

OPINION INDIVIDUELLE DE M. AMMOUN

1. En entreprenant l'exposé de son opinion individuelle dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, M. A. Alvarez, se référant aux transformations fondamentales qui se sont produites dans tous les ordres de l'activité humaine depuis quelques décennies et, surtout, dans la vie internationale et le droit des gens, écrivait :

« Il est donc nécessaire de connaître l'état actuel de ce droit ; il faut le faire dans les matières se rapportant au litige soumis à la Cour. Cela ne veut pas dire que ce tribunal devrait se prononcer sur tous les points de droit que ces matières comportent ; mais il m'a semblé utile que l'un des juges, au moins, les examine. C'est ce que je me propose de faire dans la présente opinion individuelle. » (*C.I.J. Recueil 1949*, p. 39.)

Je fais mien ce propos, d'autant plus que les questions juridiques que soulève l'affaire soumise à la Cour ne peuvent échapper aux effets du grand mouvement de rénovation du droit des gens qui se manifeste dans les rapports entre nations et au cours des activités des institutions internationales. L'évolution dont le monde moderne est témoin affecte le droit des gens dans ses structures mêmes, le concept de la souveraineté non excepté, et jusque dans ses sources principales : le traité, la coutume et les principes généraux de droit reconnus par les nations. Plus d'un concept, d'un principe ou d'une norme juridique du droit classique ancien sont remis en question depuis que la coopération internationale est entrée dans les mœurs, que le droit se moralise et, fait capital, qu'un nombre considérable d'Etats a accédé à l'indépendance et à la souveraineté, ou les a conquises de haute lutte, et a fait son entrée dans la communauté universelle des nations. A cette évolution qu'il faudra nécessairement aborder, à ce dynamisme du droit que l'on a dit être une création continue, est liée la conception que l'on doit se faire de la responsabilité internationale des Etats et de son corollaire, la protection diplomatique, sur lesquelles la Cour a été appelée à se prononcer.

2. Pour procéder à une étude exhaustive du *jus standi in judicio* de la Belgique présenté en tant qu'exception préliminaire, il a été reconnu indispensable, par l'arrêt du 24 juillet 1964, de se référer à certains points de fait ou de droit touchant le fond du procès sans que, pour autant, le *jus standi* perde son caractère d'exception.

La Partie belge s'est pourtant demandée si, étant donné l'objet du

désaccord entre les Parties, qui ne porterait que sur les conditions et les limites de la responsabilité internationale d'un Etat à l'égard des actionnaires étrangers d'une société commerciale de type holding, il est possible de parler à ce propos d'exception préliminaire. Autrement dit, ce qui est préalablement en discussion serait la responsabilité internationale plutôt que la protection diplomatique.

Afin de répondre à cette question, il suffit d'ajouter aux développements figurant dans l'arrêt précité, que le droit de protection diplomatique, en tant qu'il se traduit par une action en justice, se distingue du droit substantiel dont l'Etat demandeur réclame le redressement. La question met ainsi en cause la distinction entre l'objet de l'action et l'objet du droit revendiqué, distinction sur laquelle s'accorde généralement la doctrine¹. L'exception, considérée par opposition à la mise en œuvre de l'action en justice, ne doit donc pas être confondue avec la défense touchant le droit litigieux. Il y aurait, en effet, contradiction interne dans le fait de confondre deux choses différentes dans le concept de la demande, à savoir la recevabilité de celle-ci et son fondement. La preuve de la qualité requise en la personne du demandeur pour l'exercice du pouvoir juridique, ou de la voie de droit l'habilitant à saisir le juge, peut soulever, comme en l'espèce, des questions qui ne sont pas sans lien avec le fond; elle ne saurait influencer sur la nature de l'action ni sur celle de l'exception s'opposant à son exercice.

De toute façon, la jonction de l'exception au fond autorise, en tant que de besoin, à porter l'exposé, au-delà de la protection diplomatique, sur la responsabilité internationale.

3. Cela dit, la solution de la question du *jus standi*, mettant en cause le principe de la responsabilité internationale et les règles de la protection diplomatique et judiciaire destinées à mettre ce principe en œuvre, est manifestement liée au grand problème de l'évolution du droit des gens moderne face aux récentes transformations de la vie internationale. Problème d'une brûlante actualité et d'autant plus complexe qu'il est conditionné par les besoins essentiels de peuples divers, depuis qu'ont émergé de la dépendance des nations aux intérêts multiples et parfois difficilement conciliables entre eux ou avec ceux des autres nations du monde. Ce problème ne saurait en conséquence être perdu de vue dans l'exposé de la présente opinion.

* * *

Les profondes transformations qui se sont manifestées dans la vie économique depuis plus d'un demi-siècle, l'expansion sans cesse croissante qui a marqué les dernières décennies dans un monde en évolution politique et sociale rapide, ainsi que les problèmes nouveaux qu'elles soulèvent, appellent un développement corrélatif des structures juridiques.

¹ Solus et Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. I, p. 94 à 107 et les auteurs de droit continental italiens et allemands auxquels ils renvoient.

Le droit, un droit conservateur rigide ne peut plier les faits qui émergent à des règles intangibles ayant leurs racines dans un passé lointain. Il doit se plier lui-même aux nécessités impérieuses d'une société internationale tendant à l'universalisme; il doit s'y plier pour éviter l'affrontement entre peuples et ne pas perdre pied dans la marche ascendante du progrès vers une meilleure justice et l'aspiration commune vers un idéal de prospérité et de paix.

On sait que l'avance durable des faits et des événements sur le droit a dû être corrigée plus d'une fois dans le passé². Sur le plan du droit des gens, l'adaptation du droit aux faits, nécessitée par la mutation politique aux résonances mondiales du milieu de ce siècle, a été largement réalisée par l'énonciation solennelle des principes et buts des Nations Unies. Toutefois, leur mise en œuvre a été plus efficace au sein des organes politiques de l'Organisation universelle qu'elle ne l'est dans les sphères judiciaires internationales où se posent, sur le terrain juridique, les problèmes nés de la rupture entre le droit et la réalité sociale. Aussi est-il de l'intérêt de la justice et du droit que ces problèmes soient abordés dans une vision claire du sens de l'histoire et une représentation totale d'un monde dont nul ne serait désormais exclu, si tard venu soit-il.

Cette situation ne pouvait cependant échapper à la prévoyance de la Cour internationale de Justice. Aussi faut-il donner à l'avis qu'elle a émis en 1949, à propos de la réparation des dommages subis au service des Nations Unies, sa pleine signification: « Le développement du droit international, au cours de son histoire, y est-il dit, a été influencé par les exigences de la vie internationale³. »

Cette constatation est plus actuelle que jamais. La vie internationale est influencée par les Etats qui sont venus compléter le cercle de la communauté des nations en en triplant à peu près le nombre. Le droit des gens ne peut ignorer les aspirations du monde où il vit désormais, et il est significatif que ces Etats manifestent une certaine impatience non dénuée d'inquiétude.

On verra par la suite quelle a été leur attitude à l'égard des règles de la responsabilité des Etats et de la protection diplomatique.

² A Rome, par l'intervention du préteur dont l'édit, d'inspiration idéaliste, compléta le droit quiritaire formaliste distancé par le développement des structures quasi internationales de l'Empire; par l'éclosion du droit musulman, dégagé de tout formalisme étriqué et de tout symbolisme illusoire, qui consacra la transformation capitale des notions juridiques dans la plupart des pays qu'il gouverna; et plus près de notre temps, dans le Royaume-Uni et dans les pays qui adoptèrent sa loi, avec l'institution de l'*equity*, dont on mesure l'ampleur du rôle pour suppléer aux insuffisances de la *common law*; enfin par le renouvellement intégral du droit dans les pays socialistes pour répondre à l'avènement d'une idéologie et d'un mode de vie nouveaux, rompant radicalement avec le passé.

³ *C.I.J. Recueil 1949*, p. 178.

4. Les problèmes qui confrontent le monde après qu'ait été réalisé, sur une large échelle, l'affranchissement politique des peuples dépendants, sont ceux de l'instauration de la justice économique et sociale et du développement. Selon un des grands dirigeants de l'Afrique, le président L. S. Senghor, « l'indépendance juridique sans l'indépendance économique, c'est une nouvelle forme de dépendance, pire que la première parce que moins perceptible ⁴ ». Récemment, le directeur général de la FAO mettait le monde en garde contre les dangers d'une famine mondiale dans les prochaines vingt-quatre à vingt-huit années à moins d'un accroissement de la production dans les pays en voie de développement. Et plus récemment le symposium des archevêques et évêques africains, clôturé le 1^{er} août 1969 par le souverain pontife, dénonçait avec vigueur l'accroissement de la richesse des uns par l'exploitation de la pauvreté des autres ⁵.

Ce problème se pose particulièrement au regard des grandes entreprises économiques, commerciales ou financières, dont la multiplication et l'essor au-delà des confins de leurs pays respectifs sont de nature à entraîner un développement parallèle du droit des gens. Celui-ci doit sans doute éviter d'enserrer leur action dans des formes vétustes; il doit s'employer à réaliser une juste protection de leurs intérêts dans l'âpre mais bénéfique compétition internationale ⁶.

En revanche, le droit ne doit pas moins ménager les intérêts des nations où ces puissantes entreprises et les sociétés qui les contrôlent, trusts ou holdings aux structures pyramidales, étendent leurs activités, rendant certes d'appréciables services à l'économie des pays hôtes, mais exposant

⁴ Extrait de son discours à l'Assemblée générale des Nations Unies à New York le 31 octobre 1961, *Documents officiels de l'Assemblée générale, séances plénières*, vol. II, p. 578.

Voir à ce propos I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 1966, p. 485, qui écrit: « The concept of self-determination has been applied in the different context of economic self-determination. »

Pour M. G. I. Tunkin,

« le respect de la souveraineté étatique s'accommode ... d'une dépendance de fait des petits Etats vis-à-vis des grands, leur dépendance économique rendant leur souveraineté de pure forme » (*Droit international public*, ouvrage publié avec le concours du Centre français de la recherche scientifique, p. 237).

⁵ Journal *Le Monde* du 2 août 1969.

On peut se reporter aussi aux conclusions de M. E. McWhinney, selon lequel:

« Il devient clair que le développement et l'achèvement d'un système viable d'ordre public international durant le dernier tiers du siècle dépendra dans une mesure considérable des efforts qui seront faits pour combler l'écart qui existe, sur le plan du bien-être, entre d'une part les pays du bloc soviétique et l'Occident, et d'autre part le Tiers Monde... » (Amérique latine, Asie, Afrique) *Revue générale de droit international public*, 1968, p. 341.

⁶ Voir l'intervention de M. Haroldo Valladão, qui présidait l'Institut de droit international, signalant

« la puissance des sociétés internationales qui investissent dans les pays en voie de développement, [qui] a eu pour conséquence un traitement spécial pour ces investissements » (*Annuaire de l'Institut de droit international*, 1967, II, p. 432).

également celle-ci, vu la faiblesse de ses moyens, à des périls qu'il importe de lui épargner. Les Etats du tiers monde ont été compréhensifs en convenant d'insérer dans la déclaration de 1960 sur l'octroi de l'indépendance, la disposition

« affirmant que les peuples peuvent, pour leurs propres fins, disposer librement de leurs richesses et ressources naturelles sans préjudice des obligations qui découleraient de la coopération économique internationale, fondée sur le principe de l'avantage mutuel, et du droit international ». (Doc. des Nations Unies A/4684, p. 70.)

On ne peut s'empêcher de songer, à cet égard, aux grandes sociétés qui continuent à assumer l'exploitation des ressources naturelles des pays peu développés, qu'il s'agisse des richesses agricoles, forestières ou minières, ou de la production pétrolière, ou aussi des transports et de certains services publics ou urbains. Un partage équitable des bénéfices s'impose. Les inquiétudes des pays dont les ressources sont exploitées avec la coopération technique et financière de l'étranger sont profondément ressenties, ainsi qu'on le verra par la suite, à propos de l'application de la protection diplomatique et de son éventuelle extension, comme en l'espèce, à des hypothèses nouvelles en vue d'une protection accrue des intérêts étrangers.

L'évolution du droit des gens ne peut donc avoir pour unique ou principal objectif la protection des ressortissants étrangers et des activités économiques internationales des puissances industrialisées. Elle doit se proposer un objectif plus compréhensif et plus juste et un idéal plus équitable et plus humain, où les intérêts matériels et moraux des peuples faibles ou démunis entrent pour éléments.

* * *

5. Il est indispensable de souligner à ce sujet les tendances du droit latino-américain et de celui d'Asie et d'Afrique et leur influence certaine sur l'évolution du droit international traditionnel.

Il semble bien qu'au nombre des principes et des normes qui ont donné naissance à un droit régional propre à l'Amérique latine figurent les normes et les principes ayant pour objectif la protection des pays de ce continent contre les Etats plus puissants, qu'il s'agisse des Etats-Unis ou des Etats industrialisés de l'Europe.

Un droit afro-asiatique paraît aussi en voie de se développer sous l'effet des mêmes préoccupations nées des mêmes causes. Au chapitre de la responsabilité des Etats et de la protection diplomatique, les mêmes points de vue sont adoptés dans les pays des trois continents, amorçant une coopération qui ne sera pas de peu d'effet sur le renouvellement du droit ^{6a}.

^{6a} Cette coopération a reçu un commencement d'exécution, sur le plan des faits

La réaction aux règles du droit traditionnel fut cependant, en premier lieu, celle des pays de l'Amérique latine. Témoin la déclaration véhémente de M. Seijas, ancien ministre vénézuélien, à la session de 1891, à Hambourg, de l'Institut de droit international, qui ne fut pas une simple manifestation de mauvaise humeur. Preuve en est également l'apparition de la clause Calvo excluant le recours à la justice internationale au profit des recours internes, sur laquelle les juristes latino-américains n'ont jamais transigé en raison de leur peu de confiance dans les voies de la protection diplomatique telle qu'elle a été conçue par le droit traditionnel et les pratiques des nations occidentales. Cette réaction des Etats latino-américains expliquerait, en outre, leur opposition dès 1948 au projet d'accord de garantie-assurance proposé par les Etats Unies et prévoyant l'exercice de la protection diplomatique par cette puissance sans qu'aient été épuisés les recours internes ⁷.

Cette attitude des Etats hispaniques, partagée par les Etats afro-asiatiques, se comprend d'autant mieux si l'on évoque les formes et les moyens extra-juridiques auxquels la protection diplomatique avait autrefois recours. On se rappelle que les réclamations des grands Etats et de leurs nationaux à l'étranger avaient souvent conduit, à l'époque précédant le renouvellement du droit consécuteur aux deux guerres mondiales et à l'institution d'une justice internationale, à des conflits aigus et à des actes de violence délibérée allant jusqu'à l'intervention armée et à l'occupation permanente ⁸, ou à des démonstrations de force ⁹ auxquelles la doctrine de Drago entérinée par la conférence panaméricaine de 1906 et devenue un des principes fondamentaux du droit international de l'Amérique latine, avait, depuis 1926, réagi non sans succès. Le recours à la force, subordonné à une offre d'arbitrage, était néanmoins toléré par la conférence de la paix de La Haye de 1907 admettant l'intervention *sub modo* en vertu de la convention Porter, convention contre laquelle Drago et ses collègues latino-américains s'étaient insurgés

économiques et de leur influence sur le droit international, à la conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement tenue en 1964 à Genève, où soixante-dix-sept Etats latino-américains, africains et asiatiques résolurent de s'assembler et de négocier par l'intermédiaire de porte-parole communs.

⁷ Le Mexique avait été contraint de s'engager par la convention de 1923 avec les Etats-Unis à ne pas se prévaloir de la condition d'épuisement préalable des voies de recours.

Voir à ce sujet les interventions pertinentes à l'Institut de droit international de MM. Haroldo Valladão, Kamil Yasseen et Jiménez de Aréchaga, lequel relève avec raison la discrimination qu'entraînerait l'exclusion du recours préalable aux voies de droit interne (*Annuaire de l'Institut de droit international*, 1967, II, p. 431, 432, 435-436).

⁸ Occupation des provinces orientales de la Chine qui provoqua en 1900 la révolte des Boxers, de la Tunisie de 1881 à 1956, de l'Egypte de 1882 à 1954, du Mexique de 1859 à 1866, dont la conquête s'est traduite par l'instauration de l'éphémère Empire du Mexique (Ph. Jessup, *A Modern Law of Nations*, p. 113).

⁹ Vis-à-vis de plus d'un Etat de l'Amérique latine: Argentine, Paraguay, Mexique, Brésil, Cuba, Nicaragua, Colombie, Haïti, République dominicaine, Venezuela, etc. L'Empire ottoman en a été aussi un exemple cité, *infra*, note 64.

vainement au sein de la conférence. Ce qui n'était pas la moindre des contradictions de celle-ci, contradictions se ressentant de l'influence encore prépondérante de l'ère colonialiste. Aussi sera-t-on autorisé à suspecter certaines décisions arbitrales d'avoir été convenues ou acceptées sous l'emprise de la contrainte, ces décisions ayant été précédées d'ultimatums ou de menaces, ou d'un déploiement de force plus ou moins dans l'esprit de ladite conférence peinant pour se libérer d'une tradition tyrannique¹⁰.

