnaires », se borne à entériner le principe posé à cet égard dans l'arrêt de la CIJ de 1970 (*Recueil 1970*, p. 36, par. 46-47) et n'appelle pas de remarques particulières, sauf à relever que son laconisme n'éclaire guère le principe qu'il proclame. Le Rapporteur spécial a d'ailleurs qualifié cette disposition comme étant une « clause de sauvegarde » (Rapp. préc. note 43, p. 39, par. 88).

51 *Recueil 1970*, p. 50, par. 99 ; v. aussi p. 35, par. 43.

52 *Ibid.*, p. 49, par. 96.

que le droit peut difficilement s'évertuer à rechercher la réalité du contrôle exercé sur la société et qu'il ne saurait être question de percer le voile social systématiquement.

29. La C.D.I. s'est montrée sensible à ces considérations⁵³ mais celles-ci ne constituent pas la fin de la question. Il n'est, en particulier, pas acceptable 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, très frileuse, qu'elle retient dans l'alinéa b) de l'article 11⁵⁴, n'est justifiée ni en droit ni en équité. Il est d'ailleurs tout à fait significatif que les commentaires dont la Commission assortit cette disposition aient presque exclusivement pour effet de justifier une solution beaucoup plus favorable « au droit de l'État des actionnaires d'une société d'intervenir contre l'État où la société a été constituée lorsqu'il est responsable du préjudice causé à la société »⁵⁵, sans s'encombrer des restrictions paralysantes retenues par le projet.

30. Dans le même esprit, l'exigence, à l'alinéa a) de l'article 11 (dont il n'est pas clair qu'il soit applicable aux sociétés ayant la nationalité de l'État d'accueil), de la disparition pure et simple de la société dans l'État de nationalité, n'est pas défendable : ici encore la Commission s'en est tenue à l'arrêt de la C.I.J. dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, qui constitue son horizon apparemment indépassable, et qu'elle interprète d'ailleurs de manière sans doute abusivement restrictive⁵⁶. Mais on se demande pourquoi les actionnaires se trouvent privés de protection lorsque l'État d'accueil paralyse en fait le fonctionnement de la société⁵⁷ et, plus encore, pourquoi leur protection est limitée aux cas dans lesquels la disparition de la société est « sans rapport avec le préjudice »⁵⁸ – c'est, précisément lorsque l'existence (en droit ou en fait) de la société (quelle que soit sa nationalité) cesse du fait du comportement de l'État d'accueil que les actionnaires ont le plus besoin de protection.

53 V. *Rapport* préc. (note 1), par. 2 du commentaire.

54 « L'État de nationalité des actionnaires d'une société ne peut exercer sa protection diplomatique au bénéfice desdits actionnaires lorsqu'un préjudice est causé à la société que : [...] »

b) Si la société a, au moment du préjudice, la nationalité de l'État qui est réputé en être responsable et si sa constitution en vertu de la loi de cet État était une condition exigée par ce dernier pour qu'elle puisse exercer ses activités dans le même État ».

55 *Rapport* préc. (note 1), par. 10 du commentaire de l'article 11 – d'une façon plus générale, v. les par. 7 à 11.

56 *Ibid.*, par. 4 et 5.

57 Du reste, la Commission relève que la jurisprudence *Barcelona Traction* est plus rigoureuse que la jurisprudence traditionnelle (v. *ibid.*, par. 4 du commentaire de l'art. 11).

58 V. aussi *supra* (note 49).

31. Du reste, les positions très restrictives de la Commission, inspirées sans doute par des considérations idéologiques respectables mais détachées de la réalité actuelle du monde des affaires, sont en complet déphasage par rapport aux principes juridiques dominants que reflètent par exemple les conventions bilatérales d'investissements et la jurisprudence constante des tribunaux CIRDI. Il en résulte que la protection de l'actionnaire est devenue le principe même, et non plus seulement une exception à la règle de base. Dans une sentence de 1999, un tribunal a ainsi conclu que « la jurisprudence antérieure du CIRDI ne limite pas la qualité pour agir aux seules personnes morales directement visées par les mesures litigieuses mais l'étend aux actionnaires de ces personnes, qui sont les véritables investisseurs »⁵⁹, et ceci indépendamment de leur participation majoritaire ou minoritaire⁶⁰.

