

OPINION INDIVIDUELLE DE M. MORELLI

I

OBJET DU DIFFÉREND ET OBJET DE LA DEMANDE

1. Il convient de préciser, tout d'abord, l'objet du différend qui oppose l'Etat belge à l'Etat espagnol aussi bien que l'objet de la demande que la Belgique a présentée à la Cour par sa requête du 19 juin 1962. Cette requête a été comparée, en particulier du côté espagnol, avec l'autre requête que la même Belgique avait présentée le 23 septembre 1958; et l'on a posé la question de savoir s'il s'agit de la même demande ou plutôt de deux demandes différentes.

Etant donné les circonstances de l'affaire, une comparaison entre les deux requêtes n'a d'utilité qu'aux fins de la détermination exacte de l'objet de la demande présentée par la requête de 1962, la seule sur laquelle la Cour était appelée à se prononcer dans l'arrêt actuel. En effet, la procédure introduite par la requête de 1958 ayant été close par suite du désistement, il n'existait aucun obstacle de litispendance pouvant empêcher la Belgique de soumettre de nouveau à la Cour la même demande. Il ne fait pas de doute, d'autre part, qu'il était parfaitement loisible à la Belgique de saisir la Cour d'une demande différente.

2. Pour ce qui est de l'objet du différend opposant la Belgique à l'Espagne, ce différend a été dès le début caractérisé, en premier lieu, par le grief avancé par la Belgique à raison des mesures prises par les autorités espagnoles à l'égard de la Barcelona Traction et, en deuxième lieu, par la prétention de la Belgique à une certaine réparation pour le préjudice causé par ces mesures, considérées comme internationalement illicites. Or ces éléments (et le différend qui en résulte) sont restés inchangés même après le désistement, qui n'a eu, sur le différend, aucune conséquence. On peut dire aussi que l'objet du différend est resté inchangé, car l'objet d'un différend ne peut qu'être défini par ses éléments constitutifs.

3. Malgré la persistance du même différend, peut-on estimer que, par la requête de 1962, la Belgique a saisi la Cour d'une demande différente, quant à son objet, de celle que la même Belgique avait soumise à la Cour en 1958? Je suis d'avis que c'est par la négative qu'il faut répondre à cette question.

Lorsqu'on dit qu'un Etat exerce, à l'égard d'un autre Etat, la protection diplomatique par rapport à un particulier donné, qu'il protège ce

particulier, qu'il prend fait et cause pour lui, on veut dire, par ces formules, que l'Etat exerce, à l'égard d'un autre Etat, un droit propre, à lui conféré par l'ordre juridique international et ayant pour objet un certain traitement à accorder au particulier. L'Etat, dont le particulier est le ressortissant, est autorisé à exiger, pour celui-ci, le traitement requis par les règles internationales en la matière et, au cas où un tel traitement ne serait pas accordé, il peut prétendre à une réparation sous la forme soit d'une *restitutio in integrum* soit d'un dédommagement. La réparation, sur le plan international, est due en tout cas à l'Etat et non pas au particulier; cela même lorsqu'il s'agit d'un dédommagement et bien que le montant doive en être établi sur la base du préjudice subi par le particulier.

Ces notions très élémentaires expliquent d'une façon bien simple pourquoi dans le cas d'espèce les deux demandes dont la Belgique a successivement saisi la Cour, celle de 1958 et celle de 1962, doivent être considérées comme tout à fait identiques.

4. Par la première requête aussi bien que par la deuxième la Belgique a demandé à la Cour de dire et juger que l'Etat espagnol est tenu, à l'égard de la Belgique, à une certaine réparation pour un fait qualifié d'internationalement illicite. Naturellement ce fait internationalement illicite, en tant que tel, n'aurait pu être commis par l'Etat espagnol qu'à l'égard de l'Etat belge et non pas des particuliers lésés.

Le fait illicite dénoncé par la Belgique est décrit, dans les deux requêtes, d'une façon identique: il consiste, d'après l'une et l'autre, en une même conduite des autorités espagnoles. La demande principale de réparation, formulée dans les deux requêtes, a pour objet la *restitutio in integrum* et vise à l'annulation par l'Etat espagnol des mesures qui, dans les deux requêtes, lui sont identiquement reprochées. Pour ce qui concerne la demande subsidiaire de dédommagement, il est bien vrai que, dans la requête de 1962, on a réduit le montant de celui-ci à 88 pour cent du patrimoine de la Barcelona Traction et que, en conformité avec la nouvelle façon de présenter l'affaire, on a donné à cette demande subsidiaire une justification différente en se référant, non plus au préjudice subi par la Barcelona Traction, mais au préjudice subi par les actionnaires belges de la société. Toutefois ni la réduction de la somme demandée ni l'argumentation différente à l'appui de la demande de dédommagement ne changent d'aucune façon, dans la substance, l'objet de celle-ci.

5. Entre les deux demandes il n'y a pas seulement identité de *petitum*; il y a aussi identité de *causa petendi*.

Dans le cas d'espèce la *causa petendi* consiste dans le caractère prétendument illicite, à l'égard de la Belgique, d'une certaine conduite des autorités espagnoles résultant, d'après l'une et l'autre des deux requêtes, des mêmes actes et omissions. Aussi l'identité de la *causa petendi* n'est-elle pas affectée par le fait qu'il y a, entre les deux requêtes, changement dans la façon de démontrer que c'est précisément le droit de la Belgique

qui aurait été lésé par les mesures incriminées. La circonstance que dans la première requête la Belgique avait dénoncé le préjudice subi, par suite de ces mesures, par une société dans laquelle on affirmait la présence d'intérêts belges prépondérants, tandis que dans la deuxième requête la même Belgique a dénoncé le préjudice indirectement subi, par suite des mêmes mesures, par des ressortissants belges en tant qu'actionnaires de la société, constitue simplement un changement d'argumentation, qui n'a rien à faire avec l'objet de la demande.

En effet, toutes les fois qu'il s'agit, comme dans le cas d'espèce, d'une demande en réparation pour violation, par une conduite donnée, des règles internationales sur le traitement des étrangers, l'indication de tel ou tel particulier, à l'égard duquel la protection diplomatique est exercée, ne concerne pas du tout l'objet de la demande, car celle-ci n'a d'autre objet que la réparation que l'Etat réclame pour lui-même. Cela, bien entendu, à la condition que l'indication de la conduite prétendument illicite de l'autre Etat reste inchangée par la suite; au cas contraire il y aurait changement de la demande par changement de *causa petendi*.

Les choses se passent autrement lorsque la protection diplomatique est exercée, non pas sous la forme d'une demande en réparation pour un fait illicite que l'on affirme accompli, mais, au contraire, sous la forme de la prétention à un traitement donné que l'autre Etat devrait réserver à un particulier. En ce cas, l'indication du particulier à l'égard duquel la protection diplomatique est exercée fait partie intégrante de l'indication de la conduite étatique réclamée par l'Etat qui exerce la protection diplomatique. Par conséquent, s'il s'agit d'une demande présentée par la voie judiciaire, la substitution d'un particulier protégé à un autre entraîne un changement de l'objet de la demande. Il y a précisément, en ce cas, un changement de *petitum*.

6. Les raisons pour lesquelles je suis d'avis que les deux demandes soumises à la Cour par la Belgique doivent être considérées comme objectivement identiques ne sont pas celles que le Gouvernement espagnol invoque pour aboutir à la même conclusion.

