



Assemblée générale

Distr. générale
12 avril 2006
Français
Original: anglais

Commission du droit international

Cinquante-huitième session

Genève, 1^{er} mai-9 juin et 3 juillet-11 août 2006

Protection diplomatique

Commentaires et observations reçus de gouvernements

Additif

Table des matières

	<i>Page</i>
II. Commentaires et observations reçus de gouvernements	2
Remarques générales	2
Première partie. Dispositions générales.	2
Projet d'article premier – Définition et champ d'application	2
Projet d'article 2 – Droit d'exercer la protection diplomatique.	3
Deuxième partie. Nationalité	4
Chapitre II. Personnes physiques.	4
Projet d'article 7 – Plurinationalité et réclamation à l'encontre d'un État de nationalité .	4
Chapitre III. Personnes morales.	4
Projet d'article 9 – État de nationalité d'une société	4
Troisième partie. Recours internes	5
Projet d'article 16 – Exceptions à la règle de l'épuisement des recours internes	5
Alinéa a)	5
Alinéa b)	6
Alinéa c)	6
Quatrième partie. Dispositions diverses	8
Projet d'article 17 – Actions ou procédures autres que la protection diplomatique.	8



II. Commentaires et observations reçus de gouvernements

Remarques générales

Italie

Le Gouvernement italien félicite la Commission du droit international de ses travaux et souscrit à l'approche qu'elle a adoptée pour la formulation du projet d'articles.

Première partie. Dispositions générales

Projet d'article premier – Définition et champ d'application

Le Gouvernement italien estime que la définition du concept de « protection diplomatique » et de son champ d'application, qui est donnée dans le projet d'article premier est trop traditionnelle, en particulier lorsqu'elle parle d'un État « qui prend fait et cause, en son nom propre, pour l'une des personnes ayant sa nationalité ». Ce libellé implique non seulement que le droit de protection diplomatique appartient uniquement à l'État qui exerce une telle protection, mais aussi que le droit qui a été violé par le fait internationalement illicite appartient uniquement à ce même État. Or, cette conception n'a plus cours dans le droit international actuel. La Cour internationale de Justice, dans l'affaire *LaGrand*¹ et dans l'affaire *Avena et autres ressortissants mexicains (Avena)*² a établi que la violation de normes internationales concernant le traitement des étrangers pouvait entraîner à la fois la violation d'un droit de l'État de nationalité et la violation d'un droit de l'individu. La même conclusion a été tirée par la Cour interaméricaine des droits de l'homme dans son avis consultatif OC-16/99³.

Le Gouvernement italien suggère donc de modifier le projet d'article premier de façon à codifier plus clairement le droit international actuel. La nouvelle rédaction (qui est inspirée de l'affaire *Avena*, par. 40) pourrait être la suivante :

La protection diplomatique consiste dans le recours à une action diplomatique ou à d'autres moyens de règlement pacifique par un État qui soutient que ses propres droits et les droits de son national ont été violés à raison du préjudice causé à ce national par le fait internationalement illicite d'un autre État.

Il convient de noter que cette rédaction ne touche pas au concept de base selon lequel le droit d'exercer la protection diplomatique appartient à l'État.

¹ *C.I.J. Recueil*, 2001, p. 466, par. 77.

² 43 *I.L.M.*, 2004, p. 581, par. 40.

³ Série A, n° 16 (1999), par. 80 à 84.

Projet d'article 2 – Droit d'exercer la protection diplomatique

Le Gouvernement italien estime que la règle est que l'exercice de la protection diplomatique est un droit qui appartient uniquement à l'État et que le droit international ne prévoit ni un droit en faveur de l'individu lésé à obtenir la protection diplomatique de l'État de nationalité ni une obligation correspondante à la charge de cet État. Il conviendrait, toutefois, de faire exception à cette règle dans certaines circonstances particulières et très limitées, dans la perspective du développement progressif du droit international, lorsque la protection de valeurs fondamentales touchant à la dignité de l'être humain et reconnues par l'ensemble de la communauté internationale est en jeu.