32. Sans doute, les tribunaux CIRDI ont-ils précisé que “the issues before this Tribunal concern not diplomatic protection under customary international law but the rights of shareholders, as determined by the treaty, namely, under the BIT”⁶¹. Il n'en reste pas moins que la Commission ne renforce sûrement pas la crédibilité de son projet en allant à contre-courant d'une tendance « lourde » du droit international contemporain⁶² et en

59 Sentence du 10 février 1999, *Antoine Goetz et autres c. République du Burundi* (ARB/95/3), 15 *ICSID Review*, 496-497, par. 89. Dans le même sens, CIRDI, décision sur la compétence, 3 août 2004, *Siemens A.G. c. Argentine*, par. 142 (publié sur le site <http://www.worldbank.org/icsid/cases/siemens-decision-en.pdf>).

60 V. CIRDI, décision préliminaire sur la compétence, 8 décembre 1998, *Lanco International, Inc. c. Argentine* (ARB/97/6), 40 *ILM*, 2001, 461, par. 10.

61 CIRDI, décision sur la compétence, 8 décembre 2003, *Azurix Corp. c. Argentine* (ARB/01/12), 43 *ILM*, 2004, 276, par. 72 ; décision sur la compétence, 3 août 2004, *Siemens A.G. c. Argentine*, préc. (note 59), par. 140. D'une façon comparable, le Tribunal irano-américain de réclamations a pu accueillir des réclamations introduites par des actionnaires, en application cependant non du droit international général, mais des dispositions spécifiques de la Déclaration du Gouvernement de la République algérienne, démocratique et populaire sur le règlement du contentieux entre le Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique et le Gouvernement de la République islamique d'Iran du 19 janvier 1981 (*Iran-US CTR*, vol. 1, pp. 9 et s.), et notamment son article VII, par. 2. V.P. Daillier (dir.), « Tribunal irano-américain de réclamations », *AFDI*, 2000, 358-363.

62 Et il ne suffit certainement pas, pour régler le problème, de reléguer cette tendance aux « dispositions conventionnelles spéciales » – dont la Commission réserve l'applicabilité à l'article 18 de son projet : lorsque ces dispositions se comptent par milliers, il convient au moins de se demander si la règle générale traditionnelle ne s'en trouve pas ébranlée. Comme le président Schwebel l'a relevé : “[c]ustomary international law governing the treatment of foreign investment has been reshaped to embody the principles of law found in more than two thousand concordant bilateral investment treaties. With the conclusion of such a cascade of parallel treaties, the international community has vaulted over the traditional divide between capital-exporting and capital-importing states and fashioned an essentially unified law of foreign investment” (“The Influence of Bilateral Investment Treaties on Customary International Law”, *ASIL Proceedings*, vol. 98, 2004, p. 27). V. aussi CIRDI, sentence du 11 octobre 2002, *Mondev International Ltd. c. Etats-Unis d'Amérique* (ARB(AF)/99/2), 42 *ILM*, 2003, 107-108, par. 117.

excluant de la protection diplomatique une partie importante de différends intéressant les particuliers.

33. En restreignant ainsi le champ d'application de la protection diplomatique, le projet de la C.D.I. rate l'occasion de créer un régime attractif et adapté aux nouvelles données de la vie économique internationale. Le grand nombre de recours portés devant des mécanismes de règlement de différends comme le CIRDI témoignent du peu de confiance que prêtent les investisseurs internationaux à la protection diplomatique « classique » qui, aujourd'hui, ne semble plus à même de « sauvegard[er] les investissements à l'étranger placés dans des sociétés d'une manière complète et relativement efficace » comme Lucius Caffisch pouvait le constater en 1969⁶³. Dans son état actuel, le projet adopté par la Commission ne répond assurément pas à l'appel lancé par le Professeur Dugard dans son premier rapport : « Au lieu de chercher à affaiblir l'institution en l'écartant comme une fiction dépassée dont on n'a plus l'usage, il faudra au contraire tout faire pour renforcer les règles qui composent le droit de la protection diplomatique »⁶⁴.