Le Gouvernement espagnol semble partir de l'idée que, pour établir l'objet de la demande (ou de l'affaire, comme il dit parfois), il faudrait avoir égard au particulier protégé. Dans le contre-mémoire et dans les conclusions qui y figurent on en arrive, par une formule peut-être elliptique, à envisager soit la société Barcelona Traction soit les actionnaires belges comme constituant eux-mêmes l'« objet » possible de la « demande » belge. Et l'on oppose, dans le même contre-mémoire, une affaire de protection de sociétés à une affaire de protection d'actionnaires.

Or, si l'on accepte l'idée que le particulier protégé constitue lui-même l'objet de la demande ou tout au moins l'élément décisif pour établir quel est l'objet de la demande, il faudrait en déduire, comme conséquence logique, que la demande présentée par la Belgique en 1962 est

autre que celle qui avait été soumise à la Cour en 1958, parce que la Belgique déclare maintenant protéger, non pas la Barcelona Traction, mais les actionnaires belges de cette dernière

Toutefois, d'après le Gouvernement espagnol, cette déduction devrait être écartée pour la raison que, dans sa requête de 1962, la Belgique aurait tenté de camoufler, sous les apparences d'une affaire relative à des actionnaires belges de la Barcelona Traction, une affaire qui concerne en réalité la société en tant que telle. Ce qui serait prouvé, d'une part, par les griefs avancés (se rapportant aux mesures prises par les autorités espagnoles à l'égard de la société) et, de l'autre, par les modalités de la réparation demandée (consistant, en premier lieu, dans la *restitutio in integrum* de l'entreprise).

7. Je suis d'avis que la Belgique, en présentant la nouvelle demande de la façon qu'elle a estimée la plus convenable, n'a fait qu'exercer une liberté qui, comme la Cour l'a remarqué dans son arrêt, lui appartenait sans aucun doute. Partant, c'est d'après le contenu que la Belgique lui a donné que la demande devait être examinée et jugée. Il aurait été tout a fait arbitraire, sous prétexte de rechercher ce qui se cache sous de prétendues apparences, de remplacer la demande réelle, telle que la Belgique l'a formulée, par une demande différente et purement hypothétique.

Or, si l'on veut comparer la demande de 1962 avec celle qui avait été soumise à la Cour en 1958 (ce qui, comme on l'a déjà dit, n'a d'autre utilité que de mieux préciser le contenu de la demande nouvelle), il faut considérer les deux demandes comme objectivement identiques. Mais cela non pas pour la raison que, comme le prétend le Gouvernement espagnol, la nouvelle demande aussi concernerait, malgré les apparences, la protection diplomatique de la société Barcelona Traction en tant que telle, mais plutôt pour la raison qu'il y a, entre les deux demandes, identité de *petitum* (réparation demandée) aussi bien que de *causa petendi* (conduite prétendument illicite des autorités espagnoles).

Cette constatation faite, il faut toutefois remarquer qu'il y a, entre les deux requêtes, une différence pour ce qui concerne la façon dont la Belgique prétend démontrer que les mesures incriminées constituent un fait illicite de l'Espagne à l'égard de la Belgique. Pour démontrer cela (et pour prouver, par conséquent, son droit à la réparation) la Belgique ne s'est plus appuyée sur la thèse du préjudice subi par une société dans laquelle il y aurait des intérêts belges prépondérants; la Belgique s'est fondée, au contraire, sur le fait que les mesures incriminées, bien que prises à l'égard de la société, auraient indirectement lésé les actionnaires belges de la société. Or il n'était pas possible d'écarter d'emblée cette nouvelle thèse en disant qu'elle ne constitue que la façon de camoufler une demande différente. C'est la thèse réellement avancée par la Belgique dans sa requête de 1962 qui devait être examinée dans les aspects qui lui sont propres pour juger si elle était bien ou mal fondée.

II

DE L'ORDRE DES QUESTIONS

1. La Belgique demande de l'Espagne réparation pour les mesures prises par les autorités de ce dernier Etat à l'égard de la Barcelona Traction, mesures considérées par la Belgique comme internationalement illicites. Il doit naturellement s'agir d'illicéité vis-à-vis de la Belgique résultant de la violation d'un droit subjectif propre de la Belgique, de la violation, en d'autres termes, d'une obligation de l'Espagne envers la même Belgique. En effet, les règles internationales relatives au traitement des étrangers, bien que règles de droit international général obligeant, en tant que telles, chaque Etat à l'égard de tous les autres Etats, se concrétisent en des rapports juridiques bilatéraux, de sorte que l'obligation d'un Etat de réserver à un particulier donné le traitement requis existe uniquement à l'égard de l'Etat dont ce particulier est le ressortissant et non pas à l'égard des autres Etats.

Or, pour démontrer que c'est précisément un droit subjectif de la Belgique qui a été violé par les mesures incriminées, le Gouvernement belge soutient que ces mesures, bien que prises à l'égard d'une société canadienne, ont indirectement lésé des ressortissants belges en tant qu'actionnaires de la société. Cette argumentation est contestée, sous plusieurs aspects, par le Gouvernement espagnol. Ce qui pose, entre autres, un problème de *qualité* pour la Belgique.

2. Il faut s'entendre quant au sens dans lequel il est possible, à ce propos, de parler proprement de qualité; cela pour la raison que les Parties ont employé des termes qui peuvent prêter à équivoque: «qualité pour agir» ou *jus standi*. Ces termes sembleraient indiquer une qualité *procédurale* se rapportant au droit d'ester en justice. Or ce droit est actuellement hors de discussion, une fois que l'arrêt de 1964 a affirmé la juridiction de la Cour dans la présente affaire et, par là, le pouvoir corrélatif de la Belgique de la saisir, c'est-à-dire le pouvoir d'action de la même Belgique.

Il est possible maintenant de parler de qualité uniquement dans le sens d'une qualité *substantielle* et non pas procédurale, c'est-à-dire dans le sens de l'appartenance à un Etat plutôt qu'à un autre Etat du droit substantiel invoqué dans le procès. On suppose, par hypothèse, l'existence d'une certaine obligation à la charge d'un Etat donné (l'Etat défendeur) et l'on se demande quel est l'Etat titulaire du droit subjectif hypothétique correspondant: on se demande, en particulier, si un tel droit appartiendrait ou non à l'Etat demandeur.

Comme je l'ai indiqué dans mon opinion dissidente jointe à l'arrêt sur les exceptions préliminaires (*C.I.J. Recueil 1964*, p. 111 et suiv.), la question de la qualité, entendue de cette façon, est une question de droit substantiel concernant le fond même de l'affaire. Un arrêt disant que l'Etat demandeur est dépourvu de qualité, par rapport au droit de

protection diplomatique qu'il invoque, est, non pas un arrêt déclarant la demande irrecevable, mais plutôt un arrêt rejetant la demande au fond. Un tel arrêt produit les effets de la chose jugée au sens matériel.

3. Dans mon opinion dissidente (p. 112 et suiv.; voir aussi p. 98 et suiv.), j'ai expliqué aussi que la question de la qualité en tant que question concernant l'appartenance à l'Etat demandeur du droit substantiel invoqué par lui comme fondement de sa demande, n'a aucun caractère préliminaire; cela dans le sens qu'il n'y a aucune nécessité logique de résoudre la question de la qualité avant d'aborder l'examen des autres questions concernant également le fond.