Le Rapporteur spécial, John Dugard, suivant l'approche susmentionnée, a prévu une exception analogue dans les cas de violation de normes de *jus cogens*. Pour sa part, le Gouvernement italien estime qu'une exception plus précise et plus restreinte devrait être incluse dans le projet d'article 2 dans les conditions suivantes : a) en cas de violations graves des droits fondamentaux de l'homme et, plus précisément du droit à la vie, de l'interdiction de la torture et de traitements ou châtiments inhumains ou dégradants, de l'interdiction de l'esclavage et de l'interdiction de la discrimination raciale; et b) si, en plus, après ces violations, il est impossible à la victime d'avoir accès à un organe international juridictionnel ou quasi juridictionnel pour obtenir réparations. Lorsque ces deux conditions sont réunies, l'État de nationalité devrait être tenu d'exercer la protection diplomatique en faveur de l'individu lésé et, subsidiairement, d'offrir à cet individu un recours interne effectif s'il refuse d'exercer la protection diplomatique.

Dans les circonstances exceptionnelles susmentionnées, le fait que certaines règles primaires internationales concernant les droits de l'homme (qui indubitablement revêtent le caractère de *jus cogens*) confèrent aussi des droits individuels et le fait que leur violation (qui engage très sérieusement la responsabilité de l'État) s'accompagne d'une violation des droits individuels ne peut qu'avoir un impact sur les règles secondaires concernant la protection diplomatique en colorant la relation entre État de nationalité et l'individu lésé. Il convient aussi de prendre en considération le fait que dans ces circonstances exceptionnelles, la protection diplomatique est le seul recours dont dispose l'individu si bien qu'un refus par l'État de nationalité d'exercer celle-ci porterait atteinte aux principes fondamentaux concernant la dignité de l'être humain que toute la communauté internationale entend fermement protéger.

Le Gouvernement italien suggère donc d'ajouter à l'article 2 deux paragraphes qui pourraient être ainsi rédigés :

2. Nonobstant le paragraphe 1, un État est juridiquement tenu d'exercer la protection diplomatique en faveur de la personne lésée, à la demande de celle-ci :

a) Si le préjudice résulte d'une violation grave, imputable à un autre État, d'une obligation internationale d'importance capitale pour sauvegarder l'intégrité de l'être humain, telle que la protection du droit à la vie, l'interdiction de la torture ou de traitements ou châtiments inhumains ou dégradants, et l'interdiction de l'esclavage et de la discrimination raciale; et

b) Si la personne lésée n'a pas la possibilité de saisir une juridiction ou une autorité quasi juridictionnelle internationale compétente.

3. Dans les cas visés au paragraphe 2, les États sont tenus de prévoir dans leur droit interne une procédure devant une juridiction nationale compétente ou une autre autorité nationale indépendante aux fins de faire respecter le droit individuel à la protection diplomatique.

Deuxième partie. Nationalité

Chapitre II. Personnes physiques

Projet d'article 7 – Plurinationnalité et réclamation à l'encontre d'un État de nationalité

Le Gouvernement italien, s'agissant de la possibilité de l'exercice de la protection diplomatique par un État contre un autre État, suggère de réintroduire le critère du lien authentique en remplacement de celui de la nationalité prédominante. Le critère du lien authentique et effectif semble être plus en conformité avec les éléments dégagés par la jurisprudence internationale⁴.

Pour les raisons susmentionnées, le Gouvernement italien suggère que le texte définitif du projet d'article 7 soit ainsi rédigé :

Un État de nationalité peut exercer la protection diplomatique en faveur d'une personne contre un État dont cette personne a aussi la nationalité s'il existe un lien authentique entre elle et le premier État tant au moment du préjudice qu'à la date de présentation officielle de la réclamation.

Chapitre III. Personnes morales

Projet d'article 9 – État de nationalité d'une société

Le Gouvernement italien doute que la détermination de la nationalité d'une société aux fins de la protection diplomatique doive être subordonnée à la fois au lieu de constitution et au lieu du siège social statutaire ou du siège social réel ou à un élément de rattachement analogue. Il est vrai que la décision rendue par la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la *Barcelona Traction*⁵ – décision qui est le seul précédent auquel se réfère la Commission – tient compte simultanément des deux éléments de rattachement. Toutefois, dans cette affaire, en fait les deux critères de rattachement coïncidaient. En outre, la Cour a estimé que « sur le plan particulier de la protection diplomatique des personnes morales, aucun critère absolu

⁴ Voir la décision de la Cour internationale de Justice du 6 avril 1955 concernant l'affaire *Nottebohm*, *C.I.J.*, 1955, p. 25 et 26; la décision de la Commission de conciliation Italie-États-Unis concernant la réclamation *Mergé*, dans *I.L.R.*, 1955, p. 455; les sentences du Tribunal chargé du contentieux États-Unis d'Amérique-Iran, 29 mars 1983, rendues dans l'affaire n° 157, *Nasser Esphahanian c. Bank Tejarat*, dans *I.U.C.T.R.*, 1984, vol. 2, p. 166, et dans l'affaire n° 211, *Ataollah Golpira c. The Government of the Islamic Republic of Iran*, *ibid.*, p. 174 et 175, respectivement.