2 UN PROJET INCOMPLET

34. Non seulement le projet sur la Protection diplomatique adopté par la C.D.I. en première lecture en 2004 semble inadapté aux nouvelles données de la vie internationale et rate le dépoussiérage vigoureux d'une institution fondée sur des postulats dépassés, dont il aurait pu et dû être l'occasion, mais encore, il ne tient pas, loin s'en faut, les promesses de son titre même. En réalité, il ne codifie pas (ni ne développe progressivement) tout le droit de la protection diplomatique, mais il s'en tient au seul énoncé des règles relatives aux conditions de recevabilité des réclamations formées dans ce cadre. Ceci ne couvre pas tout le sujet, ni même, peut-être, la partie la plus intéressante et utile de celui-ci.

35. La Commission croit s'en expliquer en indiquant en préambule de son projet⁶⁵ qu'elle n'a pas jugé opportun de traiter :

- des questions relatives aux conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite – qui font l'objet de plusieurs dispositions des Articles relatifs à la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite ;
- des règles primaires applicables au traitement des étrangers – qui relèvent, en effet, d'une autre problématique et interviennent en amont de la protection,

63 *La protection des sociétés commerciales et des intérêts indirects en droit international public* (Martinus Nijhoff, La Haye, 1969), p. 267.

64 2000, A/CN.4/506, p. 9, par. 32. V. aussi *supra* (note 45).

65 V. les par. 1 à 3 de l'introduction au commentaire du projet, *Rapport préc.* (note 1).

- et dont la violation constitue la condition substantielle préalable à son exercice; ni
- de la protection fonctionnelle que peuvent accorder les organisations internationales à leurs agents lorsque ceux-ci sont victimes dans l'exercice de leurs fonctions, de dommages résultant d'un manquement au droit international.

36. Tout ceci est parfaitement acceptable même si, s'agissant du dernier point, il est pour le moins discutable de ne pas avoir tenté de rationaliser l'articulation existant entre les deux formes de protection (qui peuvent bénéficier à une même personne) et si l'on peut s'étonner de la légèreté avec laquelle la Commission s'en remet, pour leur combinaison, aux « solutions inspirées par la bonne volonté et le bon sens » que la C.I.J. appelait de ses vœux dans son avis consultatif de 1949 dans l'affaire du *Comte Bernadotte*⁶⁶.

37. D'autres lacunes sont autrement plus critiquables. Contrairement à ce que laisse entendre la seule mention qui est faite dans le commentaire des regrets exprimés par certains membres de la Commission à cet égard, le problème n'est pas que le projet insiste sur la recevabilité des réclamations⁶⁷ – un point important qu'il n'aurait évidemment pas été acceptable de négliger (même s'il fait l'objet de l'article 44 des Articles sur la responsabilité) – mais à son silence assourdissant sur d'autres aspects essentiels du sujet dont les « conséquences juridiques de la protection diplomatique »⁶⁸ ne sont que l'un des exemples les plus marquants.

38. L'article 2 du projet reconnaît aux États « le droit d'exercer la protection diplomatique conformément aux présents articles ». Ce principe, central, mérite certainement bien davantage que la simple mention dont il est l'objet dans cette disposition laconique.

39. Bien que le commentaire de la Commission opère la confusion⁶⁹ entre, d'une part, le droit appartenant à l'État d'exercer (ou non) sa protection diplomatique et, d'autre part, la fiction qui la fonderait (mais qui n'en est nullement le support nécessaire⁷⁰), ces deux éléments ne se confondent pas. Or si le caractère discrétionnaire de l'exercice de ce droit par l'État (aux conditions prévues par le projet) n'est pas douteux⁷¹, cette constatation, à laquelle se borne l'article 2 du projet n'épuise pas la question.

66 11 avril 1949, *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, Recueil 1949, p. 186. Ce passage est cité *ibid.*, par. 3.

67 *Rapport préc.* (note 1), par. 1 du commentaire général.