Si la doctrine de Drago a finalement triomphé, et si la convention Porter est, sur l'insistance du Mexique exprimant l'opinion latino-américaine à la conférence de Chapultepec en 1945, désormais reconnue incompatible avec les termes de l'article 103 de la Charte des Nations Unies, il n'en reste pas moins que maintes décisions de justice n'ont pas évité toute confusion entre la réparation *stricto sensu* telle qu'en droit privé interne, et la « satisfaction » exigée par de puissants Etats et qui confère à la réparation *lato sensu* le caractère d'une mesure de répression ou de punition^{10a}. Ce droit de punir que s'arrogeaient certains Etats et auquel des auteurs éminents tels que Bluntschli, Liszt et Fauchille, ainsi qu'une résolution de 1927 de l'Institut de droit international ont prêté leur autorité, paraît avoir été réprouvé par Anzilotti qui constatait que dans toutes les formes de réaction contre l'acte illicite se retrouvent « un élément satisfaisant et un élément réparatoire, l'idée de la punition de l'acte illicite et celle de la réparation du mal souffert¹¹ ». Aussi l'opposition des juristes latino-américains ou afro-asiatiques à la conception occidentale de la responsabilité et de la protection diplomatique est-elle fondée non seulement sur les souvenirs d'un pénible passé, mais aussi sur de sérieuses appréhensions.

L'évolution de la pensée latino-américaine concernant la protection diplomatique et ses limites doit plus particulièrement être soulignée à l'occasion du présent débat en raison de l'influence qu'elle peut avoir sur l'évolution de cette institution. Cette pensée est présentement centrée sur les aspects suivants du problème :

A. Les vingt Etats de l'Amérique centrale et méridionale rejettent tous la règle posée par Vattel et entérinée par la Cour permanente de Justice internationale selon laquelle le droit de protection diplomatique est celui « de faire respecter, en la personne de ses ressortissants, le droit international ». Ils la tiennent pour une fiction qu'un de leurs plus illustres

¹⁰ Parmi les quarante-quatre Etats participant à la conférence de 1907, il n'y avait que quatre Etats asiatiques et aucun Etat africain.

^{10a} Voir à ce sujet le rapport de M. García Amador à la 13^e session de la Commission du droit international. (*Annuaire de la Commission du droit international*, 1961, vol. II, n^{os} 4 à 6, 17, 26, 53, 56, 75, 102, 140, 142 et 145.)

Voir aussi l'opinion dissidente de M. Azevedo dans l'affaire du *Détroit de Corfou* pour qui les mesures de satisfaction rappellent le ton des *ultimata* présentant un « caractère médiéval » (*C.I.J. Recueil 1949*, p. 114).

¹¹ Cours de droit international, trad. G. Gidel, 1929, p. 522.

juristes, Garcia Robles, a dénommée « un produit de l'influence hégélienne, issu de l'expansionnisme du XIX^e siècle »¹². Et tous ces Etats, dans les conférences interaméricaines, dans les écrits des publicistes, dans les prises de position des gouvernements, unirent leurs efforts en vue de son élimination, étant entendu que la qualité de sujet de droit de l'individu serait reconnue, lui permettant de s'adresser lui-même à la justice, non sous le manteau de son Etat national^{12a}. Mais à quelle juridiction? Une juridiction régionale américaine. La résolution soumise à la conférence interaméricaine de Buenos Aires et adoptée à la quasi-unanimité se lit: « American legal controversies should be decided by American judges ... and a correct understanding of facts pertaining to the Americas is more readily to be obtained by Americans themselves. »

Les mêmes causes produisant les mêmes effets, les Etats de l'Unité africaine ont inscrit dans la Charte d'Addis Abéba le même objectif de l'institution d'une juridiction régionale¹³.

Les pays latino-américains sont allés encore plus loin. Ils ont voté à l'unanimité, en 1948 à Bogotá, une résolution par laquelle ils se sont engagés à ne pas présenter de réclamation devant la justice internationale, la Cour internationale de Justice non exclue^{13a}.

B. Les Etats de l'Amérique latine demeurent fermement attachés à la clause Calvo qu'ils inscrivent couramment dans les contrats passés avec des entreprises étrangères. Leurs constitutions et leurs lois leur en font généralement une obligation. Leur doctrine à cet égard, fondée sur les deux principes de l'égalité entre les Etats et de non-intervention, avait été exprimée avec force par M. Guerrero, l'ancien Président de la Cour, dans le rapport qu'il présenta au nom de la sous-commission chargée par le Comité des experts de la Société des Nations d'étudier la responsabilité des Etats. Plusieurs pays non américains ne furent pas hostiles à ce point de vue. La Chine, la Hollande et la Finlande lui furent franchement

¹² M. Garcia Robles gagna à la cause latino-américaine, à la troisième session de l'Association interaméricaine du barreau, le président nord-américain de l'Association F. R. Coudert et l'ensemble de ses membres.

^{12a} La qualité de sujet de droit de l'individu qui a des défenseurs hors d'Amérique a reçu une reconnaissance relative dans la sentence de 1926 de la Commission mexico-américaine dans l'affaire *North American Dredging Company*.

¹³ E. McWhinney a signalé que:

« Il y a eu dans le passé une notable répugnance de la part de nombreux Etats, en particulier des nouveaux Etats, à accepter la compétence obligatoire de la Cour internationale de justice, et cela parce que ces Etats ont cru que la Cour appliquerait les vieilles règles à l'élaboration et au développement desquelles ils n'avaient pas participé et dont ils considéraient un grand nombre comme déraisonnables ou injustes. » (*Op. cit.*, p. 331.)

^{13a} « The High Contracting Parties bind themselves not to make diplomatic representations in order to protect their nationals, or to refer a controversy to a court of international jurisdiction for that purpose, when the said nationals have had available the means to place their case before competent domestic courts of the respective State. » (Art. VII du Pacte de Bogotá, 1948.)

favorables. Enfin les Etats-Unis, qui avaient trouvé en Borchard un vigoureux défenseur de la thèse selon laquelle l'individu ne peut disposer d'un droit qui est celui de l'Etat et non le sien selon la doctrine vatellienne, se laissèrent gagner, depuis l'instauration de la politique de « bon voisinage » de F. Roosevelt, à la doctrine de leurs voisins du sud ¹⁴.

C. La *clause Calvo*, qui n'est considérée, outre-Atlantique, que comme un compromis, serait destinée à préparer les voies à l'adoption de la *doctrine Calvo*, laquelle ne vise pas moins qu'à abolir la protection diplomatique unilatérale pour y substituer une protection assumée par la collectivité sur le fondement des droits de l'homme.

Le chemin vers cet objectif que l'on ne cache pas, est certes long et ardu ; son succès paraît lié à la progression de l'humanité vers une organisation interaméricaine ou internationale moins éloignée que les Nations Unies de la conception du super-Etat.

* * *

Il était d'autant plus nécessaire de rappeler ces données du droit américain que d'autres Etats s'engagent dans la même voie tendant à la limitation de la protection diplomatique. Les Etats d'Afrique et d'Asie, depuis qu'ils sont venus eux aussi à la vie internationale, partagent les mêmes préoccupations. Témoin les travaux de la Commission du droit international. A sa neuvième session en 1957, M. Padilla Nervo déclarait que

« l'historique de l'institution de la responsabilité des Etats se confond avec l'histoire des obstacles dressés sur la voie des nouveaux pays de l'Amérique latine — obstacles à la défense de leur indépendance ... à la possession et à l'exploitation de leurs ressources, et à leur intégration sociale ».

Et il ajoutait :

« lorsqu'il s'est agi de la responsabilité des Etats, non seulement on n'a pas tenu compte des petits Etats, mais on a agi contre leurs intérêts » ¹⁵.

Et M. El-Erian, de la République arabe unie, a mis l'accent sur la double conséquence de la condition privilégiée faite aux ressortissants des pays d'Occident dans leurs rapports avec les pays d'Afrique ou d'Asie, qui a

¹⁴ Voir aussi l'importante sentence dans l'affaire *North American Dredging Company* de 1926 entre les Etats Unis et le Mexique, qui a imprimé une nette direction dans ce sens et fait désormais jurisprudence. La clause Calvo fut retenue à l'unanimité pour rejeter la réclamation nonobstant les dispositions du traité de 1923 exonérant le réclamant de la condition d'épuisement des recours internes. La portée de la clause est cependant limitée au droit de l'individu et réserve celui de l'Etat en cas de violation du droit international.

¹⁵ *Annuaire de la Commission du droit international*, 1957, I, p. 165.

donné naissance au régime des capitulations d'une part et, de l'autre, prétexte à l'intervention dans les affaires intérieures des Etats ¹⁶.

La similitude des vues et des objectifs essentiels des Etats des trois continents d'Amérique, d'Afrique et d'Asie, l'action qu'ils sont à même d'exercer en vue du développement d'un droit international positif de portée mondiale, sont de nature à les orienter vers une conception universaliste du droit et à les ramener à une justice internationale qui n'est plus désormais de caractère exclusif mais répond, par sa composition effective, aux vœux de la Charte des Nations Unies qui la veut représentative des grands systèmes juridiques et des principales civilisations du monde.

C'est à la lumière de ces considérations liminaires qu'il convenait d'aborder le problème qui y est lié de la protection diplomatique et du *jus standi* de l'Etat demandeur.

6. Il est généralement reconnu que l'attribution d'une nationalité ou la reconnaissance d'une allégeance juridique à la société sur le fondement du siège social ou de la loi du lieu de constitution ou d'enregistrement confère, en vertu d'une règle de droit consacrée par la jurisprudence et une constante pratique ¹⁷, le droit d'agir de l'Etat national de la société en réparation d'un dommage résultant, au préjudice de celle-ci, d'un acte internationalement illicite.

Faut-il cependant qu'existe aussi, entre l'Etat national et la société, un lien d'effectivité constitué par une participation substantielle du capital national ou par un contrôle de la gestion? L'intervention de l'Etat en faveur de ses ressortissants étant un acte discrétionnaire, la pratique des Etats qui ne prennent fait et cause qu'à cette condition pour leurs ressortissants, n'engendre pas une obligation juridique. En outre, non moins d'une douzaine de sentences arbitrales rapportées par M. J. P. de Hochepped ¹⁸ ont décidé que seule la nationalité de la société justifie l'intervention diplomatique. Quant aux décisions d'ordre arbitral ou judiciaire qu'on pourrait citer à l'appui de la thèse de l'effectivité ou du rattachement (affaires *Canevaro*, *I'm Alone*, *Nottebohm*) elles ne constituent pas des précédents présentant avec la question de la nationalité des sociétés en droit international une analogie fondée sur des éléments essentiels. On remarquera en particulier que l'arrêt *Nottebohm* avait à statuer sur un conflit d'un ordre particulier, celui de la double nationalité. Il se base sur des faits concrets propres à la situation de l'ancien citoyen allemand *Nottebohm* et à ses agissements tendant à « substituer à sa

¹⁶ *Ibid.*, p. 172. Voir aussi S. Prakash Sinha, *New Nations and the Law of Nations*, p. 91 à 93 et 140.

¹⁷ Cette pratique remonte au début du XIX^e siècle avec l'intervention du Royaume-Uni auprès du Royaume des Deux Siciles en faveur de dix-neuf sociétés et a été entérinée par le Comité des experts de la Société des Nations en 1927. Quant à la jurisprudence, outre un certain nombre de sentences arbitrales du tournant du siècle, voir l'affaire du *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, C.P.J.I. série A/B n° 76, p. 16.

¹⁸ *La protection diplomatique des sociétés et des actionnaires*, p. 95 à 101.

qualité de sujet d'un Etat belligérant la qualité de sujet d'un Etat neutre, dans le but unique de passer ainsi sous la protection du Liechtenstein ...^{18a} ». Ce considérant de l'arrêt ne paraît-il pas s'aligner sur la pratique jurisprudentielle ou administrative qui, prenant en considération le mobile de l'acte, tient pour nul le changement de nationalité pour obtenir par exemple, un divorce, ou le changement de religion ou de confession en vue de lever l'obstacle s'opposant à un mariage, ou à une élection dans un Etat où les sièges dans les corps élus sont répartis entre les religieux appartenant aux diverses religions et confessions du pays?

* * *

Le droit de protection de la société par son Etat national étant de règle, ce droit laisse-t-il place, le cas échéant, à une action de l'Etat national des actionnaires?

Cette question a trait, dans le cadre de la troisième exception préjudicielle, à la condition juridique primordiale mise à l'exercice de la protection diplomatique internationale, autrement dit à l'existence d'une règle de droit autorisant, en l'espèce, le recours à une action judiciaire. Elle revêt un caractère préalable à la quatrième exception préliminaire relative à l'épuisement des recours internes, comme aussi aux autres questions que soulève la troisième exception, à savoir: la nationalité de la réclamation et les questions connexes de la continuité de la nationalité et des *legal owners* et *nominees*. C'est en effet la règle de droit qui donne, le cas échéant, accès au prétoire. En l'absence de cette règle, l'accès de la justice est interdit au réclamant, sa réclamation eût-elle été absolument justifiée sur le plan des autres questions susceptibles d'être soulevées à ce stade préliminaire de l'instance.

Pendant, la Cour s'étant prononcée par l'affirmative sur le caractère prioritaire de l'éventualité de l'existence de la règle de droit, pouvait-elle aborder l'une ou l'autre des questions subsidiaires sans pouvoir éviter, dans la rigueur d'un raisonnement qui se veut logique, de méconnaître sa première décision et d'en prendre, pour ainsi dire, le contre-pied? Cette décision avait eu pour conséquence inéluctable de mettre fin à l'instance, et il n'appartenait à quiconque de lui redonner vie pour entamer un débat nouveau qui ne serait pas seulement *obiter dicta*, mais un raisonnement basé sur une hypothèse dont la Cour a déjà fait justice et qui introduirait dans l'arrêt une contradiction interne.

Tel étant mon point de vue sur ce problème, mon opinion individuelle ne portera que sur la question juridique dont la solution exclusive a entraîné à mon sens le rejet de la requête de la Belgique.

7. La question ne présente pas de difficultés si le sociétaire ou l'actionnaire se plaignent, *ut singuli*, d'un dommage direct, tel que généralement en droit interne; si, en d'autres termes, il est lésé dans ses intérêts subjectifs distincts de ceux de la société; par exemple, en cas de spoliation

^{18a} C.I.J. Recueil 1955, p. 26.

individuelle ou de mesures discriminatoires. Il est dans le cas de tout particulier revendiquant la protection diplomatique ou juridictionnelle de l'Etat dont il est le national ¹⁹.

Mais qu'en sera-t-il si la réclamation de l'actionnaire porte sur un préjudice indirect découlant d'une mesure qui frappe la société en tant que telle? Les griefs s'analysant en dénis de justice, abus de droit ou détournement de pouvoirs, sont ceux-là qui, d'après la Partie belge, auraient frappé la société, à partir du refus d'allocation de devises et du jugement de faillite. Il ne s'agit pas de l'action sociale à exercer au nom de la société, mais d'une instance limitée au droit ou à l'intérêt juridique de l'actionnaire, en tant qu'il est indirectement lésé du fait d'une mesure touchant la société.

* * *

Depuis que la thèse de la réalité de la personnalité des sociétés a été généralement délaissée pour celle de la personnalité morale ou juridique, il a semblé à certains auteurs que l'évolution de la jurisprudence arbitrale, répudiant cette fiction dans ce qu'elle a d'absolu ou d'excessif, ait ouvert une perspective nouvelle en conformité avec le caractère international que nombre de sociétés ont revêtu. Du droit et de la fiction, qui se trouvent ainsi en opposition, lequel doit céder? Ne serait-on pas en présence d'une des hypothèses où l'adéquation du droit à la réalité des rapports humains et au sentiment de la justice doit l'emporter?

Il n'est pas douteux que la personnalité attribuée au groupement des intérêts sociaux l'a été dans le but de donner aux éléments qu'il recouvre et cimente des moyens d'action communs et une protection efficace. Aussi du jour où cette protection s'avère insuffisante, voire nuisible, dans le cadre des rapports internationaux, la personnalité morale ne devrait-elle pas s'effacer, dans la mesure nécessaire et possible, devant une conception plus réaliste, plus conforme à la nature des choses, celle de la réalité sociale, pour laisser opportunément à découvert, dans l'intérêt de la communauté et, dans leur propre intérêt, individus et capitaux?

N'y a-t-il pas lieu de penser que c'est surtout dans le monde de la fiction que les jugements de valeur, appliqués au droit, doivent se fonder sur la finalité? Jhering disait: «Le but est le créateur de tout droit.» Rappelons-nous également le propos de R. Saleilles, énoncé il y a un demi-siècle, et qui s'impose plus que jamais: «Il n'y a d'important, écrivait-il, que le but à atteindre; souvent nos constructions les plus savantes ne servent qu'à en compromettre la réalisation.» Singulièrement, l'une de ces savantes constructions est la fiction juridique. La fiction est, en effet, «une représentation contraire à la vérité». P. Roubier, à qui j'emprunte cette dernière formule, recommande «de rechercher direc-

¹⁹ Cf., I. Brownlie, *op. cit.*, p. 401.

tement quel est le but de la règle juridique ainsi posée sous cette forme dissimulée ²⁰ ».

On pourrait donc considérer que le fait de maintenir la fiction de la personnalité morale contrairement à l'intérêt avoué des parties composantes créerait une situation allant à l'encontre du but de celle-ci.

Et de fait, quelque tenace que soit la fiction de la personnalité morale, comme le sont généralement les fictions, la pratique diplomatique des puissances créancières ou des pays fournisseurs de capitaux, de même que certaines sentences arbitrales, n'ont pas tardé, après les hésitations antérieures à la première guerre mondiale, à accueillir, non sans circonspection, la règle permettant de dissocier les intérêts des associés ou actionnaires, de la personnalité abstraite qui les recouvre, et de les prendre en considération de façon autonome; mais ceci uniquement dans le cas où la société, étant de la nationalité du défendeur, l'action sociale ne pouvait naturellement être engagée contre celui-ci que par les voies de recours interne.