⁵ *C.I.J. Recueil*, 1970, par. 70.

applicable au lien effectif n'[avait] été accepté de manière générale ». Abstraction faite de l'affaire de la *Barcelona Traction*, un cas de figure inquiète le Gouvernement italien : celui dans lequel une société serait constituée dans un État puis transférerait son siège statutaire ou réel dans un autre État. Ce n'est pas là un cas d'école. Par exemple, l'article 8 du Règlement (CE) n° 2157/2001 du Conseil de l'Union européenne relatif au statut de la société européenne traite justement d'un tel cas. Il est difficile d'imaginer ce que la Cour aurait décidé en 1970 si elle avait eu affaire à une société qui aurait mis à profit les possibilités offertes à l'article 8 du Règlement de la Communauté européenne!

Il ne fait pas de doute que si la constitution en société a lieu dans un État différent de celui auquel la société est rattachée sur la base des autres éléments de rattachement envisagés dans le projet d'article 9, l'application simultanée du critère de l'État de constitution et des autres critères débouche sur l'absence de toute protection diplomatique. Il ne ressort pas clairement du commentaire sur le projet d'article 9 dans quelle mesure la Commission a envisagé cette possibilité. En tout état de cause, le Gouvernement italien suggère, afin de combler cette lacune, que le projet d'article 9 ne prenne pas en compte le lieu de constitution en société aux fins de la protection diplomatique; à la place, l'un des autres éléments de rattachement envisagés dans le projet d'article 9 devrait être considéré. Même si cela risque d'aboutir à une situation dans laquelle plus d'un État peut être considéré aux fins de la protection diplomatique, cela serait préférable à une situation dans laquelle aucun État ne peut être considéré comme l'État de nationalité. Manifestement, la coordination entre différents États de nationalité pourrait être réalisée en appliquant les critères envisagés pour les personnes physiques dans le projet d'article 6.

Troisième partie. Recours internes

Projet d'article 16 – Exceptions à la règle de l'épuisement des recours internes

Alinéa a)

Le Gouvernement italien estime que la première exception à la règle de l'épuisement des recours internes, qui est aussi la plus importante, est formulée de façon trop sommaire et restrictive.

En premier lieu, il convient de prendre en compte le fait que la pratique et la jurisprudence internationales ont, au fil du temps, dégagé une série d'exceptions, à savoir « la non-existence », « l'inaccessibilité », « l'ineffectivité » et « l'inadéquation » des recours internes. Il s'agit là de quatre concepts spécifiques, précis et autonomes, et il est très difficile de les faire tous entrer dans le critère dit de la « futilité » ou dans un critère analogue, tel que l'absence de possibilité raisonnable d'obtenir une réparation effective, utilisé à l'alinéa a) du projet d'article 16. En fait, le texte de l'alinéa a) n'inclut pas toutes les exceptions susmentionnées mais traite d'un problème légèrement différent : trouver le meilleur critère d'ordre pratique ou d'interprétation pour évaluer concrètement, dans chaque cas, la futilité des recours internes, en particulier du point de vue de leur ineffectivité. Le libellé de l'alinéa a) est donc trop vague, incertain et générique, et il risque de ne pas couvrir toutes les exceptions susmentionnées, au détriment de la victime. Le Gouvernement italien suggère de modifier l'alinéa a) comme suit :

a) Les recours internes sont inexistants, inaccessibles, non effectifs ou inadéquats.

Deuxièmement, si la Commission du droit international n'accepte pas la suggestion susmentionnée et préfère maintenir une seule expression générique, le Gouvernement italien estime que le libellé actuel de l'alinéa a) est trop restrictif, compte tenu des développements les plus récents de la règle de l'épuisement des recours internes non seulement dans le domaine de la protection diplomatique au sens strict, mais aussi dans celui des droits de l'homme. En fait, la pratique s'oriente vers un critère d'interprétation plus souple, qui serait mieux exprimé par la formule ci-après : « les recours internes n'offrent aucune perspective raisonnable de succès ». Ce libellé a été envisagé, puis malheureusement rejeté, par le Rapporteur spécial, John Dugard. Le Gouvernement italien estime cependant que le libellé actuel de l'alinéa a) va à l'encontre de la tendance observée dans la pratique internationale et risque de rendre plus rigide, et moins favorable aux individus, l'application future de la règle de l'épuisement des recours internes.