68 *Ibid.*

69 *Ibid.*, par. 1 du commentaire de l'art. 2.

70 *V. supra*, par. 5-7.

71 « L'État doit être considéré comme seul maître de décider s'il accordera sa protection, dans quelle mesure il le fera et quand il y mettra fin », CIJ, arrêt préc. (note 5), du 5 février 1970, Recueil 1970, p. 44, par. 79.

40. En premier lieu, on a pu se demander si, à l'orée du 21^e siècle, le pouvoir d'appréciation dont dispose l'État de nationalité en ce domaine devait demeurer sans limites. Dans son premier rapport, le professeur Dugard avait fait valoir que la question mérite d'être examinée de plus près par la Commission notamment en raison des divergences entre la position traditionnelle en droit international, d'une part, et la pratique étatique de nombre d'États et certaines positions doctrinales, d'autre part⁷². La Commission n'a pas cru devoir suivre sur ce point son Rapporteur spécial qui lui avait proposé d'admettre une obligation de protection à la charge de l'État de nationalité « si le préjudice est le résultat d'une violation grave d'une norme de *jus cogens* imputable à un autre État »⁷³. Bien que certains droits internes consacrent, à certaines conditions, une obligation de protection à la charge de l'État de nationalité⁷⁴, sa transposition au plan international eût constitué une innovation considérable et la référence au *jus cogens* risquait d'être source de grandes difficultés dans la mise en œuvre du principe⁷⁵.

41. Toutefois, une fois admis le pouvoir discrétionnaire de l'État en ce domaine, ce principe soulevait de nombreuses questions; la Commission n'en aborde – à plus forte raison n'en tranche – aucun. L'un des plus délicats est, évidemment, la question de savoir si une personne privée peut renoncer à une protection qui constitue un droit pour l'État de nationalité et non pour lui.

42. C'est toute la question posée par les très fameuses « clauses Calvo » auxquelles le professeur Dugard avait consacré d'assez longs développements dans son troisième rapport⁷⁶, développements dont les commentaires du projet ne conservent qu'un écho très assourdi⁷⁷. Il est vrai que, curieusement, le Rapporteur spécial avait lié son examen à la question de l'épuisement des recours internes alors que la validité ou les effets de la clause posent des problèmes beaucoup plus généraux et d'abord celui de savoir si un particulier peut disposer, par contrat, d'un droit qui appartient à l'État.

72 Rapport préc. (note 64), par. 76-89.

73 Projet d'art. 4, par. 1, *ibid*.

74 *Ibid.*, par. 80-87.

75 Autant l'auteur de la présente contribution est favorable à ce que des conséquences concrètes soient tirées de ce concept – y compris en dehors du droit des traités – autant il éprouve quelque doute sur l'opportunité de créer, dans l'état actuel des choses, des occasions de contentieux *interne* (entre un particulier et un État refusant de lui accorder sa protection) dans ce domaine : les tribunaux nationaux risquent d'être fort mal à l'aise pour se prononcer à cet égard.

76 A/CN.4/523/Add. 1 (2002). Pour une étude nuancée de la jurisprudence internationale, v. Ch. Rousseau, *Droit international public*, tome V, *Les rapports conflictuels* (Paris, Sirey, 1983), pp. 203-208.

77 Dans le par. 13 du commentaire de l'article 16d) – v. *Rapport préc.* (note 1).

Si l'on pose la question de cette manière, la réponse doit certainement être négative : on ne peut renoncer à un droit que l'on n'a pas. Mais on peut aussi considérer que le particulier peut s'engager à ne pas rechercher la protection de l'État de nationalité et que, s'il le fait au mépris de son engagement contractuel⁷⁸, il y a rupture du contrat – ceci est une manifestation de la question des *clean hands* que la C.D.I. a tardivement examinée pour, finalement, décider qu'elle ne relevait pas du projet à l'examen⁷⁹. Quoiqu'il en soit, malgré la recommandation de son Rapporteur spécial, la Commission, qui était extrêmement divisée sur ce sujet, a décidé de ne pas inclure dans son projet de disposition relative à la clause Calvo, sans donner aucune explication claire à ce « refus d'obstacle »⁸⁰.