8. Cependant, cette jurisprudence arbitrale, sur laquelle les juridictions internationales n'ont pas encore eu à se prononcer, n'est pas unanime ni en tout point décisive.

Doivent en être écartées tout d'abord les sentences rendues *ex aequo et bono* qui non seulement manquent de pertinence en l'espèce, mais sont nettement hors de cause. Ainsi faut-il rappeler le compromis entre les Etats-Unis et le Chili dans l'affaire *Alsop* habilitant l'arbitre à se prononcer en équité et comme amiable compositeur. Il en a été de même des sentences rendues sur la base de la convention générale de 1923 entre les Etats-Unis et le Mexique qui a conféré aux juridictions arbitrales qu'elle a instituées la faculté de se déterminer selon la justice et l'équité, expression courante pour autoriser les décisions *ex aequo et bono*.

Ne sauraient non plus être retenues les sentences relatives à des sociétés de personnes, la personnalité des associés n'étant pas absorbée par la personne sociale comme le serait la personnalité des actionnaires d'une société de capitaux ²¹; ou les sentences ayant trait à des sociétés dites « défuntes », ou qui ont été déterminées obligatoirement par les clauses du compromis ²², ou enfin des sentences au texte incertain ou ambigu, ou dont l'absence de motifs — notamment celles émanant de chefs d'Etats ²³ — dénie une absolue pertinence.

²⁰ P. Roubier, *Théorie générale du droit*, p. 116.

²¹ Doit ainsi être écartée de ce débat l'opinion de M. Huber exprimée dans le rapport relatif à l'affaire *Ziat, Ben Kiran* qui se rapporte à une société de personnes.

²² Les sentences dans les affaires *Delagoa Bay Railway Co., Standard Oil, Pierce Oil, Sun Oil*.

²³ Sentence du président des Etats-Unis Grover Cleveland dans l'affaire *Cerruti* et sentence du roi George V de Grande-Bretagne dans l'affaire *Alsop*.

Il doit en être de même de sentences suspectées d'avoir été rendues sous l'influence de mobiles extra-juridiques ou ayant été précédées d'une manifestation de puissance, ou de menaces d'un Etat confiant dans la force de ses armes au moins autant que dans la force de son droit ²⁴.

* * *

De toute façon, les précédents arbitraux et la pratique diplomatique, qu'appuie une partie de la doctrine occidentale, ne présentent pas, comme il a été dit, « un corps de doctrine cohérent » et ne paraissent pas en conséquence constituer une coutume selon laquelle la protection diplomatique et son épilogue judiciaire couvriraient les dommages que l'Etat national de la société aurait causés aux actionnaires étrangers de celle-ci. Aussi est-ce dans le droit conventionnel que semble devoir être cherchée la protection des investissements étrangers, qu'il s'agisse de sociétés auxquelles il aurait été fait obligation d'adopter la nationalité du pays hôte, ou des nationalisations, « scandale du début du siècle », et qui se sont succédé à un rythme rapide depuis la première guerre mondiale, émanant de presque tous les pays.

9. Quoi qu'il en soit de cette première hypothèse, celle des actionnaires ayant souffert des agissements de l'Etat national de la société, le problème à aborder à présent est celui de savoir si la protection diplomatique des actionnaires est susceptible d'être étendue au cas où le préjudice est imputable à un Etat tiers, comme en l'affaire actuelle.

Sans doute faut-il exclure, de prime abord, l'éventualité de l'Etat national des actionnaires se substituant à celui de la société pour la défense de celle-ci, ainsi que la Belgique avait prétendu le faire dans sa requête du 23 septembre 1958. Un lien d'allégeance juridique rattachant la société à l'Etat protecteur est une condition *sine qua non* ²⁵, qui ne se trouve pas réalisée dans ce cas. Le problème doit rester cantonné dans le cadre de la protection des actionnaires eux-mêmes. La jurisprudence internationale ne pouvait faire sienne la pratique diplomatique dont la Belgique semble s'être d'abord inspirée, qui fut celle tentée à plus d'une reprise par certaines puissances et qui ne serait pas sans rapports avec la théorie périmée du contrôle: d'abord par les Etats-Unis dans l'affaire de la *Société chilienne Alsop* jugée en 1911; puis par les mêmes dans l'affaire des *Armes automatiques Lewis*, la Grande-Bretagne s'étant inlassablement opposée, depuis 1927 jusqu'à 1933, à l'action des Etats-Unis, Etat national des actionnaires agissant pour la protection de la société constituée sous la loi belge; puis encore par l'Allemagne se prévalant, en 1935, du droit de protection d'une société de statut mexicain; enfin par la France et la Grande-Bretagne dans le conflit relatif à la nationalisation du canal de

²⁴ *Supra*, n° 5.

²⁵ *Supra*, n° 6 et note 17.

Suez en 1956, ces deux puissances ayant pensé pouvoir intervenir, en tant qu'Etats nationaux des actionnaires, pour la défense d'une société à laquelle son statut originaire attribuait la nationalité égyptienne. C'était, dans chacun de ces cas, méconnaître la condition essentielle du lien de nationalité ou d'allégeance entre l'Etat intervenant et l'entité au nom de laquelle il intervenait. L'effectivité, qui n'est pas requise juridiquement pour l'attribution de la nationalité à la société, condition de sa protection diplomatique, ne peut non plus jouer pour faire passer à l'Etat national des actionnaires le droit de protection diplomatique de la société elle-même, attribut de son Etat national. On a sans doute relevé que c'est avec des représentants des actionnaires que la République arabe unie a négocié un accord concernant les réclamations de la compagnie égyptienne du Canal, ainsi que le rapport M. E. Lauterpacht. Mais cette négociation n'entraîne pas une reconnaissance du droit de présenter une action judiciaire; elle constitue un acte *ex gratia* n'impliquant pas une responsabilité juridique, ainsi qu'il en a été des dispositions de l'accord du 8 septembre 1923 intervenu entre les Etats-Unis et le Mexique créant la Commission spéciale de réclamations.

Aussi bien la Belgique s'est-elle abstenue, dans sa requête du 19 juin 1962, de prétendre à la protection de la société Barcelona Traction, contrairement à ce qu'elle avait fait dans sa première requête déjà citée du 23 septembre 1958, limitant désormais sa réclamation à la protection des actionnaires de sa nationalité. Cette dernière requête étant réputée périmée par suite du désistement de son auteur, qui l'a d'ailleurs ignorée dans ses dernières conclusions, la Cour n'a à connaître que de la nouvelle requête indépendamment de la première. C'est dans le même sens que s'était prononcée la Commission germano-mexicaine qui avait accueilli les nouvelles conclusions présentées par l'Allemagne dans l'intérêt des actionnaires allemands, après l'erreur qu'elle avait commise en se prévalant du droit de protection de la société mexicaine elle-même²⁶.

10. Le droit de l'Etat à protéger ses nationaux lésés par des actes, décisions, omissions ou mesures contraires au droit international imputés à un autre Etat étant indéniable, il serait utile d'en rechercher la nature ou le fondement juridique pour en déduire les conséquences de droit et la portée d'application que soulève la présente affaire. La question sur laquelle il y aurait intérêt à se prononcer consisterait à se demander si la protection diplomatique découlerait d'un principe général de droit reconnu par les nations (art. 38, par. 1 *c*) du Statut de la Cour) ou bien d'une coutume internationale (par. 1 *b*) dudit article).

L'arrêt de la Cour permanente de Justice internationale de 1924 dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine*²⁷ ne paraît pas avoir

²⁶ A. Feller, *The Mexican Claims Commission*, 1935, p. 118.

²⁷ C.P.J.I. série A n° 2, p. 12.

pris position sur cette question lorsqu'il a affirmé, non sans force, sous forme axiomatique, que la protection diplomatique « est un principe élémentaire de droit international ». On ne se hasarderait pas à dire dans quel sens a été prise l'expression « principe élémentaire », dénuée qu'elle est de toute autre qualification. Et lorsque d'autres arrêts se sont référés à ce précédent, ils ne semblent pas avoir été plus explicites. Le langage des deux Cours internationales ne permet pas de leur prêter, à cet égard, une opinion qu'elles paraissent avoir voulu celer à dessein, selon une pratique prudente déjà signalée²⁸.

Il est vrai qu'une juridiction spéciale, la Commission mixte des réclamations germano-américaine, instituée à la suite de la première guerre mondiale, a décidé dans plus d'une affaire — à savoir les affaires *Vinland*, *Standard Oil*, *Sun Oil* et *Pierce Oil* — que l'intervention de l'Etat national des actionnaires « relève d'un principe général que celui-ci aurait invoqué même à défaut d'un accord préalable ». Toutefois, ladite commission n'a pas précisé si elle entendait par principe général un principe général de droit reconnu par les nations, ou bien un principe tiré directement de l'idée de droit. Il n'en demeure pas moins que sa jurisprudence, quoique approuvée par certains auteurs, d'ailleurs rares, n'a pas été corroborée par d'autres juridictions. Aussi les opinions doctrinales sont-elles partagées. Et ce ne fut pas la première ni l'unique fois qu'une règle du droit des gens a été considérée par les uns comme une norme coutumière, par d'autres comme un principe général de droit reconnu par les nations, par d'autres enfin comme un principe tiré directement de l'idée de droit. On ne résoudreait évidemment pas le problème en se contentant de dire que les frontières entre ces diverses conceptions demeurent estompées ou indécises. Il en est ainsi de la règle de l'épuisement des recours internes qui fait l'objet de la quatrième exception préliminaire dans l'affaire actuelle, et que l'on fonde tantôt sur l'une, tantôt sur l'autre des deux premières conceptions²⁹. D'autre part, le principe de la protection des droits de l'homme, qui sera évoqué ultérieurement, a été considéré comme pouvant constituer, en même temps, une norme juridique au titre des trois sources principales du droit des gens, savoir : les conventions internationales, la coutume internationale et les principes généraux de droit³⁰.

11. Si l'on convient, comme je le pense, que la protection diplomatique et le droit éventuel de l'actionnaire ne découleraient pas d'un principe de droit international reconnu par les nations, il resterait à se demander

²⁸ Opinion individuelle de l'auteur, *C.I.J. Recueil 1969*, p. 138. Voir aussi l'opinion individuelle de M. Alvarez dans l'affaire des *Pêcheries*, *C.I.J. Recueil 1951*, p. 148.

²⁹ Cf. le rapport de Max Huber dans l'affaire *Mohammed Ziat, Ben Kiran* de 1924 et la décision de la Commission franco-mexicaine dans l'affaire *Pinson* du 18 octobre 1928.

³⁰ Opinion dissidente de M. K. Tanaka jointe à l'arrêt du 18 juillet 1966 dans les affaires du *Sud-Ouest africain, deuxième phase*, *C.I.J. Recueil 1966*, p. 300.

si la coutume de droit des gens sur laquelle serait alors fondée, selon l'opinion dominante, la protection diplomatique, est appelée à s'étendre à tous les intérêts lésés, en l'espèce ceux des actionnaires d'une société relevant d'un Etat tiers.

Nous touchons ici au fond du problème, la question décisive, sinon l'unique question, étant celle touchant l'état de la coutume telle qu'elle se dégage du comportement de l'ensemble des nations ou de leur volonté déclarée.

Il y aurait lieu de revoir, à cet effet, la pratique conventionnelle, la jurisprudence internationale, la pratique des Etats et la tendance doctrinale, lesquelles sont les principaux éléments constitutifs de la coutume.

Remarquons, en outre, que dans la pratique des Etats rentrent naturellement les prises de position de leurs délégués dans les organisations et les conférences internationales et notamment aux Nations Unies. Il est vrai que certaines des grandes puissances qui, au nombre de cinq à six, légiféraient pour le monde entier jusqu'au début du XX^e siècle, refusent en général aujourd'hui aux résolutions votées dans le cadre des Nations Unies par une majorité, voire une quasi-unanimité des Etats Membres, un effet obligatoire. Une tentative des Philippines à San Francisco en vue de conférer à l'Assemblée, avec le concours éventuel du Conseil de Sécurité, le pouvoir d'énoncer des normes juridiques impératives, avait été rejetée. Néanmoins une tendance marquée de la doctrine, reflétant les aspects nouveaux de la vie internationale, se dessine en faveur de l'attribution aux résolutions et, surtout, aux déclarations de l'Assemblée générale des Nations Unies, le caractère d'une source pour le moins auxiliaire du droit des gens s'ajoutant aux sources classiques de l'article 38 du Statut de la Cour ³¹.

Certains auteurs y voient, quant à eux, une interprétation fondée sur un argument tiré du texte même de la Charte, renforcée par une interprétation téléologique de cet acte constitutionnel international, lequel présuppose les droits et les libertés de l'homme qui « ne sont pas seulement d'ordre moral ... [mais] ont aussi un caractère juridique, vu la nature même de leur objet ^{31a} ». Ils ajoutent que cette interprétation doit tenir compte du fonctionnement de la Charte dans la pratique ³². L'Assemblée générale elle-même adopte ce point de vue, ainsi qu'il ressort de sa résolution du 11 décembre 1963 par laquelle elle confirme l'interprétation de la libre détermination qu'elle a donnée dans sa résolution de 1960 sur l'octroi

³¹ Voir les thèses conformes de MM. Lachs, Moh. Sami Abdelhamid, Falk, Pechota, McWhinney, Asomoah.

^{31a} Opinion dissidente de M. Tanaka, affaires du *Sud-Ouest africain, deuxième phase*, *C.I.J. Recueil 1966*, p. 290.

³² Voir dans ce sens l'opinion dissidente d'A. Alvarez, *Compétence de l'Assemblée générale*, *C.I.J. Recueil 1950*, p. 21; celle de M. Charles De Visscher, *Statut international du Sud-Ouest africain*, *C.I.J. Recueil 1950*, p. 189-190; G. I. Tunkin, *op. cit.*, p. 106 et 111, qui cite la déclaration sur l'octroi de l'indépendance du 14 décembre 1960 comme un exemple d'interprétation des principes de la Charte.

de l'indépendance. Il en est de même de la convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, dont l'article 31 dispose qu'un traité doit être interprété « à la lumière de son objet et de son but » et qu'aux fins de l'interprétation d'un traité, le contexte comprend « toute pratique ultérieurement suivie... ».

D'autres enfin déduisent l'autorité des principes de la Charte du fait qu'ils constitueraient des principes généraux de droit au sens de l'article 38, paragraphe 1 c) du Statut de la Cour, se rattachant tout à la fois au *ius naturale* du droit romain et au droit mondial, le *common law* de l'humanité selon M. Jenks, ou le droit transnational d'après le terme de M. Jessup devenu terme de référence dans le droit des gens³³.

De toute façon, et pour revenir à la pratique des Etats telle qu'elle se manifeste au sein des organisations et des conférences internationales, on ne peut dénier aux résolutions qui en émanent ou, pour mieux dire, aux votes qui y sont exprimés au nom des Etats, qu'ils constituent des précédents contribuant à la formation de la coutume. C'est pour ainsi dire un fait acquis dont la doctrine prend acte³⁴. Bien plus, des tenants des thèses qui viennent d'être exposées ne répugnent pas à admettre cette conception cumulativement avec les leurs. Elle vient d'ailleurs d'être confirmée par l'article 38 de la convention précitée sur le droit des traités.

Sans doute la politique affleure sous les transparences des résolutions ou déclarations de l'Assemblée des Nations. On admettra cependant que de vouloir à tout prix élever une cloison entre la politique et le droit est de nature à entraîner ce résultat contraire au réel: la gageure de vouloir isoler la règle de ses sources sociales et d'en briser l'unité avec son contexte historique. La politique, celle des grandes puissances et des puissances colonialistes, a dominé le droit traditionnel classique; elle ne peut être dissociée du droit, aujourd'hui comme hier; mais c'est une politique nouvelle que celle qui ne laisse pas d'être influencée par les grands principes

³³ Cette thèse est développée dans l'opinion dissidente de M. K. Tanaka jointe à l'arrêt du 18 juillet 1966 dans les affaires du *Sud-Ouest africain, deuxième phase*, C.I.J. *Recueil* 1966, p. 292 à 296.

³⁴ C'est ce que constate le professeur Moh. Sami Abdelhamid dans la *Revue égyptienne de droit international*, 1968, p. 127-128 du texte arabe.

Voir aussi R. Higgins, dans *The Development of International Law through the Political Organs of the United Nations*, p. 5, qui écrit: « the body of resolutions as a whole, taken as indications of a general customary law, undoubtedly provides a rich source of evidence ».

Et M. Sørensen, dans son cours à l'Académie de droit international de La Haye, *Recueil des cours*, 1960, p. 38, qui s'exprime ainsi:

« Si l'organe international est composé de représentants d'Etats, il est évident que les positions prises par ces représentants pourraient, en principe, contribuer à la formation d'une coutume. Dans cette hypothèse, il s'agit d'actes imputables aux Etats agissant par l'intermédiaire de leurs représentants, plutôt que d'actes imputables à l'organe international en tant que tel. »

destinés à gouverner les rapports des nations modernes. La conférence de Vienne de 1969 a pleinement tenu compte de ces considérations en adoptant nombre de solutions répondant aux suggestions incluses dans des opinions individuelles et aux propositions des membres nouveaux de la communauté internationale.

