

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

SEPARATE OPINION OF JUDGE AMMOUN

[Translation]

1. At the beginning of his separate opinion in the *Corfu Channel* case, Judge A. Alvarez, alluding to the fundamental changes which have taken place in every sphere of human activity in recent decades, and especially in international affairs and international law, wrote:

"It is therefore necessary to consider what is the present state of that law. We must examine it in connection with the questions raised by the dispute submitted to the Court. That does not mean that this Court should pronounce on all the legal issues which those questions connote; but it seems desirable that one of the judges, at least, should examine them, and that is the task I have set myself in this individual opinion." (*I.C.J. Reports 1949*, p. 39.)

I subscribe to this statement, the more so since the legal questions raised by the case which has been submitted to the Court cannot but feel the effects of the great renovating movement in international law which is evident in the relations between nations and in the activities of international institutions. The development which the modern world is witnessing affects the very structures of international law—including the concept of sovereignty—and even its main sources, namely treaties, custom and the general principles of law recognized by the nations. More than one concept, principle or legal norm of the older classical law has been called into question anew since international co-operation has become common practice, since law has become imbued with morality, and—a point of particular importance—since a considerable number of States have acquired independence and sovereignty, or have siezed them by main force, and have entered into the world community of nations. Linked to this development, which it will be necessary to touch upon, to this dynamism of the law which, it has been said, is a continual creation, is the idea which must be formed of the international responsibility of States, and its corollary, diplomatic protection, upon which the Court is called upon to pronounce.

2. In order to make an exhaustive study of Belgium's *jus standi in judicio* which had been the subject of a preliminary objection, it was recognized by the Judgment of 24 July 1964 as indispensable to refer to certain points of fact and of law relating to the merits of the case, although *jus standi* does not thereby lose its character as an objection.

Belgium has however questioned whether, in view of the subject of the

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 doctrine ¹. 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.

dispute between the Parties, which it contends deals only with the conditions and limits of the international responsibility of a State towards the foreign shareholders in a commercial holding company, it is possible to speak of a preliminary objection on this point. In other words, what is being debated as a preliminary issue is, it is said, international responsibility, rather than diplomatic protection.

In order to reply to this question, it is sufficient to add to the arguments appearing in the aforementioned Judgment that the right of diplomatic protection, so far as it materializes in a legal action, is to be distinguished from the substantive right which the applicant State claims to have re-established. The question thus involves the distinction between the subject-matter of the action and the subject-matter of the right claimed, a distinction about which legal writers are generally in agreement¹. An objection, considered in opposition to the setting in motion of a legal action, should not be confused with a defence concerning the right at issue. There would in fact be an internal contradiction in the fact of confusing two different things in the concept of a claim, namely its admissibility and its validity. Proof that an applicant has the status required to exercise legal power, or that he has a right entitling him to bring the matter before a court, may, as in the present case, involve raising questions which are not unrelated to the merits, but it cannot have any influence on the nature of the action, or the nature of the objection to the exercise thereof.

At all events, the joinder of the objection to the merits justifies, so far as this may be necessary, extending the present study beyond diplomatic protection to include international responsibility.

3. That much having been said, the solution to the problem of *jus standi*, which calls in question the principle of international responsibility and the rules of diplomatic and judicial protection designed to give effect to that principle, is clearly linked to the overall problem of the development of modern international law in the face of recent transformations in international life. This is a burning question of today, the more complex in that it is conditioned by the essential needs of various peoples, ever since nations have emerged from dependence with interests which are manifold and often difficult to reconcile among themselves or with those of the other nations of the world. This problem must therefore not be lost sight of throughout the present opinion.

* * *

The radical transformations which have occurred in economic affairs in the last half-century, the constantly increasing expansion which has marked the recent decades in a world undergoing rapid social and political development, and the new problems to which these changes have given rise, call for a corresponding development of juridical structures. The

¹ Solus and Perrot, *Droit judiciaire privé*, Vol. I, pp. 94-107, and the Italian and German writers on Continental law to whom they refer.

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 passé ². 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 internationale ³. »

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.

law, a rigid conservative kind of law, cannot adapt the emerging reality to sacrosanct rules rooted in the remote past. It must, on the contrary, adapt itself to the imperious needs of an international society which is moving towards universalism; it must adapt itself thereto in order to avoid confrontation between peoples, and lest it lose its footing in the upward march of progress towards better justice and the common aspiration towards the ideals of prosperity and peace.

It is well known that the established lead taken by facts and events over the law has had to be corrected more than once in the past ². In the sphere of international law, the adaptation of law to factual situations, rendered necessary by the political change which had world-wide repercussions in the middle of this century, was largely accomplished by the solemn enunciation of the principles and purposes of the United Nations. The implementation of these has however been more effective within the political organs of the world Organization than it has been in the domain of international tribunals where problems have arisen on the legal level as a result of the breach between law and social reality. Thus it is in the interests of justice and of law that these problems should be approached with a clear vision of the meaning of history and an overall picture of a world from which no-one should henceforth be excluded, no matter how late he has come on the scene.

This situation could however not escape the foresight of the International Court of Justice. Thus the Advisory Opinion which it delivered in 1949, in connection with the reparation for injuries suffered in the service of the United Nations, must be given its full significance; it stated that: "Throughout its history, the development of international law has been influenced by the requirements of international life ³."

This observation is more topical than ever. International life is being influenced by those States which have now rounded out the circle of the community of nations, increasing the number thereof almost threefold. International law cannot leave out of account the aspirations of the world in which henceforth it has its existence, and it is significant that these States are manifesting a certain amount of impatience tinged with apprehension.

We shall see later what their attitude has been with regard to the rules concerning the responsibility of States and diplomatic protection.