43. Une autre question, similaire à certains égards, est de savoir si le fait pour un particulier d'utiliser les voies de recours directes qui peuvent lui être offertes au plan international empêche son État de nationalité de le faire bénéficier de sa protection ou, inversement, si une fois une réclamation formée par l'État au titre de la protection diplomatique, la personne protégée demeure libre d'agir au plan international si des voies lui sont ouvertes à cette fin.

44. Sans doute, comme l'a souligné Lucius Caffisch, en tant que représentant de la Suisse à la Sixième Commission de l'Assemblée générale, « les deux mécanismes [la protection diplomatique, d'une part, et les procédures de protection des droits de l'homme, d'autre part] doivent demeurer séparés, même si leurs objets se recouvrent partiellement » et il était légitime que la C.D.I. axe « ses travaux sur l'étude de la protection diplomatique [sans] préjuger les questions relevant de la protection internationale des droits de l'homme »⁸¹. Mais ceci ne lui interdisait certainement pas de s'interroger sur les relations existant entre ces deux catégories de mécanismes.

45. Le problème ne se pose évidemment pas lorsque, à l'image de l'article 27, paragraphe 1, de la Convention de Washington créant le CIRDI, l'État de nationalité renonce expressément à exercer la protection diploma-

78 Ce qui, il est vrai, peut poser de difficiles problèmes de preuve.

79 V. *infra*, par. 55-56.

80 V. le *Rapport de la CDI*, 54^e session (2002), Assemblée générale, documents officiels, 57^e session, Supp. n° 10 (A/57/10), p. 184, par. 273. C'est, à vrai dire, la conjonction des extrêmes qui explique cette décision peu glorieuse : entre les membres qui, pour des raisons purement idéologiques, voulaient faire consacrer la validité de la clause et ceux qui lui déniaient, dogmatiquement, tout effet, il n'y avait guère de place pour une position médiane telle que celle défendue par le Rapporteur spécial dans le projet d'article 16 qu'il avait soumis à la Commission, Rapport préc. (note 66), dont la rédaction laissait probablement à désirer mais qui, dans son principe, était recommandable.

81 Communiqué de presse, AG/J/253, 26 octobre 1998, p. 6.

tique de ses ressortissants lorsque ceux-ci disposent de moyens de recours directs et effectifs. Mais *quid* lorsqu'il n'existe aucune disposition expresse?

46. À vrai dire, le projet d'articles de 2004 n'ignore pas complètement ce problème. Mais au lieu de l'affronter et d'indiquer les règles applicables dans une hypothèse de ce genre⁸², il en traite par prétériorité, sous forme de « clauses sans préjudice » figurant dans les articles 17 et 18 – qui eussent du reste gagné à être fusionnés – qui n'abordent pas les problèmes de front et se bornent bien plutôt à en signaler l'existence. Ce faisant, la Commission ne s'acquitte pas complètement de sa mission de développement progressif et de codification du droit international. Ce n'eût cependant pas été superflu et les commentaires dont ces dispositions sont assorties démontrent à l'envi que nombre de questions demeurent en suspens – ne fût-ce que du fait de positions fort catégoriques qu'ils endossent sur des points rien moins qu'évidents.

47. D'une façon plus générale, on ne peut que s'étonner que la Commission ne se soit pas interrogée sur la nécessité d'étendre à l'ensemble des recours disponibles – et pas aux seules voies de recours *internes* – l'obligation d'épuisement. Assurément, les recours régionaux ouverts par les Conventions européenne et interaméricaine des Droits de l'homme et par la Charte africaine ne sont pas couverts par la règle traditionnelle, instituée lorsque le droit international ne voulait connaître que les États et maintenait l'individu dans la situation de simple « objet » de ses normes. Mais ces restrictions n'ont plus lieu d'être et l'on voit mal pourquoi l'on n'exigerait pas des particuliers qu'ils utilisent les voies de recours régionales instituées par des traités au même titre que celles que les États leur ouvrent unilatéralement dans leurs droits internes. La question – que la C.D.I. ne s'est pas posée – vaut d'ailleurs aussi bien en matière de protection des investissements que dans le domaine des droits de l'homme et revient à se demander si, dès lors que des voies de recours directes sont disponibles au plan international, il ne convient pas d'en tirer la conséquence que l'État de nationalité est empêché d'exercer sa protection aussi longtemps que les personnes privées qui en disposent ne les ont pas actionnées ou qu'elles n'ont pas échoué à faire respecter le droit international (ce qui est possible notamment si l'État déclaré responsable ne s'acquitte pas de ses obligations en conséquence).