Ainsi, par une pratique déjà longue des Nations Unies, le concept de *jus cogens* acquiert une plus grande effectivité, sanctionnant, en tant que norme impérative du droit des gens, les principes figurant au frontispice de la Charte. Du domaine de la théorie ou de la doctrine dans lequel certains de ces principes, et non des moindres, étaient demeurés pour ainsi dire confinés, ils passent dans celui de l'objectivité et de la pratique³⁵. Aussi U Thant pouvait-il dire à la session de 1969 de l'Organisation de l'Unité africaine tenue à Addis Abéba en présence de dix-sept chefs d'Etats africains, que l'ONU « avait élargi la conception du droit des peuples à l'autodétermination et à l'indépendance, de manière qu'elle englobe la reconnaissance de la légitimité de la lutte que mènent ces peuples pour l'exercice et la jouissance de ce droit dans la pratique³⁶ ». Il aurait pu citer de même le principe d'égalité et celui de la non-discrimination raciale qui en découle, qui constituent tous deux, autant que le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, des règles impératives de droit³⁷.

12. Les actes les plus probants relevant du droit international conventionnel sont, en l'occurrence, les traités de paix signés par les Puissances alliées et associées avec les Puissances centrales et leurs alliés. En 1919 à Versailles, Saint-Germain, Neuilly et Trianon; en 1921 et 1922 à Vienne et Budapest; en 1923 à Lausanne; enfin les accords de 1922 et 1924 auxquels les Etats-Unis étaient parties.

Aux termes des dispositions de ces traités, les actionnaires ressortissants des pays alliés dans les sociétés d'allégeance ennemie ont eu droit aux réparations, sans qu'une distinction ait été faite entre préjudice direct et indirect.

³⁵ Voir I. Brownlie, *op. cit.*, p. 483 à 486. Pour M. Brownlie, sont des règles de droit impératives: le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, l'égalité raciale, la souveraineté des peuples sur leurs ressources naturelles, la convention sur le génocide, la prohibition de la guerre agressive, de la traite des esclaves, de la piraterie, enfin de tous autres crimes contre l'humanité.

³⁶ Journal *Le Figaro* du 8 septembre 1969.

Cf. I. Brownlie, *op. cit.*, p. 417, 484 et 485. On y lit: "Intervention against a liberation movement may be unlawful, and assistance to the movement may be lawful."

Et R.A. Tuzmukhamedov, pour qui la déclaration de l'Assemblée générale des Nations Unies relative à l'octroi de l'indépendance de 1960 est une reconnaissance *de facto* des mouvements de libération nationale.

³⁷ L'égalité raciale est une règle impérative de droit, particulièrement depuis l'adoption par l'Assemblée générale des Nations Unies de la déclaration du 20 novembre 1963 sur la non-discrimination raciale. (Résolution 1904 (XVIII).)

Voir notamment M. J. Spiropoulos, qui avait défendu ce point de vue (Sixième Commission de l'Assemblée générale, 7 décembre 1948).

Après un quart de siècle, les dispositions précitées desdits traités ont été reprises dans les traités de paix ayant mis fin à la guerre de 1939-1945, signés en 1947, ainsi que par le traité d'Etat signé en 1955 avec l'Autriche.

Quelle valeur de précédent coutumier est-on en mesure d'attribuer à ces dispositions?

On est en droit de penser que l'inclusion d'une clause obligatoire dans un traité dénote que cette clause ne fait pas encore partie intégrante du droit positif. C'est ce qui se déduit notamment de l'arrêt de cette Cour dans l'affaire du *Droit d'asile*³⁸. Cette référence ne vise évidemment pas les traités multilatéraux ayant spécialement pour objectif, dans la plupart de leurs dispositions, la codification de certaines règles du droit des gens, telles que la convention de Genève de 1958 sur la haute mer, les conventions de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques, de 1963 sur les relations consulaires et de 1969 sur le droit des traités.

Les conventions n'ayant pas en vue la codification de règles existantes peuvent néanmoins constituer des éléments d'une coutume internationale naissante, ainsi qu'on peut le dire avec assez de certitude des conventions issues des conférences de la paix de La Haye de 1899 et de 1907, du traité de Londres sur le droit maritime de 1909, du protocole de 1925 prohibant l'usage des gaz asphyxiants³⁹, de la convention de Genève de 1958 sur le plateau continental⁴⁰.

Pour ce qui concerne les traités de paix plus particulièrement, qu'ils soient bilatéraux ou multilatéraux, ils ne sont pas cependant de nature à constituer d'emblée un élément de la coutume. Imposés aux Etats vaincus, leurs clauses sont à respecter en vertu de la règle *pacta sunt servanda*. Mais peut-on pousser le raisonnement jusqu'à dire que leurs dispositions reflètent le consentement ou l'acceptation réelle et effective de l'Etat vaincu, acceptation ou consentement qui seraient constitutifs de l'*opinio juris*?

On notera tout d'abord que les clauses relatives aux réparations de guerre ne s'appliquent qu'à l'encontre d'une partie, au bénéfice de celle qui les a imposées. Sans doute il ne pouvait en être autrement dans un traité clôturant une guerre victorieuse, même engagée pour une juste cause. Est-ce à dire cependant que de telles clauses constituent les éléments d'une coutume juridique régissant les rapports entre Etats libres et souverains? En d'autres termes, une pratique constitue-t-elle un précédent

³⁸ C.I.J. Recueil 1950, p. 276-277.

³⁹ Les conventions de 1899, de 1907 et de 1909 et le protocole de 1925 étaient si peu déclaratifs de droit qu'ils n'ont pas mis obstacle, au cours des deux grandes guerres mondiales et autres guerres relativement mineures, nonobstant leurs termes prohibitifs formels, aux bombardements massifs des villes ouvertes; à « l'affamement » délibéré de populations entières, tentative de génocide avant le terme; aux attaques de paquebots appartenant à des pays ennemis aussi bien que neutres, coulés corps et biens.

⁴⁰ Arrêt de cette Cour de 1969 et opinions individuelles et dissidentes y attachées.

coutumier si elle ne révèle pas la conviction, une conviction de droit, dans l'esprit des parties qui s'en prévalent, comme dans celui des parties qui la subissent, qu'elles l'ont l'une et l'autre acceptée comme une règle de droit à l'application de laquelle elles ne sauraient désormais se soustraire?

13. En donnant une réponse négative à cette question, il faut encore remarquer, il est vrai, que d'autres traités, n'ayant aucun rapport avec la guerre ou la paix entre nations, ont été conclus dans l'entre-deux-guerres, reconnaissant les mêmes droits aux actionnaires indépendamment de la société. Leur objectif était de régler le contentieux né de révolutions ou d'émeutes, ou celui des nationalisations initiées en Amérique latine et qui ne tardèrent pas à s'étendre à l'Occident, à l'Est européen et aux pays économiquement faibles ou en voie de développement: accords entre la Suisse et des Etats socialistes, accords entre divers Etats et des Etats latino-américains.

La multiplicité de ces traités, dont se prévaut le demandeur, est en quelque sorte une arme à double tranchant. Celui-ci en tire argument pour appuyer sa thèse, déduisant de l'existence de cette pratique conventionnelle l'apparition d'une règle de droit international.

Il s'agit pourtant de conventions bilatérales qui n'auraient pour effet — les droits des parties contractantes étant réservés — que de contribuer, à l'extrême, à la formation éventuelle de la coutume.

Et ne faut-il pas souligner, d'un point de vue logique, que les traités sont d'autant moins considérés comme déclaratifs de droit que les Etats intéressés y ont recours nonobstant les traités antérieurs comportant les mêmes stipulations? Ainsi en serait-il, si l'on admet ce point de vue, des traités successifs conclus, en dépit des précédents conventionnels, à l'occasion des révolutions, émeutes ou nationalisations, tout autant que des traités de paix des deux guerres mondiales reproduisant des dispositions semblables. En conséquence, la conception énoncée par tous ces traités n'aurait pas eu un caractère moins transitoire que la théorie du contrôle instaurée au cours des deux guerres. Elle paraît d'ailleurs y être apparentée, si l'on remarque que les dispositions figurant dans les traités de paix s'appliquent, comme celles inscrites dans les lois et règlements instituant le contrôle, aux ressortissants des pays dits ennemis.

Il est vrai qu'une certaine opinion ne s'interdit pas de déduire des effets juridiques durables de la théorie du contrôle. A quoi se réduit cependant celle-ci, sinon à des mesures d'exception nées des circonstances d'une première puis d'une seconde guerre, qui ont disparu, reparu, puis disparu à nouveau. En somme des mesures qui font partie intégrante de moyens de guerre économique ou de guerre tout court. Est-ce la caractéristique d'une norme juridique d'être aussi instable, ou plutôt d'être susceptible de passer de vie à trépas au gré d'événements passagers? Elle ne saurait même constituer un précédent coutumier, dépourvue qu'elle est des conditions de généralité et de continuité ou de constance que suppose l'élément constitutif de la coutume. Aussi de récentes conven-

tions ont-elles spécifié qu'une société n'est considérée comme non ressortissante de l'Etat dont elle relève, en raison du contrôle exercé sur elle, qu'en vertu de la convention elle-même ⁴¹.

14. Une dernière catégorie de conventions mérite examen. Il s'agit des conventions généralement dénommées traités d'amitié, d'établissement et de commerce.

Un certain nombre de ces traités, postérieurs à la seconde guerre mondiale, abordent le problème, mais sous des angles différents et parfois opposés. On peut y glaner des dispositions impliquant le droit de protection de l'Etat national des actionnaires. On ne manquera pas cependant de remarquer que les formules qu'elles utilisent ont trait à des notions très diverses: celles de l'intérêt majoritaire des nationaux ou de leur intérêt substantiel, du contrôle direct ou indirect des actionnaires, ou du contrôle mixte; cependant que les dispositions de traités non moins récents ne prévoient ni l'une ni l'autre de ces notions.

Aucune tradition uniforme ne s'est donc instaurée qui permette de retenir certains de ces engagements conventionnels bilatéraux pour des précédents coutumiers.

Signalons pour en terminer avec ces traités que la protection diplomatique des actionnaires aurait été inscrite dans certains d'entre eux en raison de circonstances politiques spéciales. Le traité de 1955 entre la France et la Tunisie s'expliquerait, d'après M. Vignes, par le fait que la Tunisie n'avait pas encore acquis son indépendance politique et ne jouissait que d'un régime d'autonomie. D'autre part, le traité de 1936 entre la France et l'Allemagne se proposait pour but principal le règlement de l'épineux problème de la Sarre. Enfin le traité de 1946 entre les Etats-Unis et les Philippines n'était pas sans rapport avec certaines questions soulevées par la période de transition faisant suite à l'indépendance de ce dernier pays.

15. Il ressort de ce qui précède que le nombre des Etats ayant été parties à l'un ou l'autre des traités dont il a été question et dont les dispositions concordantes peuvent être retenues, n'est pas tel qu'il puisse réaliser le degré de généralité constitutif de la coutume ainsi qu'il est prévu à l'article 38, paragraphe 1 *b*) du Statut de la Cour. Encore faut-il souligner que bien des Etats se trouvent ouvertement opposés aux obligations nées des traités imposés, ou inégaux ⁴², ou conclus sans leur participation avant qu'ils ne fussent admis dans la communauté internatio-

⁴¹ Entre autres la convention signée par la Mauritanie et la Société des mines de Mauritanie dont l'article 50 dispose: la société est conventionnellement considérée comme non ressortissante de la République islamique de Mauritanie en raison du contrôle exercé sur elle par des intérêts étrangers.

⁴² Voir sur les traités inégaux auxquels s'opposent les Etats d'Asie et d'Afrique: le Comité juridique consultatif afro-asiatique, huitième session (*Brief of Doc.*, vol. IV, p. 471-472), ainsi que la proposition y mentionnée de la Birmanie, de la Tchécoslovaquie, de l'Inde, du Liban, du Ghana, de Madagascar, de la République

nale⁴³. Ils sont en particulier hostiles à l'extension de la protection diplomatique autrement que par voie conventionnelle dans les rapports des Etats contractants uniquement. Et l'on connaît assez, pour ne pas avoir à s'y étendre, les conséquences sur l'éclosion de la coutume d'une opposition qui n'est pas supposée être nécessairement aussi massive.

16. Qu'étaient, en somme, beaucoup de ces normes et quels griefs elles soulevaient et soulèvent encore pour qu'une moitié des Etats du monde en conteste des stipulations essentielles, y compris la portée de la protection diplomatique?

On a vu qu'un grand nombre d'Etats discutent la légitimité de certaines tendances de cette protection, allant parfois jusqu'à en contester le principe⁴⁴. Cette constatation revêt une importance indéniable par rapport à l'évolution de la coutume en cette matière. On voit en conséquence, une fois de plus, l'intérêt qu'il y a, vu les circonstances de la cause, à revenir non sans quelques détails sur les raisons de cette opposition qui ne peut être dissociée du problème de l'élaboration de la coutume en général et de son application à la présente cause en particulier.

Des traités dont il a été question⁴⁵, il faut remonter à ceux qui ont organisé la société internationale aux XVIII^e et XIX^e siècles et au début du XX^e. On sait qu'ils ont été conclus à l'instigation de quelques grandes puissances considérées par le droit de l'époque comme suffisamment représentatives de la communauté des nations ou de ses intérêts collectifs. Il en a été d'ailleurs de même du droit coutumier, certaines coutumes de grande portée ayant été incorporées dans le droit positif alors qu'elles étaient le fait de cinq ou six puissances. Ce ne fut certainement pas une œuvre sans reproches, et même sans reproches graves. Aussi des normes ainsi établies et qui ont survécu aux transformations fondamentales récentes de la société internationale marquées par le Pacte de la Société des Nations et la Charte des Nations Unies, compte tenu de l'interprétation libérale donnée sans cesse à celle-ci, certaines, on l'a vu, sont contestées par les Etats qui n'ont pas participé à leur élaboration et qui les considèrent contraires à leurs intérêts vitaux.

17. On se rappelle que les grands Etats européens de tendance nationaliste s'étaient désolidarisés de la théorie de l'universalisme des

arabe unie, du Nigéria, de la Syrie et de la Yougoslavie tendant à considérer de tels traités dépourvus de validité.

⁴³ L'opinion socialiste a été exposée par M. G. I. Tunkin, qui considère qu'il faut éviter que soient imposées aux Etats socialistes et aux Etats nouveaux certaines normes que ces Etats n'ont jamais acceptées et qui leur sont inacceptables (*op. cit.*, p. 88).

⁴⁴ *Supra*, n^o 5.

⁴⁵ *Supra*, n^o 12.

premiers internationalistes, les Vittoria et les Suarez; si jamais ils l'avaient reconnue. Aussi Mably pouvait-il disserter sur un droit public de l'Europe, du bénéfice duquel les autres nations — libres ou indépendantes — étaient exclues depuis le XVI^e siècle. Communauté fermée a fort consciencieusement dit Sereni. Le traité de Paris, signé au terme de la conférence de 1856, déclara pour la première fois dans l'histoire des relations internationales, une de ces nations, la Sublime Porte, « admise à participer aux avantages du droit public européen... ». Ce terme sera toutefois remplacé, dans les traités ultérieurs des pays d'Occident, en 1885, en 1904, en 1921 et dans le Statut de la Cour permanente de Justice internationale, par un autre non moins discriminatoire, celui de « nations civilisées ». Le Statut de la Cour internationale de Justice adopte cette dernière locution, quoique la Charte des Nations Unies l'ait abandonnée pour l'égalité souveraine des nations de l'ensemble de la communauté internationale⁴⁶. Et M. N. Politis, qui écrivait au lendemain de la première guerre mondiale que « le droit ... doit, pour garder sa valeur, être le reflet fidèle de la vie, changer avec elle, se modeler sans cesse sur elle... », limitait encore à l'Europe et aux intérêts de l'Europe l'aire d'application de cette conception réaliste des rapports entre la vie et le droit; tout comme il y bornait les horizons de sa pénétrante étude sur la morale internationale⁴⁷. M. Politis s'inspirait pourtant, tout au long de sa dissertation, du jurisconsulte romano-phénicien Ulpian, le considérant justement comme le fondateur du droit des gens par sa remarquable contribution à l'essor du *jus gentium*⁴⁸, l'un des terrains anciens de développement de ce droit.

18. D'autre part, dans la masse imposante des normes juridiques qui constituent l'édifice moderne du droit des gens, nombre de règles s'étaient glissées, nées de la violence ou de l'illégalité; en particulier les règles — souvent entérinées par de solennels traités — justifiant la discrimination raciale, l'esclavage et, jusqu'au milieu du XX^e siècle, la conquête, l'annexion et la colonisation sous toutes ses formes: colonies d'exploitation ou de peuplement, suzeraineté, protectorat, mandat ou tutelle⁴⁹. Ces deux dernières formules travestissant, sous la fiction des mots, une pratique et une doctrine colonialistes dont l'illégitimité a été dénoncée aux Nations Unies et condamnée par elles. Cette attitude de l'Organisation

⁴⁶ Jusqu'à la veille de la conférence de San Francisco en 1945, la Charte de l'Atlantique de 1942 était considérée par la plupart de ses interprètes comme destinée à l'usage des pays d'Occident.

⁴⁷ La faculté de droit de Harvard a compris la nécessité de supprimer le terme « civilisés » dans son projet révisé relatif à la responsabilité des Etats. Sir Gerald Fitzmaurice a approuvé la suppression de ce terme, optant cependant pour une formule différente du projet Harvard (*Annuaire de la Commission du droit international*, 1960, p. 290, n^o 56).

Voir au surplus l'opinion individuelle de l'auteur, *C.I.J. Recueil 1969*, n^o 33.

⁴⁸ Le tiers du *Digeste* de Justinien est emprunté aux écrits d'Ulpian (*Encyclopædia Britannica*, Ulpian).

⁴⁹ Opinion dissidente de M. V. M. Koretsky en les affaires du *Sud-Ouest africain, deuxième phase*, *C.I.J. Recueil 1966*, p. 239 et suiv.

mondiale a été reflétée, sur le plan judiciaire, par la procédure concernant les avis consultatifs de 1950, 1955 et 1956, demandés à la Cour internationale de Justice à propos du contrôle de l'application du mandat à la Namibie.