Il s'ensuit qu'il appartient au juge de déterminer l'ordre le plus convenable à suivre, en s'inspirant pour cela de critères d'opportunité et d'économie. Le juge peut bien décider de commencer par l'examen de la question de la qualité en prenant pour hypothèse l'existence de l'obligation invoquée comme fondement de la demande. Mais il se peut aussi que le juge trouve plus aisé, sans aborder du tout la question de la qualité, de prononcer le rejet de la demande pour le motif de l'inexistence même, pour le défendeur (n'importe à l'égard de quel Etat), de l'obligation affirmée par le demandeur. Pour cela il pourrait être suffisant de résoudre une question de droit pur, en établissant l'inexistence ou en déterminant le véritable contenu de la règle juridique invoquée comme fondement de la demande¹.

4. Or le Gouvernement espagnol s'oppose à la demande belge en soulevant, entre autres, des questions qui sont sans doute des questions de qualité.

En effet, le Gouvernement espagnol nie l'existence d'une participation belge élevée au capital-actions de la Barcelona Traction, contestant que certains particuliers, à l'égard desquels la Belgique prétend exercer la protection diplomatique, puissent être considérés comme des actionnaires belges de la société; et cela sous deux aspects différents. En premier lieu, le Gouvernement espagnol nie que certains particuliers, qualifiés de ressortissants belges par la Belgique, puissent être réellement considérés et traités comme des Belges. En deuxième lieu le Gouvernement espagnol nie que certains particuliers protégés par la Belgique puissent être considérés comme des actionnaires de la Barcelona Traction.

On pose ainsi, sous deux aspects différents, un problème qui est sans doute un problème de qualité, concernant, en tant que tel, la direction de l'obligation supposée existante à la charge de l'Espagne. Il s'agit, sous le premier des deux aspects, de savoir si le droit correspondant à cette obligation hypothétique appartient à la Belgique ou plutôt à un autre Etat quelconque dont le particulier en question devrait être consi-

¹ Voir dans mon opinion individuelle relative aux affaires du *Sud-Ouest africain, deuxième phase*, C.I.J. Recueil 1966, p. 65 et suiv., les remarques concernant le rapport dans lequel la question de la qualité se trouve avec la question de l'existence de l'obligation et le caractère hypothétique que revêt la question de la qualité lorsqu'elle est posée avant que l'existence de l'obligation ne soit établie.

déré comme ressortissant. Egalement, sous le deuxième aspect, il s'agit de savoir si le droit de protection diplomatique appartient à la Belgique ou plutôt à un autre Etat quelconque dont le véritable actionnaire serait ressortissant. Il s'agit en définitive, sous l'un et l'autre aspect, de ce qu'on appelle la nationalité de la réclamation.

5. Comme on le voit, tout cela suppose l'existence, pour ce qui concerne le traitement de la Barcelona Traction, d'une obligation à la charge de l'Espagne et à l'égard de l'Etat national ou des Etats nationaux des actionnaires. Or le Gouvernement espagnol nie l'existence même d'une telle obligation en recourant à une autre argumentation. Par cette argumentation on ne soulève pas du tout un problème de qualité; on ne soulève pas un problème de nationalité de la réclamation. On soulève, au contraire, un problème concernant l'existence même de la règle de droit invoquée par la Belgique comme fondement de sa demande; problème qu'il est possible de poser même si l'on suppose que les particuliers protégés sont réellement des actionnaires de la Barcelona Traction et qu'ils sont aussi des ressortissants belges.

On ne peut pas affirmer qu'il s'agit malgré tout d'un problème de direction de l'obligation (et, par conséquent, de qualité par rapport au droit subjectif correspondant) pour la raison qu'il faudrait tenir compte aussi du droit de protection diplomatique appartenant au Canada, en tant qu'Etat national de la société, et partant se demander si c'est précisément le Canada, plutôt que la Belgique, qui aurait qualité pour prétendre à la réparation. En effet le droit du Canada découle d'une règle autre que celle qui est invoquée par la Belgique et qui concerne, non pas la protection diplomatique de la société en tant que telle, mais plutôt la protection diplomatique des actionnaires par rapport à des mesures prises à l'égard de la société. Si cette dernière règle est niée, un problème de qualité ne se pose pas du tout.

6. En effet toute question de qualité ne peut être posée que par rapport à une règle de droit qui soit ou bien incontestée ou bien supposée existante. Il s'agit de savoir, parmi les différents sujets auxquels cette règle s'adresse, quel est celui auquel, dans le cas concret, la même règle confère le droit subjectif invoqué; il s'agit, en particulier, de savoir si c'est précisément au demandeur qu'un tel droit est conféré. Si l'existence même de la règle est niée, toute possibilité de poser un problème de qualité est écartée.

Par conséquent, si l'on dit qu'il n'y a pas de règle autorisant la protection diplomatique des actionnaires à raison de mesures prises à l'égard de la société, on exclut par là l'existence de toute obligation de l'Espagne, en la matière, vis-à-vis de tous les autres Etats. On nie partant le droit de la Belgique, non pas pour la raison qu'un tel droit appartiendrait, par hypothèse, à un Etat autre que la Belgique (en d'autres termes, pour défaut de qualité pour la Belgique), mais plutôt pour la raison que le même droit ne peut être invoqué par aucun Etat, parce qu'il n'existe aucune règle d'où il pourrait découler.

Au contraire, l'autre question, celle de la nationalité de la réclamation, concerne proprement la qualité. On postule l'existence possible d'une règle autorisant chaque Etat à exercer la protection diplomatique à l'égard de ses ressortissants actionnaires d'une société pour le traitement réservé à celle-ci par un autre Etat; et l'on se demande si, sur la base de cette règle hypothétique, c'est à la Belgique qu'appartiendrait le droit de protéger certains particuliers, cela pour la raison que, conformément à l'affirmation de la Belgique, ces particuliers seraient à la fois des ressortissants belges et des actionnaires de Barcelona Traction. On pose ainsi, comme on le voit, un véritable problème de qualité, le problème, en d'autres termes, de l'appartenance du droit subjectif découlant d'une certaine règle supposée existante. La solution par la négative de cette question aurait, elle aussi, conduit à rejeter la demande belge au fond.

7. Toutefois, le fait qu'il s'agit d'un problème de qualité ne veut pas dire que ce problème aurait dû être examiné et tranché par l'affirmative avant qu'il fût possible pour la Cour de passer à l'examen de l'autre problème, celui de l'existence d'une obligation de l'Espagne à l'égard des Etats nationaux des actionnaires de la Barcelona Traction pour ce qui concerne le traitement de cette dernière. J'ai déjà dit que le problème de la qualité concerne lui aussi le fond et que, pour cela, il n'y avait aucune nécessité logique de le résoudre avant les autres questions concernant également le fond. La décision sur l'ordre à suivre ne pouvait tenir qu'à des motifs d'économie.

Or la Cour a donné la priorité à l'examen du problème de pur droit international relatif à la protection diplomatique des actionnaires d'une société par leur Etat national par rapport à des mesures prises à l'égard de la société. Ce choix était en soi le plus opportun; ce qui a été par la suite confirmé par le résultat même auquel il a abouti.

En effet, ayant tranché ledit problème par la négative, ayant nié, en d'autres termes, l'existence, pour ce qui concerne le traitement réservé par un Etat à une société donnée, de toute obligation de cet Etat à l'égard des Etats nationaux des actionnaires, la Cour a pu par là même écarter tout problème de qualité, c'est-à-dire le problème de savoir si les particuliers que la Belgique prétend protéger sont ou non actionnaires de la société et, en même temps, ressortissants belges. De cette façon, bien des questions très délicates de fait et de droit interne, dont la solution n'était pas nécessaire aux fins du règlement de l'affaire, ont été évitées.