Alinéa b)

Le Gouvernement italien estime qu'il faudrait inclure à l'alinéa b) non seulement le retard abusif dans la procédure de recours mais aussi le déni de justice. En fait, la pratique internationale montre qu'il est fait exception à la règle de l'épuisement des recours internes lorsque (à n'importe quel stade de la procédure de recours) les juridictions internes refusent de rendre la justice⁶ ou n'ont pas l'indépendance nécessaire⁷, ou rendent un jugement manifestement injuste ou entaché de mauvaise foi, ou encore violent les droits de procédure fondamentaux de l'individu⁸. Or, l'exception du déni de justice ne se déduit pas aisément de l'alinéa a) de l'article 16. L'alinéa b) devrait donc être modifié comme suit :

b) Il y a eu un déni de justice ou la procédure de recours connaît un retard abusif imputable à l'État dont la responsabilité est mise en cause.

Alinéa c)

Le Gouvernement italien pense que la disposition énoncée à l'alinéa c) devrait être scindée en deux parties à insérer dans des alinéas différents, puisqu'elle traite de deux exceptions différentes à la règle de l'épuisement des recours internes : a) « il n'existe pas de lien pertinent entre la personne lésée et l'État réputé responsable »; et b) « les circonstances de l'espèce font ... qu'il est déraisonnable d'exiger l'épuisement des recours internes ». Il n'y a pas vraiment de lien entre ces deux exceptions. De plus, tel que l'alinéa c) est actuellement rédigé, il n'apparaît pas clairement si l'absence d'élément de rattachement valable suffit à elle seule pour constituer une exception, ou s'il faut en outre qu'elle rende déraisonnable d'exiger l'épuisement des recours internes (comme on pourrait peut-être le déduire du paragraphe 7) du commentaire sur le projet d'article 16).

⁶ Affaire *Cotesworth et Powell*, dans A. de la Pradelle et A. Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, III, p. 726.

⁷ Robert E. Brown, 6 *U.N.R.I.A.A.*, p. 124; affaire *Don Pacifico*, J. B. Moore, *Digest*, 6 p. 853; affaire *Panevezys-Saldutiskis Railway*, *P.C.I.J.*, séries C, n° 86, p. 195; affaire concernant l'*incident aérien du 27 juillet 1955*, plaidoirie de la CIJ, 1959, p. 327.

⁸ Affaire *Salem*, 2 *U.N.R.I.A.A.*, p. 1202; *B. E. Chattin c. États-Unis du Mexique*, 4 *U.N.R.I.A.A.*, p. 288.

Cela dit, le Gouvernement italien estime que la deuxième des exceptions susmentionnées (qui à trait aux circonstances de l'espèce) devrait être formulée de façon plus large et, à la fois, plus précise, en reprenant l'expression consacrée « circonstances particulières » et en énumérant expressément dans le projet d'article 16 (ou tout au moins dans le commentaire) les « circonstances particulières » les plus importantes qui peuvent être déduites de la pratique internationale.

Les « circonstances particulières » sont prises en compte dans la pratique existante dans le domaine de la protection diplomatique au sens strict et, plus souvent encore, dans le domaine des droits de l'homme. En outre, la pratique dans les deux domaines permet de distinguer les principales circonstances particulières à caractère objectif et subjectif qui rendent extrêmement difficile l'épuisement des recours internes par l'individu lésé. Ces circonstances particulières sont : a) des difficultés sérieuses et objectives d'ordre pratique, notamment à raison de l'éloignement⁹; b) les situations de danger, les risques de représailles ou de sérieux dommages et les frais de justice exorbitants¹⁰; c) des conditions générales de dysfonctionnement du système d'administration de la justice ou d'instabilité de l'ensemble du mécanisme gouvernemental¹¹; d) des mesures législatives ou des pratiques administratives illicites¹²; et e) les situations de violations graves et systématiques des droits de l'homme¹³. Les trois dernières circonstances sont les plus importantes et les plus pertinentes dans la pratique récente.