19. Aussi comprend-on mieux les appréhensions d'un large éventail d'Etats nouveaux dans trois continents, contestant la légitimité de certaines règles du droit des gens, non seulement parce qu'elles ont été adoptées en dehors d'eux, mais aussi parce qu'elles ne leur paraissent pas répondre à leurs légitimes intérêts, à leurs besoins essentiels au sortir de l'ère colonialiste, enfin à l'idéal de justice et d'équité auquel aspire la communauté internationale dont les entrées leur ont été finalement ouvertes. Ce que le tiers monde entend substituer à certaines normes du droit en vigueur, ce sont d'autres normes profondément imbues du sentiment de justice naturelle, de morale et d'idéal humain⁵⁰; il s'agit, en somme, d'un coup de barre vers le droit naturel tel qu'il est présentement conçu et qui ne serait que le sentiment naturel de justice⁵¹, vers un idéal élevé qui parfois ne transparaît pas dans le droit positif préoccupé surtout de stabilité: stabilité des traités et stabilité des situations acquises. Ainsi, par exemple, la notion d'effectivité — dont l'utilité n'est pas niée en certaines matières — étayant, non sans quelque extravagance, un *status quo ante* dont on a confessé la naissance illégitime en disant: « Le temps parfois efface l'illégalité et ne laisse subsister que l'effectivité⁵² »; et ceci de façon pertinente dans l'application de cette notion aux acquisitions coloniales, où l'on voit le principe de la souveraineté céder devant la présomption du soi-disant droit du premier occupant⁵³; comme aussi des traités déjà qualifiées par le droit romain

⁵⁰ Voir opinion individuelle précitée de l'auteur, n° 33, p. 134 *in fine* et p. 135; n° 35, p. 136 *in fine*; n° 36, p. 137.

Voltaire ne donnait-il pas une définition du droit naturel quand il disait: « La morale est dans la nature »?

⁵¹ Pour Sisnett, *Chief Justice* du Honduras britannique et arbitre dans l'affaire *Shufeldt*, le droit international ne veut pas être lié par autre chose que par la justice naturelle.

Voir aussi l'opinion individuelle de M. Carneiro dans l'affaire des *Minquiers et Ecréhous*, *C.I.J. Recueil 1953*, p. 109.

⁵² Le facteur temps, dont le propre en droit privé est de consolider les situations acquises dans certaines conditions qui n'excluent pas généralement la bonne foi, ne peut être transposé purement et simplement en droit international. Il ne devrait pas prévaloir contre des droits manifestes, soit ceux des populations autochtones sur leur propre territoire, soit ceux de la communauté humaine *res communis* ou *res nullius*, tels que la haute mer, les fonds océaniques, les étendues polaires ou spatiales.

⁵³ Voir l'opinion dissidente de M. H. Klaestad jointe à l'arrêt de 1960 de cette Cour, sur le *Droit de passage en territoire indien*. Arrêt encore influencé par la vue statique du droit. L'Inde, se réclamant de la déclaration de 1960 sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux, soutint devant le Conseil de Sécurité qu'aux termes de cette déclaration le Portugal était privé de toute prétention à la souveraineté sur Goa et, par suite, de tout droit de protester contre la réoccupation de ce territoire, laquelle constitue un acte de libération, le Conseil de Sécurité gardant un silence significatif.

de léonins, plutôt imposés que conclus au cours d'une époque révolue, et susceptibles d'ouvrir largement la voie à la mise en œuvre de la clause *rebus sic stantibus*. Ces pays ne veulent, en somme, de l'héritage du passé que sous bénéfice d'inventaire; ce qui donne sa signification à ce propos de Westlake: « La géographie du droit international a considérablement changé ». Cependant, quoique le droit ancien ait été dépouillé de maintes séquelles d'un passé d'inégalité et de domination, notamment par l'adoption des principes de la Charte de San Francisco et de celles de Bogotá et d'Addis Abéba, ces principes mêmes ne se sont pas encore imposés sans restriction ni réserve, n'ont pas développé toutes leurs virtualités. S'il convient de rendre hommage aux promoteurs des déclarations touchant les grands principes humains se raccordant à l'universel, depuis la Déclaration Wilson en 1917 et son mémorable point 4, la Charte de l'Atlantique de 1942 et le rapport de la conférence de Dumbarton Oaks de 1944, jusqu'à la Charte des Nations Unies, il faut confesser que l'enthousiasme pour les principes proclamés n'a pas fait long feu. Un fossé, qu'il y a lieu de combler, subsiste entre la théorie et la pratique. Tel est, au nombre de ces principes, le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, revendiqué depuis des siècles par les nations qui ont successivement acquis leur indépendance dans les deux Amériques, à commencer par les treize Etats confédérés de l'Amérique du Nord, et en Europe centrale et orientale; proclamé maintes fois depuis la première guerre mondiale; consacré enfin par la Charte des Nations Unies⁵⁴, qu'ont complétée et précisée la résolution de l'Assemblée générale du 16 décembre 1952 sur le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et la déclaration historique de ladite Assemblée du 14 décembre 1960 sur l'octroi de l'indépendance aux pays et peuples coloniaux, laquelle n'a pas fini de dérouler ses conséquences. Déclaration et résolutions auxquelles on ne saurait dénier, alors qu'elles reflètent le sentiment public quasi universel, le caractère d'éléments constructifs du droit des gens⁵⁵. Elles avaient été, au surplus, précédées en des termes similaires, par la Charte des Etats américains adoptée en 1948 à Bogotá et les résolutions de la conférence de Bandoung de 1955; comme elles ont été suivies par la Charte de l'Unité africaine d'Addis Abéba de 1963⁵⁶ et les résolutions des conférences de Belgrade en 1961 et du Caire en 1964 des pays non alignés, cette dernière alignant la majorité des Membres des Nations Unies; enfin par la déclaration de l'Assemblée générale du 21 décembre 1965 sur l'inadmissibilité de l'intervention dans les affaires intérieures des Etats et la protection de leur indépendance et de

⁵⁴ Article premier combiné avec les articles 55 et 56.

⁵⁵ Voir *supra*, n° 11.

⁵⁶ Il y a lieu de remarquer que la Charte d'Addis Abéba a accueilli les « objectifs » du préambule de la Charte de San Francisco en tant que « principes » ou règles de droit impératives ne laissant plus désormais de doute qu'ils relèvent définitivement du *jus cogens*.

leur souveraineté. Nonobstant cette séquence ininterrompue de précédents dans la vie des peuples, la doctrine occidentale, à un certain nombre d'exceptions près⁵⁷, persiste à refuser à ce droit — tel que dénommé pourtant dans le texte français de la Charte et qu'il l'a été dans les résolutions et les déclarations de l'Assemblée générale — les attributs d'une norme juridique impérative. Les tenants de cette doctrine semblent regarder nostalgiquement vers le temps où l'on pouvait impunément dénier, sans blesser un « droit public européen » le droit d'autodétermination aux peuples aspirant à se libérer de la domination des Etats qui les avaient soumis et colonisés. Contre les défenseurs des derniers bastions du droit traditionnel, se dresse ainsi une fois de plus, avec l'appui d'une minorité occidentale, le puissant rassemblement des juristes et des hommes de pensée ou d'action des pays latino-américains et afro-asiatiques ainsi que des pays socialistes. Pour eux tous l'autodétermination est une conquête définitive du droit international positif. On sait, en outre, qu'une majorité d'Etats se sont prononcés, par l'organe de leurs représentants à la conférence de Vienne en 1969 sur le droit des traités, pour une solution du problème du *ius cogens* susceptible de sanctionner définitivement les principes de la Charte, considérés par eux comme des normes juridiques impératives⁵⁸. Aussi bien a-t-il paru opportun que ces principes — ceux issus à l'origine de l'esprit de la révolution américaine ou de la révolution française non exceptés — dont l'inspiration religieuse n'est pas ignorée, fussent réaffirmés solennellement. Ils l'ont été au cœur même de l'Afrique par le chef de l'Eglise catholique. S'adressant aux Africains et, par-delà ceux-ci, au monde entier, Sa Sainteté Paul VI, renouant la tradition, a dénoncé le 2 août

⁵⁷ Le problème était cependant résolu affirmativement dans son ensemble dès 1950 par un des précurseurs de la nouvelle conception qui écrivait: « It is already the law, at least for Members of the United Nations, that respect for human dignity and fundamental human right is obligatory » (Ph. Jessup, *A Modern Law of Nations*, 1950, p. 91).

Ecrivant peu d'années après, M. G. I. Tunkin notait que « les représentants des Puissances coloniales, malgré une recommandation verbale de notre principe, se sont efforcés en fait d'en faire une peau de chagrin, de l'édulcorer et de réduire à rien sa tendance émancipatrice. Parfois même, ils nient son existence en droit international. » (*Op. cit.*, p. 45.)

⁵⁸ Telle avait été l'opinion exprimée dans le rapport concernant la responsabilité des Etats soumis à la Commission du droit international (*Annuaire de la Commission du droit international* de 1957, vol. II, p. 129-130, n^{os} 2 à 7).

D'autre part, une proposition conjointe de la Birmanie, du Cameroun, du Ghana, de l'Inde, du Liban, de Madagascar, de la Syrie, de la République arabe unie et de la Yougoslavie prévoyait que « tout traité qui serait en conflit avec la Charte des Nations Unies serait dépourvu de validité et aucun Etat ne pourrait en invoquer le bénéfice ». (Doc. des Nations Unies, A/AC.125/L.35, par. 2.) L'article 64 de la convention sur le droit des traités de 1969 a sanctionné le principe de cette proposition en disposant que « si une nouvelle norme impérative du droit international général survient, le traité existant qui est en conflit avec cette norme devient nul et prend fin ».

1969 à Kampala, devant cinq chefs d'Etat, la discrimination raciale, réaffirmant l'égalité des peuples et le droit de chacun d'eux à une vie libre et digne ⁵⁹.

20. Il convient de rappeler, pour terminer cette digression nécessaire, que les progrès réalisés dans l'application efficace des principes de la Charte sont dus, dans une large mesure, à la contribution des représentants des pays du tiers monde aux Nations Unies, qui se sont ralliés à l'interprétation raisonnable de l'article 2, paragraphe 7, de la Charte, concernant le domaine réservé ⁶⁰.

On sait que ce texte s'était départi, malgré l'opposition de la Belgique, de la rigueur de l'article 15, paragraphe 8, du Pacte de la Société des Nations, et qu'il a reçu sa rédaction actuelle sur l'insistance des Etats-Unis, sans doute afin de suivre l'évolution du droit que percevaient déjà les congressistes de San Francisco. Un consensus s'était alors établi selon lequel il appartient aux organes des Nations Unies d'interpréter les textes de la Charte qu'ils appliquent. Et par la suite l'application du nouveau texte devait s'adapter à l'internationalisation croissante de la vie des peuples entraînant un recul corrélatif incessant du concept de la souveraineté absolue ⁶¹.

Il est remarquable de constater que la Cour permanente de Justice internationale s'en était si bien rendu compte qu'elle déclarait dans l'avis consultatif de 1923 relatif aux décrets promulgués en Tunisie et au Maroc :

« La question de savoir si une certaine matière rentre ou ne rentre pas dans le domaine exclusif d'un Etat est une question essentiellement relative: elle dépend du développement des rapports internationaux. » (*C.P.J.I. série B n° 4*, p. 24.)

Mais la même Cour n'en demeurait pas moins fidèle à un certain positivisme qui avait culminé avec l'arrêt dans l'affaire du *Lotus* en 1927 et qui n'a cessé d'influencer ses arrêts subséquents. Elle déclarait ainsi dans l'arrêt de 1932 concernant les *Zones franches de Haute-Savoie et du Pays de Gex* que « dans le doute une limitation de la souveraineté doit être interprétée restrictivement ⁶² ».

⁵⁹ Journal *Le Monde* du 3 août 1969.

⁶⁰ Cf. M. S. Rajan, *United Nations and Domestic Jurisdiction*, p. 521 à 524.

⁶¹ Voir entre autres opinions séparées de A. Alvarez, toutes tournées vers un avenir considéré comme inéluctable, son opinion dissidente jointe à l'avis consultatif sur la *Compétence de l'Assemblée générale* rendu en 1950 par la Cour internationale de Justice, où il disait :

« La psychologie des peuples a subi de grandes modifications; une nouvelle conscience internationale universelle se fait jour, qui demande des réformes dans la vie des peuples. Cette circonstance, s'ajoutant à la crise que traverse depuis quelque temps le droit des gens classique, a ouvert la voie à un droit international nouveau. » (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 12.)

⁶² *C.P.J.I. série A/B n° 46*, p. 167.

Dans son opinion dissidente en l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Co.*, M. Read

C'est sur ce terrain, en particulier, que les organes des Nations Unies, forts de la présence des pays nouveaux épris d'un nouveau droit, devançant les instances juridictionnelles apparemment attachées à la tradition, ont tracé la voie du renouvellement. L'Assemblée générale et le Conseil de Sécurité, saisis des questions intéressant la communauté internationale, ou touchant les grands principes de la Charte, ont fini après de longs débats, session après session, par passer outre à l'objection tirée de l'article 2, paragraphe 7, grâce à une interprétation extensive raisonnable — expresse ou tacite — de ce texte ⁶³. Le chemin fut long et ardu entre 1946, quand l'Egypte ne réussissait pas à obtenir une décision du Conseil de Sécurité contre la puissance occupante, et la déclaration de 1960 sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples colonisés: déclaration sur laquelle s'appuient désormais, non sans succès, les peuples luttant pour leur libération et que le Conseil de Sécurité s'est décidé à confirmer par sa résolution du 20 novembre 1965 appuyant le droit à l'indépendance de la Rhodésie du Sud et à décider de son propre avenir.

* * *

Il convenait d'évoquer cette longue série de faits en vue d'éclairer un aspect nouveau de l'évolution du droit des gens en général, et de ses deux grandes sources en particulier. Ce qui a été admis pour les traités après la condamnation de la théorie de la représentativité et l'efficacité accrue des principes de la Charte grâce à l'interprétation de moins en moins stricte de l'article 2, paragraphe 7, doit vraisemblablement l'être pour la coutume internationale et son application en la présente affaire.

soutient, au contraire, une thèse ouverte sur le devenir déjà perceptible de la conception de la souveraineté. On y lit:

« L'énoncé d'une déclaration est l'exercice de la souveraineté de l'Etat; il n'en est, en aucun sens, une limitation. En conséquence, on doit l'interpréter de manière à donner effet à l'intention de l'Etat telle qu'elle se dégage des termes employés et non par une méthode restrictive, ayant pour objet de mettre à néant l'intention de l'Etat qui a exercé ce pouvoir souverain. » (*C.I.J. Recueil 1952*, p. 143.)

⁶³ Ainsi en a-t-il été à propos de la revendication de l'indépendance de la Tunisie et du Maroc depuis 1951, de celle de Chypre et de l'Irian occidental depuis 1954, de l'Algérie depuis 1955, de l'Angola depuis 1960, de la Rhodésie depuis 1961, enfin, en 1963, de l'ensemble des pays occupés par le Portugal. Il en a été de même en ce qui concerne les droits de l'homme relativement aux personnes d'origine indienne en Afrique du Sud depuis 1946, de l'*apartheid* depuis 1948.

On remarquera toutefois que des puissances qui s'étaient fermement opposées à l'intervention de l'ONU dans les précédentes affaires ont rejeté l'objection fondée sur l'article 2, paragraphe 7, quand il s'est agi des interventions en Espagne en 1946, dans l'affaire *Grèce v. Albanie, Bulgarie, Yougoslavie* en 1948, en Tchécoslovaquie en 1948 et en Hongrie en 1956. M. S. Rajan a souligné à ce sujet que l'élément politique et les effets de la guerre froide ont eu dans ces cas une influence indéniable (*United Nations and Domestic Jurisdiction*, p. 177-178).

C'est en prenant en considération ce qui précède et les conclusions qui s'en dégagent qu'on se rendra compte dans quelle mesure la coutume de la protection diplomatique est susceptible de recueillir un nombre suffisant d'adhésions pour couvrir de nouvelles hypothèses telles que celle soumise à la considération de la Cour de céans.

21. Après cette indispensable incursion dans le débat que soulèvent les aspects nouveaux de l'élaboration de la coutume, et passant à la jurisprudence internationale, on constate qu'elle ne fournit que peu de précédents étayant le droit de protection diplomatique des actionnaires se plaignant d'un préjudice indirect.

La jurisprudence internationale n'est elle-même qu'une source auxiliaire du droit et ne supplée pas aux sources principales que sont les traités et la coutume. Mais considérée en tant qu'élément de celle-ci, il semble qu'elle ne remplit pas, en l'espèce, les conditions l'habilitant à être retenue comme un précédent coutumier.

En effet, les précédents ayant trait plus ou moins directement à la question envisagée ont été jusqu'ici, faut-il le répéter, ceux-là seuls qui émanaient de juridictions arbitrales. Les juridictions de jugement n'ont pas été appelées à se prononcer à cet égard avant la présente affaire. Au surplus, la justice arbitrale, étant donné les cas qui lui ont été soumis, en est restée à ce jour à la seule hypothèse où l'action est intentée en faveur des associés ou actionnaires d'une société dont l'Etat national lui-même est l'auteur du dommage. La jurisprudence, pas plus que la pratique conventionnelle, ne vient donc en aide à la thèse selon laquelle la protection diplomatique s'étend aux actionnaires indirectement lésés par un Etat autre que l'Etat national de la société.