8. Aussi la Cour a-t-elle pu conférer une structure logique très simple à sa décision, qui consiste en substance à nier la prémisse majeure du syllogisme, à nier, en d'autres termes, la règle invoquée par la Belgique. De cette façon la Cour a donné une réponse définitive et concrète au problème fondamental débattu entre les Parties, qui consiste précisément à savoir si la règle de droit international invoquée par la Belgique existe ou non. La solution par la négative d'un tel problème implique qu'aucun des Etats nationaux des actionnaires ne pourrait exercer la

protection diplomatique, cela indépendamment de la quantité d'actions possédées par ses nationaux. Par conséquent, la demande belge devait être, sur cette base, rejetée même au cas où l'on aurait prouvé que la totalité ou la presque totalité des actions de la Barcelona Traction sont entre les mains de ressortissants belges.

Si, par contre, la Cour avait commencé par l'examen du problème de la qualité, son raisonnement et la structure logique de sa décision auraient été en tout cas beaucoup plus complexes. J'ai déjà dit que toute question de qualité ne peut être posée que par rapport à une certaine règle qui, si elle est, comme dans le cas d'espèce, contestée, doit être, aux fins du raisonnement, supposée exister. La Cour serait précisément partie de l'hypothèse qu'une certaine règle constituant la prémisse majeure du syllogisme existe; supposant exacte cette prémisse, la Cour aurait examiné et tranché les différentes questions de fait rentrant dans le domaine de la prémisse mineure (les questions de droit interne aussi sont, pour le juge international, des questions de fait).

Or de deux choses l'une: ou bien le problème de la qualité, posé de cette façon hypothétique, aurait été tranché par l'affirmative ou bien le même problème aurait été tranché par la négative.

Dans le premier cas, une fois reconnue la qualité de la Belgique par rapport à une règle de droit tenue par hypothèse pour existante, la Cour aurait été obligée d'examiner et de résoudre le problème de savoir si cette règle existe réellement ou non: c'est-à-dire le problème même auquel la Cour a donné en fait la priorité et dont la solution négative suffit par elle-même à régler l'affaire sans aucun besoin d'aborder la question très complexe de la qualité.

C'est seulement dans le cas d'une solution négative du problème de la qualité que la Cour aurait pu, sur cette base, prononcer le rejet de la demande belge, sans se soucier de vérifier si l'hypothèse sur laquelle elle s'était fondée correspondait ou non à la réalité de l'ordre juridique international. Or ce caractère hypothétique du raisonnement aurait eu quelque chose d'étrange. Confrontée avec un problème très important de droit international, problème tenant une place fondamentale dans les argumentations respectives des Parties, la Cour se serait dérobée à la tâche de lui donner une solution, parce qu'au lieu de résoudre ce problème elle serait partie d'une simple hypothèse, celle de la solution du même problème par l'affirmative.

9. Il faut encore remarquer que la solution, dans un sens ou dans l'autre, d'un problème de qualité est fonction de la règle par rapport à laquelle ce problème est posé. Si, par exemple, on part de la règle hypothétique d'après laquelle chaque Etat a le droit de protéger ses ressortissants actionnaires d'une société indépendamment de la quantité d'actions possédées par ces mêmes ressortissants, il n'y aurait aucune difficulté, en l'espèce, à reconnaître la qualité de la Belgique, étant donné que l'Espagne ne conteste pas l'existence, entre les mains de ressortissants belges, d'un certain nombre (peu importe s'il est plus ou

moins grand) d'actions de la Barcelona Traction. La question de la qualité se présenterait au contraire comme une question très délicate si, en conformité avec la thèse belge, on supposait l'existence d'une règle différente et, dans un certain sens, plus limitée: d'une règle qui donnerait le monopole de la protection diplomatique des actionnaires d'une société, frappée d'une certaine mesure, à l'Etat dont les ressortissants seraient en possession de la plus grande partie des actions ou bien d'une règle qui réserverait la protection diplomatique aux différents Etats dont les ressortissants seraient en possession d'une quantité substantielle d'actions.

En outre, l'utilité même d'une solution préalable et hypothétique du problème de la qualité dépend du choix de la règle, supposée existante, par rapport à laquelle le problème est posé. Il suffit à ce propos de faire remarquer que, par exemple, la solution affirmative du problème de la qualité serait dépourvue de toute utilité s'il n'y avait pas coïncidence entre la règle prise, par hypothèse, comme existante et la règle dont l'existence réelle est par la suite établie.

III

SUR LE PROBLÈME DE LA PROTECTION DIPLOMATIQUE DES ACTIONNAIRES

1. J'en viens maintenant au problème de savoir si un Etat a le droit d'exercer la protection diplomatique à l'égard de ses ressortissants qui, en tant qu'actionnaires d'une société anonyme ayant une nationalité différente, auraient subi un préjudice du fait de mesures prises à l'égard de la société par un Etat étranger. Pour la solution correcte de ce problème il faut, à mon avis, partir de quelques remarques très générales sur les règles de droit international concernant le traitement des étrangers.

Ces règles visent toujours à la protection de certains *intérêts* propres à des individus ou à des entités collectives. Lesdits intérêts, bien qu'envisagés par des règles de droit international, restent, pour l'ordre juridique international, de simples intérêts. Ce serait en effet contraire à la structure actuelle de la communauté internationale et de l'ordre juridique international que de penser que cet ordre juridique puisse soit conférer soit simplement reconnaître des droits subjectifs à des individus ou à des entités collectives autres que celles qui, comme les Etats, ont la qualité de sujets du droit international. C'est seulement dans l'ordre juridique étatique que les intérêts des ressortissants étrangers peuvent trouver protection moyennant l'attribution à ces derniers soit de droits subjectifs soit d'autres situations juridiques subjectives favorables (facultés, pouvoirs juridiques, expectatives).

Les règles de droit international peuvent toutefois tenir compte, d'une façon ou d'une autre, de l'existence de cette possibilité pour l'ordre juridique étatique, lorsqu'elles s'adressent aux Etats pour leur imposer des obligations données en matière de traitement des étrangers.

Les règles internationales en cette matière, bien que visant toutes à protéger des intérêts, en tant que tels, d'individus ou d'entités collectives, peuvent employer, pour atteindre leur but, des moyens différents et peuvent se référer de façons différentes aux ordres juridiques étatiques.

2. Il y a, en premier lieu, des règles internationales relatives au traitement des étrangers qui déterminent directement les intérêts qu'elles visent à protéger, indépendamment de ce que pourrait être l'attitude actuelle de l'ordre juridique interne à cet égard. Les intérêts envisagés par les règles de cette catégorie sont toujours des intérêts propres d'individus et jamais des intérêts d'entités collectives. En outre, parmi les intérêts d'individus ressortissants étrangers, les règles dont il s'agit envisagent toujours des intérêts ayant une importance fondamentale, tel que l'intérêt à la vie ou à la liberté et jamais des intérêts d'ordre purement économique.

La règle internationale se réfère, en ce cas, à l'ordre juridique étatique uniquement dans le sens qu'elle s'adresse à l'Etat pour l'obliger à un comportement donné dans son propre ordre juridique interne; comportement qui peut consister à conférer, dans cet ordre juridique, certains droits subjectifs ou certaines autres situations juridiques subjectives aux ressortissants étrangers.