82 Dans le projet d'article 4 proposé par le Rapporteur spécial dans son premier rapport, préc. (note 64), p. 22, critiquable pour d'autres raisons (v. *supra*, par. 40), l'existence même de recours individuels était considérée comme déchargeant l'État national de son obligation d'accorder sa protection diplomatique à un de ses nationaux victime d'une violation grave d'une norme de *jus cogens* (v. aussi le commentaire de ce projet, *ibid.*, p. 27, par. 91).

48. Le problème peut sembler sans mystère et un simple raisonnement par analogie pourrait sans doute permettre de le résoudre. Toutefois, le projet ne l'aborde pas et certains commentaires amorcent une réponse qui n'est guère compatible avec l'extension de l'exigence d'épuisement à l'ensemble des recours disponibles. Ainsi, la Commission affirme qu'un État dont un ressortissant a saisi la Cour européenne des Droits de l'homme peut, indifféremment, intervenir pour appuyer sa plainte devant la Cour ou exercer parallèlement sa protection diplomatique⁸³. Ceci est peut-être exact mais ne relève certainement pas de l'évidence. De telles questions eussent gagné à recevoir des réponses aussi claires et précises que possible. Le projet d'articles ne les donne pas.

49. Au surplus, si la Commission avait daigné s'interroger sur ce point, elle aurait dû répondre à la difficile question de savoir ce que « recours disponible » signifie : les mécanismes juridictionnels ouverts par les conventions régionales de droits de l'homme ou par la Convention CIRDI de 1965 répondent certainement à une définition, même exigeante, de la notion. Mais qu'en est-il des procédures qui, comme les communications adressées au Comité des Droits de l'homme, n'aboutissent pas à des décisions juridiquement obligatoires?

50. De même, le projet de la C.D.I. est pour le moins discret en ce qui concerne les modalités d'exercice de la protection diplomatique. Sans doute, l'article 1^{er} indique-t-il en passant, dans la ligne de la « formule *Mavrommatis* »⁸⁴, que celle-ci « consiste dans le recours à une action diplomatique ou à d'autres moyens de règlement pacifique... », mais ceci ne fournit pas aux États les précisions qu'ils sont en droit d'attendre sur la procédure à suivre et les moyens concrets qu'ils peuvent mettre en œuvre.

51. Dans son premier rapport, John Dugard avait abordé la question sous l'angle particulier de l'interdiction du recours à la force, ce qui l'avait conduit à proposer un projet d'article 2 qui n'excluait pas le recours à la force armée par un État « pour sauver des nationaux » dans certaines circonstances⁸⁵. Il n'était guère acceptable de tenter de faire trancher ainsi, presque subrepticement, la si délicate question de l'« intervention d'humanité » ou du « devoir d'ingérence humanitaire » et c'est à juste titre que, sur ce point, la Commission n'a pas suivi son Rapporteur spécial⁸⁶ et s'est bornée à rap-

83 V. la note n° 223 qui accompagne le commentaire de l'article 17, *Rapport préc.* (note 1), par. 6 du commentaire.

84 V. *supra*, par. 2.

85 *Rapport préc.* (note 64).

86 V. le *Rapport de la CDI* sur sa 52^e session (2000), Assemblée générale, documents officiels, 55^e session, Supp. n° 10 (A/55/10), pp. 133-136, par. 430-439.

peler dans le commentaire de l'article 1^{er} de son projet que « la protection diplomatique doit être exercée par des moyens licites et pacifiques » et que « [l']emploi de la force, prohibé par le paragraphe 4 de l'article 2 de la Charte des Nations Unies, est interdit dans l'exercice de la protection diplomatique »⁸⁷.