22. En ce qui a trait à la pratique des Etats, on ne peut nier que nombreuses sont les positions adoptées qui dénotent l'intention d'inclure dans le cadre de la protection diplomatique les réclamations des actionnaires d'une société de tierce nationalité.

Dans quelle mesure les positions ainsi adoptées peuvent-elles contribuer à la formation de la coutume?

Il est évident tout d'abord que de telles attitudes ne sauraient être comptées au nombre des précédents constitutifs de la coutume internationale que si leurs auteurs ne s'en départissent pas après s'en être prévalus. Or, dans le dénombrement de ces précédents, on peut reprocher à plus d'un Etat des attitudes contradictoires qui privent ces dernières de tout effet juridique. La constance de la pratique française et, depuis le début du siècle, de celle des Etats-Unis ne suffit pas pour établir une coutume censée être universelle. Et cela d'autant moins qu'un usage ne contribue à la formation de la règle coutumière que si l'Etat qui s'en prévaut ou cherche à l'imposer et celui qui s'y soumet ou le subit ont, comme il a déjà été dit, l'un et l'autre conscience que cet usage est l'expression d'une obligation juridique à laquelle nul d'entre eux ne saurait se soustraire.

La manifestation de volonté d'un Etat qui serait contestée par l'autre

partie demeurerait un acte isolé dépourvu d'effet. Et combien nombreuses sont les attitudes des Etats qui se sont heurtées à l'opposition des parties adverses. Telles sont, uniquement à titre d'exemples, celles de la France dans les affaires suivantes: *Société des quais, docks et entrepôts de Constantinople*⁶⁴; *Société Limanova*; *Société du chemin de fer de Tirnovo*; *Compagnie royale des chemins de fer portugais*; *Société lettone de chemins de fer*; enfin diverses sociétés en Mozambique. Des Etats-Unis dans les affaires *Kunhardt*; *Alsop*; *Ruden*; du *Chemin de fer de la baie de Delagoa*; de la *Vacuum Oil Company de Hongrie*; de la *Romano-Americana* et de la *Tlahualilo*. Du Royaume-Uni dans les affaires déjà citées du *Chemin de fer de la baie de Delagoa* et de la *Tlahualilo* et celle de la *Mexican Eagle Co.* De la Suisse dans les affaires de la *Compañía Argentina de Electricidad* et de la *Compañía Italo-Argentina de Electricidad*. Des Pays-Bas dans l'affaire *Baasch et Römer* et dans celle de la *Mexican Eagle Co.* Enfin de l'Italie dans les affaires *Canevaro* et *Cerruti*.

Il n'est pas sans intérêt, par ailleurs, d'observer que près de 90 pour cent des oppositions à une telle protection diplomatique émanaient d'Etats encore en voie de développement.

23. Reste à savoir, au regard de l'élaboration de la coutume, ce qu'est actuellement l'état de la doctrine quant aux questions posées.

Les thèses énoncées par celle-ci ne consistent pas uniquement en des propositions *de lege ferenda*. Elles sont souvent l'exposé de normes de droit positif. Elles en sont même parfois, l'un des éléments auxiliaires de formation, ainsi que le confirme, à la suite d'une pratique plusieurs fois séculaire, l'article 38, paragraphe 1 d) du Statut de la Cour. Peut-on ne pas évoquer à ce propos la durable influence qu'ont eue, dans l'évolution du droit des gens, maintes doctrines définies jadis par Ulpien, et dans les temps modernes par Vittoria et Suarez, puis par Bodin, Grotius, Vattel, Calvo, Anzilotti, Politis, pour ne citer que quelques-uns des publicistes de renom.

Je me hâte de dire que la doctrine n'est pas représentée uniquement par les écrits des auteurs. On la trouve exprimée, comme on sait, dans les travaux des conférences juridiques et des institutions, instituts ou associations de droit international. On ne devrait pas non plus manquer de la puiser — et c'est sur quoi je voudrais insister — dans les opinions séparées des juges auxquelles j'ai cru devoir si souvent me référer. Je dois souligner tout d'abord que l'autorité des précédents des deux Cours internationales découle, entre autres motifs, du fait même que leurs arrêts comportent les opinions dissidentes ou individuelles de leurs membres. Ce n'est point là un paradoxe; car, pour apprécier la valeur d'une décision judiciaire,

⁶⁴ L'opposition de la Sublime Porte fut tellement ferme que le Gouvernement français en vint à la menacer de saisir la douane de Mitylène, de l'administrer et d'en retenir les revenus nets jusqu'à complète satisfaction (*Documents diplomatiques français*, 2^e série, t. I, n^{os} 349, 364, 455 et 497, ainsi que l'exposé du ministre des Affaires étrangères Delcassé à la Chambre des députés le 4 novembre 1901).

il faut pouvoir se rendre compte dans quelle mesure elle exprime l'opinion de la Cour, et quelles objections ont pu lui être faites par des juges non moins qualifiés que ceux qui y ont souscrit. Tel serait le cas des jugements des juridictions supérieures dans le système anglo-américain, où la valeur des opinions dissidentes le cède peu ou prou à l'autorité reconnue du *case-law*. C'est probablement ce qui a fait dire à Charles Evans Hughes, ancien juge à la Cour permanente puis *Chief Justice* des Etats-Unis, ainsi que le rappelait M. Ph. Jessup dans son opinion dissidente fortement motivée jointe à l'arrêt du 18 juillet 1966 de cette Cour :

« Une opinion dissidente exprimée dans un tribunal en dernier ressort est un appel à l'esprit toujours présent du droit, à l'intelligence d'un jour futur où une décision ultérieure rectifiera peut-être l'erreur dans laquelle le juge qui émet cette opinion croit que le tribunal est tombé. » (*C.I.J. Recueil 1966*, p. 323.)

Et les opinions des juges des deux Cours internationales ne puisent-elles pas une autorité accrue du fait que ces juges ont été élus, selon l'article 9 du Statut de l'une et l'autre juridiction, de manière à assurer « dans l'ensemble, la représentation des grandes formes de civilisation et des principaux systèmes juridiques du monde ».

Cette autorité n'est autre que celle de juristes particulièrement qualifiés qui s'inscrit dans le cadre général de la doctrine. Ainsi, M. St. Korowicz, étudiant l'opinion des sept juges dissidents dans l'affaire du *Régime douanier austro-allemand*, la ramène à « la doctrine des publicistes » qui est considérée par l'article 38, paragraphe 1 *d*), du Statut de la Cour, comme « un moyen auxiliaire de détermination des règles du droit ».

Et, faut-il ajouter, de quelle autorité doctrinale ne doivent pas jouir les opinions concordantes des juges dissidents, quand l'arrêt a été rendu à voix égales grâce au vote prépondérant du Président, c'est-à-dire, avec le respect qui lui est dû, à une majorité « technique ou statutaire », ainsi que le soulignait M. Padilla Nervo dans son opinion dissidente jointe à l'arrêt précité du 18 juillet 1966.

Pour en revenir à la question discutée concernant l'état de la doctrine envisagée du point de vue de la formation de la coutume quant aux points soulevés par la présente cause, il va de soi que la doctrine dont on se réclamerait doit représenter, sinon un consensus assez général, du moins un courant d'opinion prédominant. Or, dans le cas de la protection diplomatique des actionnaires lésés par un Etat tiers, la doctrine est fortement divisée, et les auteurs qui admettent cette protection le sont également, on l'a vu ⁶⁵, sur son fondement juridique.

24. Je voudrais ajouter, uniquement pour les besoins de la discussion,

⁶⁵ *Supra*, n° 10.

que si l'on pouvait s'en tenir à l'opinion qui fait de la protection diplomatique des actionnaires une dérogation, un tempérament à la règle du respect de la personnalité morale de la société, il faudrait encore se demander si l'exception à la règle peut être étendue, par voie d'analogie, au cas qui nous occupe.

On sait que dans le cas où la société est de la nationalité du défendeur, l'action sociale ne peut être engagée contre celui-ci que par les voies des recours internes, l'action internationale sur la réclamation de la société elle-même étant exclue contre l'Etat auquel elle ressortit. Aucune assimilation ne pourrait être relevée, faute d'un texte, avec le droit de la communauté européenne. C'est en conséquence l'impossibilité juridique d'exercer l'action internationale à l'encontre de l'Etat national de la société, qui aurait ouvert la voie à l'action supplétive des actionnaires indirectement lésés et en aurait légitimé l'exercice.

Cette éventualité ne se rencontre pas dans le cas du préjudice causé par un Etat de tierce nationalité. Car l'exercice de la protection diplomatique n'étant pas une compétence liée, l'absence de recours de l'Etat national de la société n'est pas la conséquence d'un obstacle juridique et peut n'être que temporaire. Cet Etat, tel le Canada, jouit à cet effet d'un pouvoir discrétionnaire. Il n'y aurait donc pas lieu de rechercher pourquoi il s'est abstenu de saisir la Cour concurremment avec la Belgique, ou s'il s'en est abstenu de façon définitive. Quelle qu'ait pu être ou que serait éventuellement son attitude, la question resterait entière: celle de savoir si l'Etat national des actionnaires jouit ou non du droit d'endosser la réclamation de ces derniers en raison des griefs dont aurait souffert la société elle-même. Question purement juridique sur laquelle la volonté contingente de l'Etat national de la société n'aurait aucun effet.

Il convient, d'autre part, d'envisager, d'un point de vue pratique, les conséquences qu'entraînerait l'exercice ultérieur par l'Etat national de la société de son droit manifeste d'Etat protecteur de celle-ci. S'il se décidait à saisir la justice internationale après que l'aurait fait l'Etat national des actionnaires, il ne pourrait vraisemblablement obtenir, à son tour, une réparation pour le préjudice causé à la société, la réparation qui lui serait due ayant déjà été allouée à l'autre Etat. Non seulement l'analogie ne serait pas logiquement justifiée, étant donné la différence essentielle séparant les deux hypothèses, mais elle serait, en outre, contraire par ses conséquences à une saine justice.

25. On pourrait cependant étendre l'exception autorisant l'action de l'Etat national des actionnaires à l'hypothèse où la société a cessé d'exister. L'impossibilité d'agir au nom de celle-ci par son Etat national se rencontre, quoique pour un motif différent, comme dans le cas où elle aurait été de la nationalité de l'Etat à qui le dommage est imputé. En outre, il n'y aurait nul risque qu'entrent en conflit les réparations susceptibles d'être réclamées, pour un même grief, par l'Etat national de la société

et par celui des actionnaires. La réclamation de l'actionnaire serait alors justifiée par un droit propre puisque, après paiement des obligataires et autres créanciers, le reliquat des avoirs de la société revient directement aux actionnaires.

Cette hypothèse ne trouverait pas toutefois application dans la présente cause. La déclaration de faillite, tout autant que la mise sous administration judiciaire ou sous *receivership*, n'a pas pour effet immédiat de mettre fin à la vie de la société, du moins dans la généralité des systèmes juridiques dont font partie ceux des deux Parties litigantes, l'Espagne et la Belgique. La déclaration de faillite, tout en entraînant des effets immédiats touchant le dessaisissement du failli et l'administration de la société, la constitution de la masse des créances et de celle des dettes, la suppression des délais dont dettes et créances sont affectées, peut être clôturée par un concordat aux termes duquel la société, qui n'a pas cessé d'exister, reprend le cours de sa vie normale.

La déclaration de faillite de la Barcelona Traction n'ayant pas eu d'autres effets juridiques que ceux qui viennent d'être rappelés, n'autorise pas, en conséquence, l'action *ut singuli* des actionnaires de cette société.

26. La Partie demanderesse soutient cependant que la Barcelona Traction a cessé d'exister par suite de certaines mesures prises par les autorités judiciaires espagnoles, qu'elle a qualifiées dénis de justice, usurpation de compétence, abus de droit ou détournement de pouvoir. La société serait, par suite, « pratiquement défunte », pour parler le langage de la sentence arbitrale dans l'affaire du *Chemin de fer de la baie de Delagoa*, repris dans l'affaire *El Triunfo*. Il ne s'agit donc plus des effets juridiques de la déclaration de faillite, mais d'un événement relevant du fond et dont l'examen peut être entrepris, à ce stade de la procédure, étant donné la jonction au fond de l'exception préjudicielle touchant le *jus standi*.

Il faut d'abord écarter ces deux précédents du débat; car dans l'affaire du *Chemin de fer de la baie de Delagoa* comme aussi dans l'affaire *El Triunfo*, il a été estimé que la société a cessé d'exister par suite de l'annulation de la concession qui en faisait l'objet. Ce qui n'est pas le cas dans l'affaire de la Barcelona Traction dont les activités ne se sont pas arrêtées.

Mais si cette société n'a pas cessé d'exister faute d'objet, peut-on raisonnablement alléguer que les mesures auxquelles il a été fait allusion ont entraîné, en fait, sa disparition? Il ne le semble pas.

Ces mesures seraient notamment les suivantes :

La déclaration de la faillite d'une société étrangère n'ayant pas un domicile réel en Espagne et le rejet de l'opposition au jugement déclaratif de faillite nonobstant le non-écoulement du délai d'opposition; l'extension des effets de la faillite de la société holding aux sociétés filiales en méconnaissance de leurs personnalités juridiques sous prétexte de leur caractère unipersonnel; la saisie des titres de la société filiale Ebro et l'extension de cette saisie aux titres se trouvant à l'étranger, en violation de la sou-

veraineté de l'Etat étranger, et sans égard aux droits de la société détenant en garantie les titres susindiqués; les attributions données par le juge de Reus aux organes de la faillite à l'effet de révoquer les administrateurs des sociétés filiales et d'en nommer de nouveaux: autant de mesures qui auraient prélué, selon le demandeur, à la réalisation de l'objectif en vue, lequel aurait été la cession, à un prix dérisoire, à un groupe espagnol, la société Fuerzas Eléctricas de Cataluña, des titres appartenant aux actionnaires de la Barcelona Traction. Cette cession aurait été réalisée par les syndics de la faillite, lesquels, se constituant en assemblée générale de l'Ebro, auraient décidé:

- a) que le livre-registre des actions tenu à Toronto serait désormais tenu et conservé au nouveau domicile social de l'Ebro, transféré de Toronto à Barcelone;
- b) que ladite société ne reconnaîtra comme titulaire d'actions que ceux qui seront mentionnés dans ledit livre-registre créé en juin 1951;
- c) la création de titres nouveaux en remplacement des anciens et leur inscription au livre-registre tenu à Barcelone;
- d) la cession par décision judiciaire des titres nouveaux au groupe espagnol représenté par la société Fuerzas Eléctricas de Cataluña.

Si telles ont été les mesures dont l'Etat demandeur se plaint, prises aux fins de ladite cession, peut-on alléguer qu'elles ont entraîné l'extinction de la société Barcelona Traction?

La cession forcée des actions, à l'instar d'une cession volontaire ou amiable, n'est nullement de nature à affecter l'existence de la société. Les actions d'une société anonyme, telle que la Barcelona Traction, qu'elles soient au porteur ou nominatives, sont précisément conçues de par la loi pour être transmissibles pendant le cours de la vie de la société. Une cession nulle ou illégale des titres peut donner ouverture, le cas échéant, à une action judiciaire en reconnaissance de la nullité ou en annulation, elle ne peut avoir un effet quelconque sur l'existence de la société dont les actions ont passé en d'autres mains.

Aussi bien la Barcelona Traction était-elle si loin d'être « pratiquement défunte », qu'elle a été à même, sans perdre sa personnalité morale par suite de la déclaration de faillite ou des mesures dont elle a été l'objet, de solliciter et d'obtenir la protection diplomatique du Canada, des Etats-Unis, de la Grande-Bretagne et de la Belgique, ainsi que la protection judiciaire de cette dernière sur la base de sa première requête de 1958.

27. En définitive, le droit revendiqué par l'Etat national de l'actionnaire d'endosser sa réclamation contre un Etat tiers ne constituant pas une exception à une règle de droit dont on solliciterait l'extension à un cas nouveau, mais pouvant découler de l'éventualité de l'existence d'une

coutume internationale, il y aurait lieu de conclure que les éléments constitutifs de celle-ci, à puiser à des degrés divers dans la pratique conventionnelle ou celle des Etats, dans la jurisprudence internationale ou dans la doctrine, ne sont pas de nature à corroborer ce cas nouveau.

28. S'il est apparu que la protection diplomatique ne relèverait pas d'un principe général de droit reconnu par les nations, mais du droit coutumier international, il ne serait cependant pas interdit, pour étudier l'éventualité de l'extension de cette protection aux actionnaires d'une société, de recourir à l'analogie que le problème peut présenter dans le cadre des rapports que soutiennent le droit interne et le droit international. Il ne s'agirait pas, par ce raisonnement, de dégager des systèmes juridiques nationaux un principe général de droit, mais de rechercher, conformément aux règles de la logique juridique, les conséquences de ces rapports sur la formation de la coutume en ses divers éléments.

29. Il y a lieu de remarquer, à ce stade de la discussion, que l'applicabilité des catégories du droit national au droit des gens soulève l'importante question tendant à déterminer si un Etat n'est tenu de concéder aux étrangers que les droits qu'il garantit à ses propres nationaux, ou s'il doit leur assurer un traitement minimum conformément à une « norme internationale de justice », que définiraient les règles du droit des gens et qui peut, dans certains cas ou en de certains pays, être plus avantageux que celui dont jouissent les nationaux eux-mêmes ⁶⁶.