Toutefois, le Gouvernement italien note que l'alinéa c) du projet d'article 16, tel qu'il est actuellement formulé, n'accorde qu'une importance marginale et résiduelle à cette exception. Cela est aussi confirmé par le commentaire, qui est très laconique et qui, en ne citant que quelques exemples, passe sous silence les plus importantes.

Le Gouvernement italien, pour sa part, attache une grande importance à cette exception et estime que l'insertion dans le projet d'une exception explicite et autonome concernant les « circonstances particulières », suivie d'une liste illustrative qui prenne en compte la pratique récente dans le domaine des droits de l'homme, apporterait une remarquable contribution au développement progressif du droit international en ce qui concerne les exceptions à la règle de l'épuisement des recours internes.

⁹ *Carmalt*, dans A. de La Pradelle et A. Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, III, p. 126; *Perry*, *ibid.*, p. 127; *Nottebohm*, 1 *C.I.J. Plaidoirie*, p. 416.

¹⁰ *Neptune*, dans A. de La Pradelle et A. Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, I, p. 139; *Nottebohm*, 1 *C.I.J. Plaidoirie*, p. 408.

¹¹ *Akdivar*, CEDH, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-IV, par. 69; *Aksoy*, *ibid.*, par. 52 à 57; affaire *Godínez Cruz*, IACHR, série C, n° 5, par. 58; etc.

¹² *Donnelly*, CEDH, CD, vol. 43, p. 146; *Akdivar*, *op. cit.*, par. 67; *Velásquez Rodríguez*, CIDM, Série C., n° 4, par. 68; etc.

¹³ *Barbato c. Uruguay* (84/1981), *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-huitième session, Supplément n° 40 (A/38/40)*, annexe IX; *Groupe de l'aide judiciaire gratuite*, Afr.CHRPR, *I.H.R.R.* 1997, p. 92; *Amnesty International*, *ibid.*, 2001, p. 261; etc.

Quatrième partie. Dispositions diverses

Projet d'article 17 – Actions ou procédures autres que la protection diplomatique

Cet article comprend une clause de sauvegarde permettant à l'État, ou à la personne devant être protégée, d'engager des actions ou procédures autres que la protection diplomatique conformément au droit international. Le commentaire (par. 4) cite, parmi de telles procédures, celles prévues dans les diverses conventions internationales relatives aux droits de l'homme, ou celles visant à créer des mécanismes de protection des investissements. Dans le commentaire également (par. 6, dernière phrase), la Commission indique que même dans le cas où l'État a recours à une telle procédure, il n'abandonne pas son droit d'exercer la protection diplomatique en faveur de son national.

Le Gouvernement italien souligne l'importance de la dernière partie du paragraphe 6 du commentaire. À son avis, toutefois, elle pourrait être améliorée et l'idée qui y est exprimée devrait figurer dans le texte même du projet d'article 17. En fait, lorsqu'une procédure autre que la protection diplomatique – que ce soit l'État ou l'individu devant être protégé qui y ait recours – débouche sur une décision contraignante adoptée par un juge totalement impartial et indépendant, le droit d'exercer la protection diplomatique ne devrait plus exister. Il ne devrait plus y avoir de raison d'exercer l'action diplomatique dans un tel cas, puisque la procédure engagée offre une élimination plus sûre des conséquences du fait illicite qui pourrait avoir été commis. Cette remarque ne vaut pas lorsque la procédure autre que la protection diplomatique est engagée devant un organe (par exemple le Comité des droits de l'homme créé par l'article 28 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques) qui n'a pas compétence pour prendre des décisions contraignantes. Dans ce cas, l'État ne peut être forcé d'abandonner son droit d'exercer la protection diplomatique, puisque l'État auteur du préjudice qui a été constaté par cet organe n'est pas contraint de se plier à la décision de ce dernier ni d'en subir les conséquences.

Le Gouvernement italien suggère donc d'adopter dans le projet d'article 17 une approche qui permette de coordonner la protection diplomatique et les procédures autres que cette protection sur la base du critère susmentionné. Il a conscience que la Commission a rejeté une proposition d'un de ses membres visant à considérer les recours concernant des questions ayant trait aux droits de l'homme comme la *lex specialis* dans le contexte des règles sur la protection diplomatique (voir commentaire, par. 7) et admet que dans le cas d'une procédure autre que la protection diplomatique, une telle proposition serait certainement excessive. Il estime, toutefois, que cette proposition serait plus que raisonnable si elle visait uniquement la catégorie plus étroite susmentionnée des recours juridictionnels.