52. Mais une telle prise de position ne résout pas la question des procédures à suivre par l'État de nationalité dans la mise en œuvre de la protection diplomatique. Implicitement, la Commission a estimé qu'il était inutile d'entrer dans ces considérations puisque les articles 43 à 47 des Articles sur la Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite indiquent la « marche à suivre » en cas d'« invocation de la responsabilité internationale de l'État »⁸⁸. Outre qu'il n'était sans doute pas entièrement superflu de renvoyer formellement à ces dispositions ou de les reprendre, il aurait certainement été opportun de réfléchir à leur adaptation au cas particulier des réclamations en réparation de dommages « médiats ».

53. Par la même occasion, la Commission aurait certainement dû s'interroger sur les relations qui peuvent exister entre la protection diplomatique au sens strict, qu'un État exerce en faveur de ses nationaux⁸⁹, parce qu'il est considéré comme « lésé », et celle que peut exercer « un État autre qu'un État lésé » « dans l'intérêt des bénéficiaires de l'obligation violée » si celle-ci « est établie aux fins de la protection d'un intérêt collectif du groupe » dont fait partie cet État ou « est due à la communauté internationale dans son ensemble »⁹⁰. Elle se désintéresse totalement de la question.

54. Mais la lacune la plus inexplicable du projet adopté par la C.D.I. en 2004 tient sans doute au silence total de celui-ci au sujet des conséquences de la protection diplomatique⁹¹ : une fois la protection exercée, elle peut

87 *Rapport préc.* (note 1), par. 5 du commentaire de l'article 1^{er}.

88 La CDI précise dans l'*introduction aux commentaires du projet d'articles de 2004* : « Beaucoup des principes énoncés dans les articles sur la responsabilité des États valent pour la protection diplomatique et ne sont donc pas répétés ici. C'est le cas en particulier des dispositions relatives aux conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite. L'État responsable d'un préjudice causé à un étranger est obligé de mettre fin au comportement illicite et de réparer intégralement le préjudice causé par le fait internationalement illicite. Cette réparation peut prendre la forme de la restitution, de l'indemnisation ou de la satisfaction, séparément ou conjointement. Toutes ces questions sont traitées dans les articles sur la responsabilité des États. Certains membres de la Commission estimaient qu'il aurait fallu traiter des conséquences juridiques de la protection diplomatique dans les présents projets d'articles au lieu d'insister sur la recevabilité des réclamations », *Rapport préc.* (note 1), pp. 22-23, par. 1.

89 Qu'elle a cependant le mérite d'étendre aux apatrides et aux réfugiés (v. *supra*, par. 17).

90 Art. 48 des Articles préc. (note 33). V. aussi l'art. 54.

91 Pour une défense de ce mutisme, v. les explications du Rapporteur spécial, J. Dugard, résumées dans le rapport de la CDI préc. (note 10), p. 113, par. 240, dont il ressort que mieux valait laisser la question ouverte car il s'agirait d'un principe contestable – il eût certainement été préférable d'en discuter que de le postuler...

aboutir – c'est son objet – à la réparation du dommage. Dans la ligne de la fiction qu'elle endosse⁹², la Commission aurait pu consacrer la règle traditionnelle selon laquelle, puisque l'État « exerce son propre droit », il est seul juge de l'opportunité de « répercuter » (ou non) sur le ou les particuliers lésés la réparation obtenue par le moyen de la protection diplomatique. Bien que certaines jurisprudences internes soient attachées à cette conséquence logique de la formule *Mavrommatis*⁹³, elle paraît abusivement rigoureuse et l'on ne peut que regretter que la C.D.I. ne l'ait pas répudiée définitivement – ce qui n'eût nécessité qu'un effort modeste de développement progressif, dans l'esprit des nombreux précédents internationaux qui vont dans le sens d'une « juridictionnalisation » de la procédure de distribution des indemnités⁹⁴ et eût, assurément, été plus conforme et à l'équité et à la reconnaissance progressive des personnes privées comme sujets du droit international.