Les règles internationales de cette catégorie révèlent une certaine analogie avec les règles internationales concernant la protection des droits de l'homme. Pour ces règles aussi il ne s'agit pas de la protection de droits subjectifs qui seraient déjà conférés par l'ordre juridique interne, mais il s'agit de l'attribution même (obligatoire pour l'Etat) de droits subjectifs dans l'ordre interne. Si l'on parle, à cet égard, de « droits » de l'homme en tant qu'objet de la protection visée par la règle internationale, c'est qu'on emploie ce terme dans le sens de droits naturels. Le droit international vise, dans ce cas aussi, à la protection de certains intérêts individuels et non pas de droits subjectifs découlant déjà d'un ordre juridique positif.

3. Aux règles internationales sur le traitement des étrangers appartenant à la catégorie que je viens d'indiquer on peut opposer, ayant égard à leur structure, les règles d'une catégorie différente. Le champ d'application des règles qui entrent dans cette deuxième catégorie est beaucoup plus étendu que celui des règles de la première, parce que, d'une part, les règles de la deuxième catégorie concernent non seulement les individus étrangers mais aussi les entités collectives étrangères et que, d'autre part et comme conséquence même de ce fait, elles visent non pas à la protection de quelques intérêts donnés ayant une importance fondamentale pour la personne humaine, mais plutôt à la protection d'autres intérêts plus nombreux ayant le plus souvent un caractère purement économique.

De même que les règles de la première catégorie, celles de la deuxième visent également à la protection d'intérêts et cela moyennant un certain comportement que les Etats, auxquels ces règles s'adressent, sont, par ces mêmes règles, obligés de suivre dans leur ordre juridique interne.

Mais, avant de se référer de cette façon à l'ordre juridique interne, les règles internationales dont il s'agit maintenant se réfèrent au même ordre juridique pour accomplir une tâche préalable, consistant à déterminer les intérêts qui forment l'objet de la protection envisagée. C'est que la règle internationale suppose une certaine attitude de l'ordre juridique étatique, dans le sens qu'elle a égard uniquement à des intérêts qui, dans cet ordre juridique, ont déjà reçu une certaine protection moyennant l'attribution de droits subjectifs ou d'autres situations juridiques subjectives favorables (facultés, pouvoirs juridiques, expectatives); attitude de l'ordre juridique étatique qui, en soi, n'est pas internationalement obligatoire.

C'est en supposant cette donnée, résultant de l'ordre juridique interne, que la règle internationale oblige l'Etat à un certain comportement par rapport aux intérêts dont il s'agit: par rapport, pourrait-on dire désormais, aux droits subjectifs par lesquels les intérêts en question sont protégés dans l'ordre juridique interne. Il faut préciser que c'est par souci de brièveté que je parle, à ce propos, de droits subjectifs, parce que, au lieu d'un droit subjectif, il pourrait bien s'agir d'une autre situation juridique favorable: d'une faculté, d'un pouvoir juridique, d'une expectative.

Le comportement auquel l'Etat est obligé par le droit international par rapport aux droits que le même Etat confère aux ressortissants étrangers dans son propre ordre interne consiste, en premier lieu, dans la protection judiciaire de ces droits. Un Etat qui, ayant attribué certains droits aux ressortissants étrangers, barrerait à ces derniers l'accès aux tribunaux pour faire valoir ces mêmes droits se rendrait coupable, pour le droit international, d'un déni de justice. A part cela, le droit international oblige l'Etat, dans certaines limites et à certaines conditions, à respecter, par la conduite de ses organes administratifs ou même législatifs, les droits que l'ordre juridique interne du même Etat confère aux ressortissants étrangers. On parle, à ce propos, du respect des droits acquis des étrangers.

Comme on le voit, le fait que les règles internationales dont il s'agit envisagent uniquement les intérêts des étrangers constituant déjà, pour l'ordre interne, des droits subjectifs, n'est que la conséquence nécessaire du contenu même des obligations imposées par ces règles; obligations qui supposent précisément des droits subjectifs conférés aux étrangers par l'ordre juridique étatique.

L'obligation de la tutelle judiciaire aussi bien que celle du respect des droits ont donc pour objet des droits, tels qu'ils sont conférés par l'ordre juridique interne. Il s'agit là d'une façon indirecte de déterminer les intérêts que la règle internationale vise à protéger, étant donné que cette règle ne protège les intérêts d'individus étrangers ou d'entités collectives étrangères que si ces intérêts bénéficient déjà d'une certaine protection de l'ordre juridique interne. Cela veut dire que la règle internationale se réfère à l'ordre juridique interne dans ce sens que, pour imposer une

obligation donnée à la charge d'un Etat, elle suppose une certaine attitude librement suivie par l'ordre juridique du même Etat.

4. Cette référence de la règle internationale au droit étatique n'a rien d'anormal. On ne peut pas du tout objecter, comme on l'a fait du côté belge, que de cette façon on fait dépendre la responsabilité internationale de l'Etat de catégories du droit interne, en permettant à un Etat d'opposer les dispositions de son propre ordre juridique afin d'échapper aux conséquences internationales de ses actes. En réalité il ne s'agit pas de subordonner la responsabilité internationale, en tant que telle, aux dispositions du droit interne; il s'agit plutôt du fait que l'existence même de l'obligation internationale dépend d'une donnée résultant du droit interne, et cela en vertu, non pas du droit interne, mais, au contraire, de la règle internationale elle-même, qui renvoie, à cet effet, au droit étatique.

Il n'est pas possible non plus d'opposer, comme on l'a fait aussi, le prétendu principe fondamental de la suprématie du droit international. Malgré l'assertion contraire du Gouvernement belge à ce propos, ledit principe n'a jamais été affirmé, en tant que tel, par la Cour internationale et, pour ce qui est de la Cour permanente, il se trouve en opposition nette avec l'idée, dont cette dernière s'est toujours inspirée, de la séparation entre le droit international et le droit interne.

Tout autre est le principe qui se trouve à la base de l'affirmation de la Cour permanente, selon laquelle, au regard du droit international, les lois nationales sont de simples faits (*C.P.J.I. série A n° 7*, p. 19). Il s'agit là, non pas du prétendu principe de la suprématie du droit international, mais plutôt du caractère exclusif de l'ordre juridique international, comme de tout ordre juridique originaire. Or ce principe n'exclut pas du tout la possibilité, pour une règle de droit international, de renvoyer au droit interne de quelque façon que ce soit: par exemple, précisément pour subordonner l'obligation mise à la charge d'un Etat à une certaine donnée relevant du droit interne de cet Etat. Les traités d'extradition et les traités relatifs à la reconnaissance des jugements étrangers offrent des exemples très clairs de cette possibilité.

5. Dans le cas d'espèce les intérêts qui entrent en ligne de compte sont soit des intérêts d'entités collectives, plus précisément de sociétés de commerce, telles que la Barcelona Traction et les sociétés actionnaires de celle-ci, soit des intérêts d'individus, tels que les actionnaires individuels de la Barcelona Traction. Mais il s'agit en tout cas d'intérêts d'ordre purement économique.

Il s'ensuit que les règles internationales qu'il est possible d'invoquer pour la protection de ces intérêts sont uniquement des règles appartenant à la deuxième des deux catégories que j'ai indiquées. Or, comme on l'a vu, ces règles supposent que, pour la protection des mêmes intérêts, des droits subjectifs soient déjà conférés par l'ordre juridique interne. C'est en supposant cette attitude, internationalement libre, de l'ordre

interne, que la règle internationale impose à l'Etat des obligations données.