On sait que dans le droit international public de l'Amérique latine, l'égalité de traitement est liée à la conception que se font les juristes latino-américains de la responsabilité des Etats et de la protection diplomatique. Ces juristes, qui la considèrent comme un des piliers de leur conception du droit des gens, l'avaient défendue à la conférence de 1930 de La Haye, la fondant sur l'égalité entre les Etats et la nécessité pour leurs pays de se protéger contre les interventions des puissances politiquement, militairement et économiquement fortes. Dix-sept juristes de diverses nationalités s'étaient ralliés à cette doctrine. Mais la prépondérance demeurait aux tenants du droit traditionnel qui formaient la majorité à la conférence, et l'échec des Etats latino-américains ne fit que renforcer leur attachement à leur doctrine. Aussi à la neuvième session de la Commission du droit international, M. Padilla Nervo s'en est-il fait l'interprète autorisé, concluant que « les règles internationales établies en la matière ont été fondées presque entièrement sur l'inégalité des rapports entre grandes puissances et petits Etats ^{66a} ».

⁶⁶ D'aucuns envisagent également, comme on sait, l'éventualité d'accorder le traitement de la nation la plus favorisée, ou tout simplement une juste réparation, ou un traitement équitable ou raisonnable, ou enfin d'adopter une solution de compromis fondée sur la jouissance des droits et des garanties individuelles identiques à ceux dont jouissent les nationaux et qui « ne peuvent ... être moindres que les « droits fondamentaux de l'homme » reconnus et définis dans les instruments internationaux contemporains ». (*Annuaire de la Commission du droit international*, 1957, II, p. 128.)

^{66a} *Annuaire de la Commission du droit international*, 1957, I, p. 165.

Telle est également la conception des pays d'Afrique et d'Asie. Le délégué chinois à la conférence de 1930 de La Haye en a été un des protagonistes à l'instar des juristes de l'Amérique latine. Et à la même session que ci-dessus de la Commission du droit international, M. Matine-Daftary, de l'Iran, a appuyé « la thèse latino-américaine ... de l'égalité des nationaux et des étrangers^{66b} ». Enfin les représentants des Etats d'Afrique et d'Asie qui ont été appelés à participer aux conférences juridiques se sont ralliés à la même conception.

* * *

La question est sans doute assez complexe. En principe, si l'Etat n'est tenu qu'à établir l'égalité entre nationaux et étrangers, il faut alors prendre en considération le droit interne afin d'en étendre le bénéfice aux étrangers. Mais remarquons tout de suite que les droits à leur accorder sur la base de l'égalité sont les droits substantiels. La solution serait tout autre en ce qui concerne les droits juridictionnels, aux termes desquels tout Etat est tenu d'assurer aux étrangers, par une législation et une organisation judiciaire adéquates, conformes aux normes internationales, un recours judiciaire interne à défaut duquel un recours international serait possible.

Or telle est bien la solution qui prévaut pour les droits substantiels, spécialement dans la perspective des Etats nouveaux ou économiquement handicapés. Elle se réclame du principe de l'égalité entre les nations inscrit dans la Charte des Nations Unies et de la résolution de l'Assemblée générale du 21 décembre 1952 relative au droit des peuples d'exploiter librement leurs richesses et leurs ressources naturelles⁶⁷.

30. En faisant état de cette solution, on est amené à se demander s'il n'est pas établi, dans la généralité des droits nationaux, que l'actionnaire — outre son droit d'action propre en réparation d'un préjudice direct subi *ut singuli* et lésant ses intérêts juridiquement protégés — possède un droit d'action qu'il serait à même d'exercer en toutes circonstances, concurremment avec les organes de la société, en conséquence d'un préjudice subi par celle-ci et qui ne le toucherait lui-même qu'indirectement ou de façon médiate.

Le droit des gens ne devrait-il pas s'aligner, quant à ce point, par le même raisonnement auquel il vient d'être fait recours au précédent numéro, sur la généralité des systèmes de droit internes dont découlent, outre les institutions juridiques de l'ordre commercial, le concept de la personnalité morale et les limites qui lui sont assignées? Certes ces

^{66b} *Ibid.*, p. 170.

⁶⁷ Voir S. Prakash Sinha, *op. cit.*, p. 94 à 96 et les interventions à la Commission du droit international qu'il cite des représentants de l'Inde, de l'Iran, de la République arabe unie, de la Syrie et de la Thaïlande.

Voir aussi l'article 12 du projet concernant la condition des étrangers rédigé par le comité juridique consultatif afro-asiatique cité par le docteur Mustafa Kamil Yasseen, dans l'*Annuaire français de droit international*, 1964, p. 665.

systèmes ne sont pas sans différer parfois d'un pays à l'autre. Ce qui serait cependant à la fois nécessaire et suffisant, c'est de rapporter la preuve de l'existence d'un fonds commun à ces systèmes comportant tels droits essentiels dont ne seraient pas exclus ceux sur lesquels peut se fonder, en particulier, la Partie belge, à savoir :

- a) le droit de formuler, auprès des administrations, des réclamations ou des demandes au nom de la société;
- b) le droit d'exercer des recours judiciaires ou administratifs aux lieu et place de la société, ou de défendre à une instance engagée contre elle;
- c) le droit de réclamer des réparations du chef d'un déni de justice ou d'un abus de droit dont la société aurait souffert.

Ces différents droits figurent-ils au nombre de ceux que comporterait un fonds commun à la généralité des systèmes juridiques nationaux? Ou, au contraire, transcendent-ils les droits généralement attribués par ces systèmes juridiques à l'actionnaire — et notamment les systèmes juridiques du Canada, de la Belgique et de l'Espagne — et qui seraient :

- a) le droit de vote au sein de l'assemblée générale, soit en vue des décisions intéressant la société, soit pour la nomination des administrateurs et le contrôle de leur gestion et, le cas échéant, pour actionner ces mêmes administrateurs à la suite d'une faute qui leur serait imputée dans l'exercice de leurs attributions;
- b) le droit de négocier les titres dont ils ont la propriété;
- c) les droits au dividende et à une éventuelle quote-part de l'actif en cas de liquidation de la société;
- d) ceux de bénéficier d'éventuelles souscriptions d'actions et de valeurs de remplacement en cas de perte du titre ⁶⁸.

Je penche à répondre par la négative. Sous une réserve cependant: c'est que la société n'ait pas été dissoute; réserve dont il a déjà été traité ⁶⁹ et qui n'a pas trouvé application dans le cas de la Barcelona Traction.

Une autre conclusion se dégage de cette discussion; elle peut être formulée sous la forme interrogative suivante: l'actionnaire n'ayant pas, selon la législation locale, la possibilité d'ester en justice pour faire valoir des droits propres à la société, l'exception du non-épuisement des recours internes ne peut lui être opposée. S'il était néanmoins admis à exercer ces droits devant le juge international, ne lui aurait-on pas reconnu plus de droit que la société elle-même?

⁶⁸ La décision de la Commission arbitrale de 1965 dans l'affaire *Brincard* avait évoqué, sinon tous ces droits, du moins la plupart d'entre eux. Le nouveau code de commerce libanais, art. 105, donne une énumération plus complète comprenant notamment le droit de céder le titre.

⁶⁹ *Supra*, n° 25.

31. Le demandeur soutient toutefois que la nature juridique spécifique des droits et intérêts des particuliers lésés est sans importance au point de vue du droit de la protection de l'Etat dont ils sont les nationaux.

Il n'y a pas de doute que, dans l'instance internationale, l'Etat demandeur « fait valoir son droit propre ». Il n'intervient pas *in favorem tertii*. Mais serait-il moins vrai que ce droit est celui « de faire respecter, en la personne de ses ressortissants, le droit international »? Les deux termes figurent dans l'arrêt souvent invoqué de la Cour permanente de Justice internationale de 1924 dans l'affaire *Mavrommatis*⁷⁰. N'est-ce pas à dire que le droit de l'Etat demandeur est à la mesure du droit individuel violé et, partant, soumis aux mêmes conditions d'exercice?

Sans doute, faut-il ajouter, la responsabilité de l'Etat n'est pas nécessairement restreinte à l'hypothèse d'un préjudice causé à ses ressortissants. Mais quand un préjudice est à l'origine de cette responsabilité, le préjudice individuel ne peut être démuné d'effet sur l'exercice de cette responsabilité.

32. Afin d'octroyer l'action judiciaire à l'Etat national des actionnaires, peut-on recourir ainsi que le soutient également le demandeur, sinon à un droit formel, du moins à la notion d'intérêt?

Les griefs que la Belgique formule à l'égard de l'Espagne et qui ont été exposés au cours des débats sur le fond, sont qualifiés par le demandeur, les uns de dénis de justice, les autres d'abus de droit. L'abus de droit, de même que le déni de justice, est un acte internationalement illicite, contrairement à l'opinion à laquelle semble se rallier le Gouvernement espagnol. Il est consacré par un principe général de droit dégagé des systèmes juridiques de l'ensemble des nations⁷¹. Le demandeur voit, en outre, dans certaines de ses manifestations, un détournement de pouvoir à retenir par le droit des gens, motif pris de ce que les droits dont l'abus a été censuré par la jurisprudence internationale sont, comme en droit administratif interne, des pouvoirs ou des compétences. Cette doctrine ne peut qu'être approuvée. Mais s'ensuit-il que l'institution de l'abus de droit dans le domaine international ait pour but, comme le détournement de pouvoir en droit interne, la sanction d'un droit ou d'un intérêt objectif distinct du droit ou de l'intérêt subjectif de l'Etat individuellement pris⁷²? Une étude aussi complète que possible de la notion d'intérêt est nécessaire pour la solution de cette question et pour déterminer, chemin faisant, les domaines respectifs en droit international des deux conceptions objective et subjective de l'intérêt.

⁷⁰ C.P.J.I. série A n° 2, p. 12.

⁷¹ Opinion individuelle précitée de l'auteur, n° 35, p. 136, *in fine*.

⁷² Cf. la référence du professeur Rolin, dans sa plaidoirie du 16 avril 1969, au cours du professeur Guggenheim de 1949 à l'Académie de droit international.

33. On évoque, en droit privé, le vieil adage: « Pas d'intérêt, pas d'action », tout en lui attribuant une acception quelque peu différente de celle que lui donnait l'institution des *Actions de la loi* en droit quiritaire romain. Avec plus de raison affirme-t-on que « l'intérêt est la mesure de l'action ». Mais de quelque formule que l'on se réclame, cela ne veut certes pas dire que le sort de l'action est si intimement lié à l'intérêt du demandeur que l'on puisse en déduire que tout intérêt est susceptible de donner lieu à une action. Ne faudrait-il pas, au contraire, pour y donner ouverture sur le plan international comme dans l'ordre juridique interne, que l'on se trouve en présence d'un intérêt qui serait, selon le mot de Jhering, un intérêt légitimement protégé, ou plus justement, suivant la jurisprudence la plus récente en droit privé, un intérêt légitime juridiquement protégé?

D'autre part, si l'intérêt en droit privé doit être, en principe, direct et personnel, devrait-il en être de même en droit international pour autoriser une action judiciaire?

Cela reviendrait à dire que la protection diplomatique est subordonnée à deux conditions: que l'intérêt du réclamant soit un intérêt légitime juridiquement protégé et qu'il soit, en même temps, direct et personnel.

34. Il semble que l'on doive, pour répondre à ces deux questions et frayer la voie à la solution du cas des actionnaires, rappeler les différentes actions auxquelles un droit ou un intérêt peut donner ouverture, à savoir:

- a) l'action individuelle exercée sur le fondement d'un droit ou d'un intérêt subjectif;
- b) l'action sociale, au nom d'une société érigée en personne morale, exercée de même sur le fondement d'un droit ou d'un intérêt subjectif, celui de la société elle-même;
- c) l'action exercée pour la défense d'un intérêt collectif ou général, cet objectif consistant en la sauvegarde de la légalité, ou dans le respect dû à des principes d'ordre international ou humain, traduits en normes juridiques impératives (*jus cogens*).

Cette distinction m'a paru essentielle pour la discussion, notamment afin d'éviter la confusion entre l'intérêt individuel et l'intérêt général que la Partie défenderesse a relevée dans la sentence en l'affaire *El Triunfo* et dans l'arrêt relatif au *Cameroun septentrional*.

* * *

Il est généralement admis que l'existence d'un droit ou d'un intérêt juridiquement protégé est une condition à l'exercice de chacune de ces actions. La question ne fait pas de doute en droit privé, qu'il s'agisse d'une personne physique ou d'une personne morale. On conviendra, en conséquence, qu'il serait paradoxal que le droit des gens, dont l'une

des fonctions est de suppléer, le cas échéant, dans les rapports entre Etats, aux défaillances de leur droit interne, puisse donner à l'Etat endossant la réclamation de ses ressortissants, accès à la juridiction internationale du chef d'un intérêt qui ne serait pas juridiquement protégé en vertu de la *lex fori*. Et par une analogie certaine, l'Etat agissant *proprio motu*, pour la défense d'un intérêt personnel ou d'un intérêt collectif, ne doit pas moins justifier d'un intérêt légitime juridiquement protégé.

On peut constater, en conséquence, l'identité de vues sur ce point — celui de l'intérêt légitime juridiquement protégé — entre les deux ordres juridiques national et international portant respectivement sur les deux aspects subjectif et objectif de la notion d'intérêt.

La question restant à débattre est donc celle de la preuve que l'intérêt dont se prévaut la Belgique est un intérêt légitime juridiquement protégé. Cette preuve ne peut être rapportée dans le cas présent puisqu'il faut revenir à la *lex fori* qui ne confère pas la protection juridique à un tel intérêt.

35. L'identité de vues constatée ci-haut existe-elle aussi en ce qui a trait à la nécessité d'un intérêt personnel et direct?

S'il est question de la troisième action mentionnée ci-dessus — celle fondée sur un intérêt général, ou un intérêt international ou humain de caractère objectif — cette condition ne serait pas exigée, ainsi qu'il ressort de l'arrêt précité du 21 décembre 1962 et des opinions des juges dissidents dans l'arrêt du 18 juillet 1966. Cet arrêt de 1962 constitue un arrêt définitif comme l'ont établi à suffisance lesdits juges dissidents, et pourrait être considéré aussi comme un arrêt de principe consacrant le concept de l'intérêt général ou collectif, qui justifie l'action qu'un Etat membre d'une organisation internationale telle qu'autrefois la Société des Nations et aujourd'hui les Nations Unies, peut engager en vue de la défense des buts de cette organisation touchant l'ensemble de ses adhérents, dont les intérêts se présentent souvent en communion parfaite avec ceux de l'humanité entière⁷³. Le principe que traduit cet arrêt, sous-jacent dans maintes conventions allant de l'article 22 du traité de Versailles et des Actes du Mandat aux traités relatifs aux minorités et à la convention sur la prévention et la répression du génocide, et confirmé explicitement par la pratique des Nations Unies⁷⁴, se retrouve dans l'avis consultatif rendu en 1951 par cette Cour sur la question des réserves à ladite convention, aux termes duquel: «les Etats contractants n'ont pas d'intérêts propres; ils ont seulement, tous et chacun, un intérêt commun⁷⁵. Aussi M. I. Forster pouvait-il s'élever avec force contre l'idée que «l'intérêt juridique puisse s'enfermer dans

⁷³ Dans son opinion dissidente précitée, M. I. Forster qualifie justement de détournement de pouvoir les agissements de l'Afrique du Sud contraires au but du Mandat sur le Sud-Ouest africain ou Namibie. (*C.I.J. Recueil 1966*, p. 481.)

⁷⁴ *Supra*, n° 20.

⁷⁵ *C.I.J. Recueil 1951*, p. 23.

le carcan de l'étroite conception classique de l'intérêt juridique personnel de l'Etat demandeur ⁷⁶ ».

36. Par contre, si l'Etat demandeur ne se présente pas pour la protection d'un intérêt collectif, mais se plaint d'un préjudice dont il aurait souffert en tant que sujet de droit, il va de soi qu'il n'aurait accès auprès de la juridiction internationale, pour revendiquer un droit subjectif, que sur le fondement d'un intérêt personnel et direct.

A cette hypothèse doit être assimilée celle où l'Etat aurait endossé la réclamation d'un ressortissant ainsi que cette Cour l'a précisé, après la Cour permanente de Justice internationale, dans son arrêt du 6 avril 1955 en l'affaire *Nottebohm*, aux termes duquel :

« 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 Etat fait, à vrai dire, valoir son propre droit, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants, le droit international ⁷⁷ ».

En d'autres termes, c'est sur le fondement d'un droit ou d'un intérêt subjectif que l'Etat agit en endossant la réclamation d'un de ses nationaux, ce national fût-il une personne juridique telle qu'une société commerciale. Car aucune assimilation n'est à faire entre l'action sociale de celle-ci et l'action fondée sur un intérêt collectif. Si la société représente un faisceau d'intérêts individuels, l'Etat n'agit pas moins, en prenant fait et cause pour elle, en tant que sujet de droit. Par contre, en se proposant de prendre la défense de l'intérêt général de la communauté internationale ou de la collectivité humaine, il intervient en qualité de membre de cette communauté ou de cette collectivité.

37. Il a été dit que l'action de la Belgique doit être fondée sur un intérêt légitime juridiquement protégé ⁷⁸, tout comme l'action au nom de la collectivité. Mais à la différence de celle-ci, elle doit se prévaloir d'un intérêt personnel et direct.

Ni l'une ni l'autre de ces conditions ne se trouve remplie par la demande de la Belgique d'être autorisée à couvrir de sa protection judiciaire les actionnaires de la Barcelona Traction.