55. On peut noter enfin qu'en 2005, après l'adoption de son projet en première lecture, la Commission s'est interrogée, à la suite d'un rapport complémentaire de son Rapporteur spécial⁹⁵ sur l'applicabilité de la théorie des mains propres dans le contexte de la protection diplomatique⁹⁶, sujet qui n'avait jamais été effleuré auparavant alors qu'il n'est, à l'évidence, pas dépourvu de tout lien avec le sujet. Suivant les conclusions très fermes de M. Dugard, le consensus s'est fait entre les membres de la C.D.I. pour considérer que l'absence de mains propres d'un particulier protégé pouvait avoir une incidence en ce qui concerne l'évaluation de l'indemnité éventuellement due en cas de réparation mais ne constituait pas une condition de recevabilité des réclamations formées au titre de la protection diplomatique⁹⁷.

92 V. *supra*, par. 5-8.

93 V. p. ex. l'arrêt du 17 juin 1926 du Tribunal fédéral suisse dans l'affaire des *Héritiers d'Oswald* (*Annual Digest of Public International Law Cases*, 1925-1926, p. 245, n° 245 – cité par Ch. Rousseau, *op. cit.* (note 76), p. 193). Pour sa part, le Conseil d'État français considère que la répartition de l'indemnité entre les particuliers lésés constitue un acte de gouvernement, mais il examine au fond les refus d'une indemnité lorsqu'une seule personne peut y prétendre (v. Ch. Rousseau, *ibid.*, pp. 192-193).

94 Cf. Ch. Rousseau, *ibid.*, pp. 197-202 ou G. Berlia, « Contribution à l'étude de la nature de la protection diplomatique », *AFDI*, 1957, 63-72. Bien que, techniquement, ces mécanismes soient différents, on peut considérer que les procédures de réclamations instituées devant le Tribunal États-Unis/Iran des réclamations ou la Commission d'indemnisation des Nations Unies témoignent de la même tendance.

95 Rédigé à la suite de suggestions pressantes du signataire de ces lignes – qui regrette vivement que John Dugard n'ait pas prêté la même attention aux autres lacunes du projet adopté en 2004.

96 Sixième rapport sur la protection diplomatique, A/CN.4/546.

97 Pour un résumé des débats de la Commission sur ce point, v. le rapport préc. (note 10), pp. 108-112, par. 226-236.

56. Cette conclusion doit sans doute être approuvée⁹⁸. Mais elle pose la question plus générale du bien-fondé de l'approche très étroite du sujet retenue par la Commission et son second Rapporteur spécial sur le sujet : était-il légitime de limiter l'étude de celui-ci aux seules conditions de recevabilité des réclamations formées au titre de la protection diplomatique ? L'auteur de ces lignes a la ferme conviction que la réponse à cette question est négative⁹⁹.

57. En s'y tenant, la Commission n'a livré qu'un produit « demi fini ». En le concevant dans la stricte perspective de la fiction *Mavrommatis*, elle a regardé résolument vers le passé. Il est malheureusement peu probable que la seconde lecture du projet, qui doit intervenir en 2006, permette une réorientation fondamentale.

98 Sous réserve cependant de la question de savoir si la recherche de la protection diplomatique de son État national par un particulier qui y a renoncé contractuellement ne devrait pas faire obstacle à l'exercice de celle-ci – v. *supra*, par. 42.

99 Dans son ultime défense de cette approche (v. le rapport de la CDI préc. (note 10), p. 113, par. 239), John Dugard a fait valoir deux arguments à cet égard : telle serait la conception acceptée « par la plupart des auteurs » et l'article 44 des Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite justifierait cette conception restrictive. Ni l'un ni l'autre de ces arguments ne sont convaincants : « la plupart des auteurs » invoqués appartiennent exclusivement à la doctrine anglo-saxonne – encore n'est-elle pas unanime ; quant à l'article 44 du projet de 2001, il n'invite nullement à s'en tenir à cette conception étriquée et l'on pourrait soutenir à l'inverse que ce sont justement les autres aspects, laissés dans l'ombre dans le « projet mère » qui auraient dû retenir en priorité l'attention de la Commission.