Des considérations que j'ai développées il faut déduire que, du moins d'après le droit international général, un Etat est libre même de nier la personnalité juridique aux sociétés de commerce ou à certaines sociétés de commerce. En effet, c'est uniquement aux individus que l'Etat est internationalement obligé de reconnaître la personnalité juridique, de conférer, en d'autres termes, un ensemble de droits subjectifs. Il s'agit précisément des droits subjectifs que l'Etat est obligé, par les règles internationales de la première catégorie, de conférer aux individus pour la protection de certains de leurs intérêts ayant un caractère fondamental. C'est seulement au cas où certains droits subjectifs et, par conséquent, la personnalité juridique sont conférés à une société de commerce dans l'ordre interne que l'Etat est lié par des obligations internationales données concernant la protection judiciaire et le respect de ces mêmes droits.

Au cas où l'ordre juridique interne dénie la personnalité juridique à une société de commerce, cela veut dire que le même ordre interne considère le patrimoine social comme l'objet de droits propres des associés. Alors c'est par rapport à ces droits, librement conférés aux associés par l'ordre interne, que subsiste, à la charge de l'Etat, l'obligation internationale de protection et de respect.

Si, par contre, l'ordre juridique interne reconnaît à la société la personnalité juridique, le même ordre juridique ne peut que régler d'une façon correspondante les droits des associés. Par cohérence avec l'attribution du patrimoine social à la société, considérée comme personne juridique, les associés n'auront alors que des droits limités, dont l'objet ne sera pas le patrimoine social. Il va sans dire que, dans cette hypothèse aussi les droits accordés aux associés, quels qu'ils soient, jouissent de la protection internationale qui leur est propre.

En d'autres termes, il y a, d'un côté, un ensemble de droits conférés par l'ordre interne à la société; et, de l'autre côté, il y a, dans le même ordre juridique, un ensemble, tout à fait distinct, de droits conférés aux associés. Chaque ensemble de droits jouit d'une protection internationale distincte.

Comme on le voit, l'une et l'autre de ces deux protections accordées par l'ordre juridique international supposent une certaine attitude du droit interne, à savoir une certaine façon dont celui-ci règle les droits de la société, d'une part, et les droits des associés, de l'autre. Dans le cas d'espèce, l'ordre étatique qui entre en ligne de compte est l'ordre juridique espagnol, c'est-à-dire l'ordre juridique de l'Etat dont il s'agit d'établir les obligations internationales.

Pour ce qui concerne les associés, dire que l'ordre juridique international ne protège que leurs droits, tels qu'ils sont reconnus par l'ordre interne de l'Etat dont l'obligation internationale est en cause, ne signifie pas du tout nier que la protection internationale a pour objet en définitive, en ce cas comme toujours, des intérêts. La référence à l'ordre juridique

étatique et aux droits subjectifs conférés par celui-ci ne constitue que le moyen par lequel le droit international établit quels sont les intérêts qu'il vise à protéger. Le droit international protège, par l'imposition de certaines obligations à la charge de l'Etat, uniquement les intérêts des associés qui, dans l'ordre juridique interne de cet Etat, reçoivent déjà une protection moyennant l'attribution aux mêmes associés de droits subjectifs ou d'autres situations juridiques subjectives.

Si cette condition ne se réalise pas, si, en d'autres termes, il s'agit d'intérêts qui ne constituent pas, dans l'ordre interne, des droits subjectifs conférés aux associés, ces intérêts ne forment pas l'objet d'une protection spécifique par le droit international. Il peut bien s'agir d'intérêts des associés coïncidant avec les intérêts de la société. En ce cas, si les intérêts de la société sont juridiquement protégés dans l'ordre interne, c'est à ces intérêts (constituant des droits subjectifs de la société) que les obligations internationales ont égard.

6. L'application au cas d'espèce des principes que je viens d'indiquer ne donne lieu à aucune difficulté.

Il n'y a pas de divergence entre les Parties quant à l'attitude de l'ordre interne espagnol pour ce qui concerne la façon de régler la situation juridique d'une société anonyme, d'une part, et les droits des actionnaires de l'autre. Personne ne conteste que la Barcelona Traction, comme toute société anonyme, jouissait, dans l'ordre juridique espagnol, de la personnalité juridique et qu'elle devait, partant, être considérée comme le titulaire des droits sur le patrimoine social. Par conséquent, aucun droit sur le patrimoine social n'était reconnu aux actionnaires de la Barcelona Traction, qui ne jouissaient que des droits propres aux actionnaires d'une société anonyme, tels que le droit au dividende et les droits relatifs à la gestion de la société.

Or la Belgique ne se plaint pas d'un préjudice quelconque que les actionnaires de la Barcelona Traction auraient subi, dans leurs droits propres d'actionnaires, par suite des mesures prises par les autorités espagnoles. La Belgique se plaint, au contraire, du fait que ces mesures, bien que prises à l'égard de la société (ou plutôt précisément en raison de cela), auraient porté atteinte aux intérêts des actionnaires. Or ces intérêts étaient de simples intérêts, ne constituant pas, dans l'ordre juridique espagnol, des droits subjectifs.

Il s'ensuit, en conformité avec les principes que j'ai énoncés, que, pour ce qui concerne ces intérêts des actionnaires, le droit international ne mettait aucune obligation à la charge de l'Espagne; ce qui exclut toute responsabilité internationale de la même Espagne pour le préjudice que les mesures prises par ses autorités auraient causé aux intérêts des actionnaires étrangers. Si l'on fait abstraction des simples intérêts (comme on doit le faire) et si l'on ne considère que les droits subjectifs, tels qu'ils découlaient de l'ordre juridique espagnol, c'est seulement aux droits de la société que les mesures incriminées pouvaient porter atteinte. Mais le préjudice aux droits de la Barcelona Traction, en tant que société cana-

dienne, pourrait, s'il est internationalement illicite, constituer un fait illicite international uniquement à l'égard du Canada: non pas à l'égard de la Belgique ni à l'égard de tout autre Etat. A ce propos on peut proprement dire que c'est exclusivement l'Etat canadien qui, à raison de la nationalité du particulier lésé, a qualité pour prétendre à la réparation.

7. Il faut maintenant faire mention d'une autre façon de poser le problème du caractère illicite ou non, envers la Belgique, des mesures prises par les autorités espagnoles, à laquelle les Parties ont eu recours. Au lieu de se référer à la distinction entre droits et simples intérêts, on a distingué entre un préjudice direct et un préjudice indirect et l'on s'est demandé si les mesures incriminées, bien que prises à l'égard de la Barcelona Traction et causant, en tant que telles, un préjudice direct à celle-ci, constituent un fait illicite international envers la Belgique pour la raison qu'elles auraient causé aussi, bien qu'indirectement, un préjudice aux actionnaires belges de la Barcelona Traction.

Sur la base de ce que j'ai dit quant à l'attitude différente des règles internationales sur le traitement des étrangers à l'égard des simples intérêts, d'une part, et des droits, de l'autre, je trouve que la distinction entre un préjudice direct et un préjudice indirect est dépourvue de toute utilité.

En effet, si l'on envisage cette catégorie très limitée de règles internationales sur le traitement des étrangers qui visent à protéger certains intérêts indépendamment du fait que ceux-ci constituent ou non, dans l'ordre interne, des droits, la lésion d'un de ces intérêts est, en soi, un fait internationalement illicite. Aucune importance, à ce propos, ne pourrait être attachée au rapport dans lequel une telle lésion se trouverait avec la lésion d'un autre intérêt, dans le sens, en particulier, qu'elle devrait être considérée comme une conséquence indirecte de cette dernière lésion.