Selon la *lex fori* à laquelle il faut revenir en la matière — à savoir celle de l'ordre juridique commercial — on sait qu'il n'est pas donné à l'actionnaire dans une société de capitaux un droit d'action personnel et direct au lieu et place de l'action sociale *ut universi*, du moment que le préjudice allégué aurait été infligé à la société en tant que telle. Quel intérêt pourrait être le substitut de ce prétendu droit, sinon l'intérêt de l'actionnaire à une gestion de l'entreprise en assurant la prospérité et à la sauvegarde de la valeur économique incluse dans les titres. S'ensuit-

⁷⁶ Opinion dissidente jointe à l'arrêt précité du 18 juillet 1966, *C.I.J. Recueil 1966*, p. 478.

⁷⁷ *C.I.J. Recueil 1955*, p. 24.

⁷⁸ *Supra*, n° 34.

il qu'il jouirait de la faculté d'agir au nom de la société lorsqu'elle a été elle-même l'objet d'un dommage ou d'une perte dus aux avatars de la gestion? Tel ne serait pas le cas en droit interne ⁷⁹, et il n'en devrait pas être autrement en droit international. L'intérêt de l'actionnaire et, partant, celui de l'Etat endossant sa réclamation, pour personnel et direct qu'il soit, n'est pas cependant, ainsi qu'on vient de le voir, juridiquement protégé. La Cour permanente de Justice internationale s'est rangée à cet avis ⁸⁰.

38. Passant à la thèse postulant le cumul de l'action sociale et de l'action individuelle des actionnaires, soutenue par la Belgique, je ne puis que relever l'absence de pertinence des exemples avancés à l'appui de cette thèse, à savoir celui puisé dans l'avis consultatif de cette Cour sur les réparations des dommages subis au service des Nations Unies, ou celui d'un accident d'auto ou d'avion. Ces exemples se heurtent, l'un et l'autre, aux objections que soulève, en l'espèce, l'existence aux termes de la législation nationale, de la personnalité juridique de la société couvrant les intérêts des actionnaires et en assurant la représentation.

En ce qui concerne l'avis consultatif, il est vrai que la réparation des dommages sur la réclamation de l'organisation internationale ne met pas obstacle à celle que solliciterait l'Etat dont le fonctionnaire des Nations Unies est le ressortissant. C'est à juste titre qu'on a pu dire qu'un même acte est susceptible d'engager la responsabilité internationale de son auteur envers plusieurs sujets de droit s'il porte simultanément atteinte à leurs droits respectifs. Mais la doctrine de l'avis consultatif diffère essentiellement de la thèse soutenue par le demandeur concernant

⁷⁹ Voir, à cet effet, la doctrine et la jurisprudence françaises qui n'admettent l'exercice de l'action judiciaire en raison de la dépréciation des titres corrélativement à la décroissance de l'actif social qu'en cas de faute des administrateurs, ainsi qu'il a été souligné *supra*, n° 27.

Cf. G. Ripert, *Droit commercial*, 5^e éd., par R. Roblot, tome I, nos 1327 et 1328; Solus et Perrot, *op. cit.*, n° 277, et la jurisprudence à laquelle ils se réfèrent.

Et pour le droit anglo-américain, E. Beckett, « Diplomatic Claims in Respect of Injuries to Companies », dans *Transactions of the Grotius Society*, vol. XVII, p. 192 et 193, qui signale le cas exceptionnel des administrateurs fautifs comme une règle qui se retrouve dans le droit de la plupart des Etats.

Enfin dans le droit conventionnel on peut citer la convention conclue entre la République Malgache et la société d'Ugine aux termes de laquelle les parties « ne considéreront pas comme contraire à leurs engagements réciproques toute réduction d'activité résultant d'aléas techniques graves ou de l'évolution de la conjoncture économique générale ».

⁸⁰ Arrêt dans l'affaire *Oscar Chinn*, C.P.J.I. série A/B n° 63, p. 88: « Aucune entreprise, surtout une entreprise de commerce ... dont le succès est lié au cours changeant des prix et des tarifs, ne peut échapper aux éventualités et aux risques qui sont le résultat des conditions économiques générales. Certaines industries peuvent faire de grands profits dans une époque de prospérité générale ou bien en profitant d'un traité de commerce ou d'une modification des droits de douane; mais elles sont aussi exposées à se ruiner et à s'éteindre à cause d'une situation différente. »

la réclamation de l'actionnaire concurremment avec celle que présenterait une société commerciale pour un préjudice dont elle a subi elle-même les conséquences. Toute analogie est exclue en raison de cette différence essentielle entre les deux hypothèses, laquelle découle de l'existence de la personnalité morale de la société personnifiant les intérêts des actionnaires; en sorte que le préjudice qu'elle subit est celui-là même dont les actionnaires pourraient se plaindre.

En effet, en considérant que deux sujets de droit, les Nations Unies et l'Etat national du fonctionnaire de cette organisation, ont été simultanément touchés par la lésion que celui-ci a subie, peut-on en déduire qu'au sens de l'avis consultatif il n'y a eu qu'un seul dommage? Il ne le semble pas. Le même acte a causé deux dommages distincts dont les réparations peuvent être cumulées, tout comme l'accident dont il a été fait mention. Alors que c'est un préjudice unique qui atteint la société, lequel ne peut donner lieu qu'à une unique réparation, et que pourrait réclamer soit la société, soit l'associé ou l'actionnaire dans des conditions qui ont déjà été examinées.

Faut-il ajouter que l'article 62 du Statut de la Cour qui prévoit l'intervention est hors de cause? Il n'est pas question en l'espèce d'une règle de procédure, mais du droit d'action du chef d'un même acte internationalement illicite.

39. Tout concourt à démontrer, au terme de cette discussion, que la protection diplomatique des actionnaires lésés par un Etat tiers ne s'est pas constituée en coutume internationale manifestée sans équivoque ni ambiguïté par la trame des précédents en formant l'élément matériel, et définitivement établie par la conjonction de cet élément avec l'élément psychologique de l'*opinio juris*.

Cette conclusion est renforcée par l'opinion déjà rapportée que se font une multitude d'Etats — Etats nouveaux et d'autres, très nombreux, en voie de développement — sur l'application de la protection diplomatique dont ils n'accueilleraient les règles que dans la mesure où celles-ci tiennent compte de leur état de sous-développement, de subordination économique et de stagnation sociale et culturelle où les ont laissés les puissances coloniales et où ils risquent de demeurer longtemps face aux puissances fortes de leur industrie, de leur technique et de leur culture.

Cette opinion a été simultanément exprimée par les représentants des Etats du tiers monde à l'Assemblée générale des Nations Unies (Sixième Commission) à la Commission du droit international, au Comité juridique consultatif afro-asiatique, à l'Institut de droit international, dans les écrits des auteurs⁸¹.

⁸¹ Voir S. Prakash Sinha, *op. cit.*, p. 92 à 94. Voir aussi J. N. Hazard, dans *American Journal of International Law*, vol. 55, 1961, p. 118, qui y écrit: « Some of the states where investments have long existed have come to relate these investments in their minds with conditions now politically abhorred. »

Ainsi le Comité juridique afro-asiatique, réuni en 1966 à Bangkok, soulignait l'importance de ce problème en rappelant les interventions d'un certain nombre de délégués à la Sixième Commission de l'Assemblée générale en 1964, aux termes desquelles

« les règles relatives à la responsabilité des Etats et à la protection des investissements étrangers ont profondément affecté la situation des Etats nouveaux ou économiquement faibles, ces règles ayant été établies en partie contrairement à leurs intérêts ⁸² ».

Quand à l'Institut de droit international, il eut à étudier en 1967 à la session de Nice, le problème des investissements dans les pays en voie de développement. Les juristes du groupe afro-asiatique qui ont participé aux travaux de cette session ont exprimé l'opinion de leur groupe en répondant par la négative à la question de savoir si « les actionnaires sont en droit de demander la protection diplomatique de leur Etat au cas où la société dans laquelle ils ont investi ne peut ou ne veut pas la demander elle-même à l'encontre du pays en voie de développement ⁸³ ».

40. Il semble définitivement établi que les précédents pouvant être mis à contribution dans le dessein d'étendre la protection diplomatique aux actionnaires indirectement lésés par un Etat tiers sont manifestement insuffisants. Sans doute ressort-il des termes explicites de l'article 38, paragraphe 1 b) du Statut de la Cour, que la pratique dont il est possible de dégager la coutume générale est celle de la généralité et non de l'unanimité des Etats. Mais on en est encore loin, compte tenu de l'abstention ou de l'opposition dont il a été fait état lors de l'analyse de la pratique diplomatique ou conventionnelle, ou de l'exposé de la doctrine ⁸⁴. Il n'en résulte certes pas que la généralité des Etats a déjà accueilli une telle coutume. A plus forte raison en est-il ainsi si l'on prend en considération, comme il se doit, l'opposition massive des Etats nouveaux ou en voie de développement, lesquels constituent la majorité des membres de la communauté internationale. Une coutume générale, sommes-nous persuadés, ne peut plus désormais être reçue en droit international sans que soit strictement tenu compte de l'opinion ou de l'attitude des Etats du tiers monde.

⁸² *Brief of doc.*, t. IV, p. 269.

⁸³ *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1967, I, p. 464, 471, 519 et 526, avec les opinions de l'Inde (M. Nagendra Singh), de l'Irak (M. Kamil Yasseen) et de la Turquie (M. Nihat Erim).

A noter aussi le propos du professeur Rolin à cette même session de l'Institut :

« Ce n'est donc pas la protection du capital comme tel que doit poursuivre l'Institut, mais celui-ci se doit d'encourager les investissements au profit des pays en voie de développement en donnant des garanties de part et d'autre, tant à ces pays eux-mêmes, pour éviter un néo-colonialisme économique amenant leur sujétion aux pays riches, que pour mettre les investisseurs à l'abri de certains risques. » (*Ibid.*, p. 414.)

⁸⁴ *Supra*, n^{os} 12 à 20, 22 et 23.

41. Deux autres questions on été discutées :

A. Celle de savoir si l'Etat national des actionnaires peut intervenir pour la défense de sa fortune nationale, fortune dont les actions des sociétés constituent un des éléments.

B. S'il peut le faire dans le cadre de la protection juridique de l'intérêt que l'Etat porte au commerce international

Dans l'un et l'autre cas l'Etat jouirait d'un double droit d'action: celui qui découle de la fiction, conçue par la doctrine et accueillie par la jurisprudence, selon laquelle l'Etat en prenant fait et cause pour ses nationaux exerce son propre droit; et celui qui lui serait attribué en tant qu'il protège la fortune nationale ou les intérêts du commerce international.

Cette double action suppose-t-elle deux dommages dont l'Etat cumulerait la réclamation, ou un dommage unique dont l'Etat réclamerait la réparation à un double titre?

Les actions d'une société appartenant à des nationaux étant au nombre des éléments qui constituent la fortune nationale, l'action de l'Etat pour la protection des droits de ses nationaux et celle se proposant la protection de la fortune nationale seraient motivées par un dommage unique affectant le même objet envisagé sous deux angles différents, soit: la partie ou le tout.

Cela constaté, l'Etat ne pourrait revendiquer deux réparations différentes, l'une pour le tort causé à ses nationaux, l'autre en faveur de la nation — la composante de ces mêmes nationaux — dont l'économie aurait été affectée. C'est le cas de dire, comme précédemment⁸⁵, qu'un cumul d'action ne serait pas concevable qui accorderait, pour un seul et même préjudice, une première puis une seconde réparation.

D'autre part, ce prétendu droit d'intervention soulèverait les mêmes objections que dessus concernant le prétendu droit d'action au nom des actionnaires lésés par un Etat tiers, à savoir l'inexistence d'une règle l'autorisant, reçue en droit international.

L'opposition des Etats nouveaux, ou en voie de développement, dont on connaît déjà l'influence déterminante sur l'évolution du droit des gens et la formation de ses règles, serait au surplus bien plus forte relativement à l'admission d'une règle juridique autorisant l'extension de la protection diplomatique, au-delà des intérêts des actionnaires ayant souffert d'un préjudice du fait d'un Etat tiers, à l'intérêt de l'économie générale de l'Etat national de ces derniers ou à celui qu'il porte au commerce international.

On sait que J. L. Brierly, sans se risquer aussi loin que G. Scelle, ou que les juristes latino-américains, était partisan de la reconnaissance en certains cas de la personnalité internationale de l'individu. Il disait que

« La doctrine orthodoxe, en insistant sur ce que seuls les Etats peu-

⁸⁵ *Supra*, n° 38.

vent avoir des droits ou des devoirs internationaux, conduit à penser qu'un préjudice causé à un citoyen individuel dans un Etat étranger est un préjudice causé à son propre pays ... et cette mystérieuse quoique puissante abstraction, « l'honneur national », y est facilement impliquée ⁸⁶ ».

Et M. Ph. Jessup de reprendre la conclusion de M. Brierly, disant que la reconnaissance des droits de l'individu tendrait aussi à mettre en échec « la grave menace que constitue le fait, pour les Etats, de servir des intérêts économiques privés qu'ils identifient avec les intérêts nationaux ⁸⁷ ». Et il semble bien que cette identification et la conception de l'honneur national aient été à l'arrière-plan, sinon le motif déterminant, des interventions armées survenues au cours de l'histoire en Amérique latine, en Afrique et en Asie.

La menace ne serait-elle pas encore plus grave si l'Etat, en endossant les intérêts individuels de ses ressortissants, cumulait leur réclamation avec celle attribuée à la nation pour la défense de ses intérêts économiques ou de ses intérêts généraux dans le commerce international?

42. A défaut d'une règle de droit positif légitimant le *jus standi* de la Belgique, cette dernière se retourne vers l'équité pour y trouver une justification à sa réclamation.

C'est à tort que la Partie demanderesse a vu dans les sentences rendues par application de la convention générale de 1923 entre les Etats-Unis et le Mexique une référence à l'équité comparable à celle évoquée par l'arrêt de cette Cour de 1969 relatif au *Plateau continental de la mer du Nord*. La convention précitée invite les tribunaux arbitraux qu'elle a institués à se fonder sur la justice et l'équité. Cette expression, justice et équité, qui a figuré dans de nombreux accords ou compromis, a toujours été considérée comme impliquant l'autorisation de se prononcer *ex aequo et bono*. Alors qu'on ne devrait manifestement voir dans la référence à l'équité contenue dans l'arrêt susmentionné de cette Cour, ainsi qu'il est précisé dans l'une des opinions individuelles y annexées ⁸⁸, que l'équité *praeter legem* dans le sens que lui donnait Papinien, l'auteur de cette locution; autrement dit, non point une activité extra-judiciaire comme l'est la solution *ex aequo et bono* d'un litige aux termes de l'article 38, *in fine*, du Statut de la Cour, en vue de combler une lacune *sociale* du droit, mais une source subsidiaire du droit des gens dégagée, comme un principe général de droit, du paragraphe 1 c) dudit article, à laquelle il est fait appel afin de pallier les insuffisances du droit international et en combler les lacunes *logiques*.

Si l'examen des faits de la présente cause avait révélé une lacune logique

⁸⁶ J. L. Brierly, *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1928, vol. III, p. 531.

⁸⁷ Ph. Jessup, *A Modern Law of Nations*, p. 99.

⁸⁸ Opinion individuelle de l'auteur, *C.I.J. Recueil 1969*, n° 37, p. 139.

du droit, la Cour aurait été appelée à y remédier dans l'intérêt de la justice. La solution eût vraisemblablement été de recourir, ainsi qu'il vient d'être dit, à l'équité *praeter legem* en tant que principe général du droit dégagé des systèmes juridiques nationaux. Mais la Cour n'est pas en présence d'une lacune logique du droit, puisque les systèmes juridiques nationaux ne prévoient pas la licitation d'un droit accordé en l'espèce à l'actionnaire. La lacune que l'argumentation de la Partie demanderesse tendrait à combler ne serait qu'une lacune sociale que seul un compromis donnant compétence *ex aequo et bono*, que ne comporte pas la présente instance, aurait pu pallier.

L'*equity* des pays de *common law* a été également évoquée à l'occasion de la présente affaire.

Il va de soi qu'il n'est pas question d'identifier l'*equity* d'origine anglaise et l'équité ou *equitas* d'origine romano-méditerranéenne. Mais si un rapprochement est susceptible d'être fait entre ces deux institutions quant à leurs effets respectifs, c'est avec l'équité *contra legem* ou *infra legem* que ce rapprochement peut l'être. On lit en effet dans Snell que l'*equity* peut être définie comme un élément de la justice naturelle⁸⁹. Cette conception de l'*equity* consistant en somme en une possible dérogation au droit *cummun* n'a jamais reçu application en droit international. Le juge international qui s'accorderait cette compétence s'érigerait en législateur. Ses décisions créeraient un climat d'incertitude éloignant les Etats d'une justice dont ils ne peuvent vraisemblablement prévoir le droit applicable. Qui d'ailleurs est plus à même d'en juger que le Gouvernement britannique qui écrivait au Gouvernement des Etats-Unis dans les termes suivants: «Aucun actionnaire n'a un droit quelconque sur un bien quelconque de la société car il n'a sur ces biens aucun intérêt, soit selon le *common law*, soit selon l'*equity*...⁹⁰». En définitive, l'*equity*, tout comme l'équité *contra legem* ou *infra legem*, ne pourrait servir de fondement à une solution judiciaire différente des règles du droit qu'elle tend à modifier que de l'accord des parties acceptant une décision *ex aequo et bono*.

* * *

Telles sont, en souscrivant à l'arrêt de la Cour, les observations complémentaires que j'ai cru devoir ajouter à ses motifs,

(Signé) Fouad AMMOUN.

⁸⁹ «It is possible to define equity as a portion of natural justice...». *Principles of Equity*, 4th ed. by R. E. Megarry and P. V. Baker, p. 9.

⁹⁰ Note du 5 juillet 1928 à propos de l'affaire *Romano-Americana*, Hackworth *Digest*, V, p. 843.