De même, si l'on considère l'autre catégorie de règles internationales, qui visent à protéger uniquement les droits reconnus par l'ordre juridique interne, ce qui importe, dans un cas concret, c'est précisément d'établir s'il s'agit de la lésion d'un droit. Si cela n'est pas le cas, s'il s'agit, en d'autres termes, de la lésion d'un simple intérêt, cette lésion ne constitue pas un fait internationalement illicite, même si elle se trouve dans un rapport quelconque avec la lésion d'un droit constituant éventuellement, en tant que telle, un fait illicite envers l'Etat national du particulier lésé.

Il semble, par ailleurs, que la distinction entre préjudice direct et préjudice indirect n'est, en substance, qu'une façon différente d'énoncer la distinction entre la lésion d'un droit et la lésion d'un simple intérêt. En effet, si l'on part de l'idée d'une mesure prise à l'égard d'un particulier donné, qui, par suite de cette mesure, aurait directement subi un préjudice, et que l'on se demande, dans un cas concret, quel est le particulier à l'égard duquel la mesure peut être considérée comme ayant été prise, il n'y a, pour répondre à cette question, d'autre moyen que de considérer les effets juridiques de la mesure. Une mesure ne peut être tenue pour prise à l'égard d'un sujet donné que si elle produit des effets juridiques pour ce

sujet, si, en d'autres termes, elle touche aux droits de ce sujet. Les autres sujets ne pourraient, le cas échéant, ressentir de la mesure que des conséquences affectant leurs simples intérêts. Qualifier ces conséquences d'indirectes n'est qu'une formule imprécise pour indiquer justement la lésion du simple intérêt d'un sujet donné, lésion se trouvant dans un certain rapport avec la lésion du droit d'un autre sujet.

8. J'en arrive à la conclusion qu'une obligation internationale de l'Espagne pour ce qui concerne le traitement de la Barcelona Traction et, par conséquent, la responsabilité internationale de l'Espagne à raison d'une violation éventuelle de cette obligation ne pourraient être affirmées qu'envers le Canada, Etat national de la société. Ni l'obligation ni la responsabilité de l'Espagne ne pourraient être affirmées vis-à-vis de la Belgique ni vis-à-vis de tout autre Etat dont les actionnaires de la Barcelona Traction seraient les ressortissants.

L'absence de toute responsabilité de l'Espagne envers la Belgique pour ce qui concerne les mesures prises par les autorités espagnoles à l'égard de la Barcelona Traction n'est que la conséquence de l'absence de toute obligation, à ce sujet, de l'Espagne envers la Belgique; ce qui dépend, à son tour, du fait qu'il n'existe aucune règle de droit international d'où une telle obligation pourrait être déduite.

Tout cela revient à dire qu'il n'y a, pour la Belgique, aucune possibilité d'exercer la protection diplomatique à l'égard des actionnaires belges de la Barcelona Traction, étant donné que, comme on l'a déjà dit, l'Etat qui exerce la protection diplomatique à l'égard de l'un de ses ressortissants ne fait qu'exiger, pour celui-ci, le traitement requis par les règles internationales en la matière ou encore que prétendre à une réparation pour la violation de ces règles.

9. A ce propos aucune importance ne pourrait être attachée au fait que les actionnaires belges de la Barcelona Traction auraient pu bénéficier indirectement, pour ce qui concerne leurs propres intérêts, de l'exercice, par le Canada, de la protection diplomatique à l'égard de la société et qu'une telle protection n'a pas été poursuivie.

Nous avons vu que les intérêts des actionnaires, en tant que simples intérêts ne constituant pas, dans l'ordre interne, des droits subjectifs, sont dépourvus de toute protection par les règles internationales relatives au traitement des étrangers. Cela n'exclut évidemment pas que ces intérêts puissent indirectement bénéficier de la protection accordée par les mêmes règles aux intérêts de la société, dans la mesure où ces intérêts constituent, pour l'ordre interne, des droits subjectifs. Il peut arriver, par conséquent, que l'exercice, par l'Etat national de la société, de la protection diplomatique à l'égard de celle-ci aboutisse, avec le rétablissement des intérêts de la société, à rétablir aussi indirectement les intérêts des actionnaires.

Mais cela n'a aucune influence sur l'attitude, par rapport aux intérêts des actionnaires, des règles internationales sur le traitement des étrangers. La simple possibilité d'une protection indirecte des intérêts des actionnaires, dans le sens que l'on a indiqué, ne peut nullement amener à penser

que, toutes les fois qu'une telle protection indirecte fait défaut, elle doit être remplacée par une protection directe. Cette protection directe ne pourrait se concrétiser que dans une obligation et éventuellement dans une situation de responsabilité de l'Etat vis-à-vis de l'Etat national des actionnaires. Or on ne voit pas quel pourrait être le fondement de cette obligation et de cette responsabilité.

En réalité l'idée même d'une protection diplomatique des actionnaires par leur Etat national, cette protection étant conçue comme une protection subsidiaire, susceptible d'être exercée dans l'hypothèse où la protection de la société par son Etat national fait défaut, est une idée strictement liée à une conception qui méconnaît la base même de la protection diplomatique en général. C'est qu'on conçoit la protection diplomatique, non pas comme le simple exercice, par un Etat, d'un droit subjectif qui lui est conféré par les règles internationales relatives au traitement des étrangers, mais plutôt comme une procédure tout à fait indépendante de l'existence d'un droit subjectif.

C'est seulement en se plaçant dans cette perspective qu'on pourrait envisager, pour ce qui concerne le traitement réservé à une société anonyme, une protection diplomatique des actionnaires par leur Etat national en tant que protection subsidiaire, c'est-à-dire subordonnée au fait que la protection diplomatique n'est pas exercée ou poursuivie par l'Etat national de la société. Ce qui est, au contraire, tout à fait inconcevable si l'on part de l'idée correcte d'après laquelle la protection diplomatique n'est que l'exercice d'un droit subjectif international et qu'elle suppose, par conséquent, l'existence d'un tel droit.

10. Il n'est pas possible non plus, pour démontrer l'admissibilité d'une protection diplomatique subsidiaire des actionnaires, en cas de défaut d'exercice de la protection diplomatique à l'égard de la société, de s'appuyer sur l'analogie ou, pour mieux dire, sur le parallélisme qui existerait entre cette prétendue protection diplomatique subsidiaire, d'une part, et, d'autre part, la possibilité éventuellement reconnue par le droit interne aux actionnaires d'agir contre les organes sociaux ou à leur place si ceux-ci se montrent inactifs.

C'est l'idée même à la base d'une telle argumentation qui, à mon avis, ne peut être acceptée: celle de la nécessité d'une protection quelconque des intérêts des actionnaires par le droit international. Cette protection n'a aucun caractère de nécessité; elle n'existe que dans les limites et aux conditions qui sont fixées par le droit international lui-même. En outre, les exigences que le droit interne vise à satisfaire ne sont pas nécessairement des exigences dont le droit international doit aussi se soucier.

Il va sans dire que, si l'ordre juridique interne confère, en cas d'inactivité des organes sociaux, certains droits subjectifs aux actionnaires, ces droits, de même que tous les autres droits propres des actionnaires, jouiront, en tant que tels, de la protection que le droit international accorde en général aux droits conférés aux particuliers par l'ordre juridique étatique.

11. Le défaut, dans un cas concret, d'exercice de la protection diplomatique à l'égard de la société pourrait être la conséquence de l'impossibilité même d'exercer une telle protection en l'espèce.

On a indiqué comme un cas d'impossibilité d'exercice de la protection diplomatique de la société par son Etat national l'hypothèse d'une société dissoute ou d'une société se trouvant dans une situation d'incapacité légale ou de simple incapacité de fait d'agir.

Pour ce qui est du cas extrême, celui de la dissolution, il doit naturellement s'agir d'une dissolution survenue après la mesure incriminée, soit comme conséquence soit indépendamment même de cette mesure. En effet, si la société était déjà dissoute lorsque la mesure incriminée a été prise, on ne pourrait évidemment pas parler de mesure prise à l'égard de la société, mais il faudrait parler, au contraire, de mesure prise directement à l'égard des associés; ce qui autoriserait, pour cette raison, les Etats nationaux des associés à exercer la protection diplomatique de ces derniers.

En outre la logique de l'argument implique qu'il doit s'agir d'une extinction qui soit efficace pour l'ordre juridique de l'Etat national de la société. Or une telle extinction n'est pas nécessairement une conséquence automatique de l'extinction qui se serait produite dans l'ordre juridique de l'Etat auteur de la mesure incriminée.

Il est tout à fait évident que, si la société est dissoute pour l'ordre juridique de son Etat national, il n'y a aucune possibilité que la même société s'adresse à cet Etat pour lui demander d'être diplomatiquement protégée. Mais une chose est la demande de protection diplomatique qu'un particulier peut adresser à son Etat national et qui relève entièrement de l'ordre juridique interne de cet Etat; autre chose est l'exercice de la protection diplomatique sur le plan international. La protection diplomatique, en tant qu'exercice d'un droit subjectif découlant de l'ordre juridique international, appartient exclusivement à l'Etat, qui est tout à fait libre à cet égard. Un Etat est libre de ne pas exercer la protection diplomatique même si le particulier intéressé le demande. Par contre un Etat peut exercer la protection diplomatique même s'il n'y a pas de demande de la part du particulier. Il s'ensuit que la dissolution d'une société n'empêche pas son Etat national d'exercer la protection diplomatique à son égard et que, partant, l'hypothèse envisagée ne se réalise pas du tout.

12. Il faut reconnaître, au contraire, qu'il y a réellement impossibilité de la protection diplomatique à l'égard de la société lorsqu'il n'existe aucun Etat étranger qui pourrait l'exercer. C'est précisément le cas d'une société ayant la nationalité du même Etat dont l'obligation internationale est en cause.

Toutefois, dire qu'en ce cas les Etats nationaux des actionnaires sont autorisés à protéger les intérêts de ceux-ci, parce que ces intérêts ne peuvent bénéficier indirectement d'une protection quelconque accordée à la société, signifie bouleverser complètement le système des règles inter-

nationales sur le traitement des étrangers. Il s'agirait en outre d'une déduction tout à fait illogique et arbitraire.

En effet, si l'on envisage une protection indirecte et éventuelle, cela veut dire que l'on constate, pour ce qui concerne les actionnaires, l'absence d'une protection directe de la part du droit international: on constate, en d'autres termes, que le droit international ne considère pas les intérêts des actionnaires, en tant que simples intérêts, comme dignes de protection de sa part et qu'il s'abstient partant de mettre à la charge de l'Etat, à ce sujet, des obligations quelconques vis-à-vis des Etats nationaux des mêmes actionnaires. Cette attitude négative du droit international ne pourrait être renversée pour le motif que les intérêts des actionnaires pourraient, dans d'autres hypothèses, bénéficier d'une protection purement indirecte. Par cette voie artificielle et illogique on aboutirait à créer, pour les intérêts des actionnaires, une protection directe susceptible d'être mise en œuvre par leurs Etats nationaux: cette protection, précisément, qui est refusée par le droit international.

13. A plus forte raison la protection diplomatique des actionnaires par leurs Etats nationaux doit être exclue lorsque, comme dans le cas d'espèce, la protection diplomatique de la société par son Etat national est possible mais, pour une raison quelconque, n'est pas exercée ou poursuivie.

Aux remarques faites en général sur la conception d'une protection diplomatique subsidiaire des actionnaires et à celles que je viens de faire à propos de l'hypothèse de l'impossibilité d'une protection diplomatique de la société et qui gardent toute leur valeur pour l'hypothèse considérée maintenant, on peut ajouter d'autres remarques particulières à celle-ci.

Dans cette dernière hypothèse la possibilité pour un Etat d'exercer la protection diplomatique à l'égard des actionnaires de la société, qui sont ressortissants de cet Etat, n'aurait aucun caractère absolu, étant subordonnée à une certaine attitude qu'un Etat tiers, c'est-à-dire l'Etat national de la société, est libre d'adopter ou non: attitude consistant soit à s'abstenir d'exercer la protection diplomatique à l'égard de la société soit à ne pas poursuivre une protection diplomatique déjà engagée. Il ne serait pas facile d'établir à quel moment la condition requise pourrait être considérée comme remplie. En tout cas il y aurait un moment avant lequel la protection diplomatique des actionnaires ne serait pas admise; c'est à partir de ce moment qu'il y aurait, au contraire, possibilité d'exercer cette protection.

Or toute protection diplomatique suppose une obligation et éventuellement une situation de responsabilité pour l'Etat vis-à-vis duquel la protection est exercée, parce que par la protection diplomatique on fait justement valoir une telle obligation ou une telle responsabilité. Par conséquent, dire que l'Etat national des actionnaires ne peut exercer la protection diplomatique tant qu'il n'est pas possible d'affirmer que l'Etat national de la société s'abstient d'en exercer la protection diplomatique,

dire cela équivaut à exclure l'existence, avant ledit moment, de toute obligation ou de toute responsabilité vis-à-vis de l'Etat national des actionnaires. C'est seulement plus tard qu'une telle obligation et éventuellement une telle responsabilité (et l'illicéité même de la mesure prise à l'égard de la société) surgiraient, nécessairement avec effet rétroactif, par le fait d'un Etat tiers, c'est-à-dire de l'Etat national de la société, qui s'abstiendrait, pour un motif quelconque dont l'appréciation appartient au pouvoir discrétionnaire de cet Etat, d'exercer la protection diplomatique de la société.

Il suffit d'énoncer une telle construction pour en faire ressortir toute l'absurdité. En général on voit mal de quelle façon le non-exercice, par un Etat, de son droit pourrait avoir une influence quelconque sur la possibilité d'exercice, voire sur l'existence même, d'un droit d'un autre Etat. J'ai déjà fait remarquer que les règles internationales relatives au traitement des étrangers se concrétisent en des rapports bilatéraux. Or chacun de ces rapports, subjectivement bien déterminé, est absolument indépendant de tout autre rapport qui, bien que découlant des mêmes règles, pourrait exister entre des sujets entièrement ou partiellement différents. Aussi l'un desdits rapports ne pourrait-il, dans son existence ou simplement dans son exercice, avoir une influence quelconque sur l'existence même d'un autre rapport. Par conséquent, si l'on est d'avis qu'un Etat n'est pas lié, vis-à-vis de l'Etat national des actionnaires d'une société anonyme, à une obligation quelconque concernant le traitement de la société, on ne comprend pas pourquoi une telle obligation devrait prendre rétroactivement naissance du fait que l'Etat national de la société n'exerce pas, pour quelque raison que ce soit, son droit propre.

(*Signé*) Gaetano MORELLI.