² In Rome, by the intervention of the Praetor whose edict, idealistic in outlook, supplemented the formalistic quiritary law, which had lagged behind the development of the quasi-international structures of the Empire; by the blossoming of Moslem law, freed from all outgrown formalism and all illusory symbolism, which set its seal on the basic transformation of legal concepts in most of the countries under its sway; and nearer to our own day, in the United Kingdom and those countries which adopted its law, with the institution of equity which plays an important part in making up for the insufficiencies of the common law; lastly, by the complete renewal of law in the Socialist countries in order to keep pace with the advent of a new ideology and a new way of life which have broken radically with the past.

³ *I.C.J. Reports 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).

4. The problems confronting the world, now that a large-scale political emancipation of the dependent peoples has been carried out, are those relating to the establishment of economic and social justice and to development. According to one of the great African leaders, President L. S. Senghor, "legal independence without economic independence is but a new form of dependency, worse than the first because it is less obvious"⁴. The Director-General of FAO recently warned the world about the dangers of a world-wide famine in the next 24 to 28 years, unless production is increased in the developing countries. And more recently the Symposium of African archbishops and bishops, which was brought to a close on 1 August 1969 by the Sovereign Pontiff, roundly denounced the increase in the riches of some through the exploitation of the poverty of others⁵.

This problem arises particularly in connection with the great economic, commercial and financial undertakings which have multiplied and grown beyond the confines of their respective countries in such a way as to necessitate a parallel development of international law. International law should certainly avoid trying to fit their action into outworn forms; it should work to bring about a just protection of their interests in the bitter but beneficial struggle of international competition⁶.

On the other hand, the law should be no less concerned with the interests of the countries to which those powerful undertakings and the companies controlling them—trusts or holding companies of pyramidal structure—extend their activities, thereby certainly rendering appreciable

⁴ Extract from his address to the United Nations General Assembly in New York on 31 October 1961 (Official documents of the General Assembly, Plenary Meetings, Vol. II, p. 540).

See in this connection I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 1966, p. 485. He writes: "... The concept of self-determination has been applied in the different context of economic self-determination."

G. I. Tunkin considers that: "... respect for State sovereignty finds itself compatible with ... a *de facto* dependence of the smaller States upon the bigger ones, since their economic dependence means that their sovereignty is merely formal". (*Droit international public*, published in co-operation with the Centre français de la recherche scientifique, p. 237 [Translation by the Registry].)

⁵ *Le Monde*, 2 August 1969.

Reference may also be made to the conclusions of E. McWhinney who writes:

"It becomes clear that the development and completion of a viable system of international *ordre public* in the last third of the century will depend to a considerable extent upon the efforts made to bridge the gap in prosperity that exists between on the one hand the countries of the Soviet bloc and the West, and the Third World on the other" (Latin America, Africa and Asia). *Revue générale de droit international public*, 1968, p. 341. [Translation by the Registry].

⁶ Cf. what was said by Mr. Haroldo Valladão, the then President of the Session of the Institut de droit international, referring to—

"the power of the international companies with investments in the developing countries, [which] has given rise to a special treatment for such investments". (*Annuaire de l'Institut de droit international*, 1967, II, p. 432 [Translation by the Registry].)

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

service to the economy of the host countries, but also exposing that weaker economy to dangers which it ought to be spared. The States of the Third World showed insight when they agreed to insert in the 1960 Declaration on the Grant of Independence the provision:

“affirming that peoples may, for their own ends, freely dispose of their natural wealth and resources without prejudice to any obligations arising out of international economic co-operation, based upon the principle of mutual benefit and international law”. (UN Doc. A/4684, p. 66.)

One cannot help thinking, in this connection, of the large companies which continue to undertake the exploitation of the natural resources of the less developed countries, including their agricultural, timber and mineral wealth, their oil production, and also their transport and other public or municipal services. An equitable sharing of the profits is mandatory. The anxieties of the countries whose resources are being exploited by means of foreign technical and financial co-operation are deeply felt, as will be seen below in connection with the application of diplomatic protection and its possible extension, as in the present case, to new situations, with a view to the increased protection of foreign interests.

The development of international law cannot therefore have as its sole or principal object the protection of foreign nationals and of the international economic activities of the industrialized Powers. It must set itself an objective which is more comprehensive and more just, and a more equitable and more humanitarian ideal, in which the material and intangible interests of the weaker and deprived peoples are factors to be taken into account.

* * *

5. In this connection, it is essential to stress the trends of Latin-American law and that of Asia and Africa, and their undeniable influence on the development of traditional international law.

It seems indeed that among the principles and norms which have sprung from the regional law peculiar to Latin America are the norms and principles whose aim is to protect countries in that part of the world against the more powerful industrialized States of North America and Europe.

An Afro-Asian law also seems to be developing as a result of the same preoccupations, springing from the same causes. In the field of the responsibility of States and of diplomatic protection, the same points of view have been adopted in the countries of the three continents, thus initiating a form of co-operation which will not be of slight effect on the renewal of law ^{6a}.

^{6a} This co-operation received an initial implementation, as regards the effect of

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.

The first reaction to the rules of traditional law came however from the countries of Latin America; witness the vehement speech made by Mr. Seijas, a former Venezuelan minister, at the 1891 Session of the Institut de droit international at Hamburg, which was no mere display of bad temper. Evidence of this too is the appearance of the Calvo Clause, excluding recourse to international adjudication in favour of internal remedies, on which the jurists of Latin America have never compromised, because of their lack of confidence in diplomatic protection as conceived by traditional law and the practices of western nations. This reaction on the part of the Latin American States would, moreover, explain their opposition from 1948 onwards to the draft insurance guarantee agreement proposed by the United States, providing for the exercise of diplomatic protection by that power without local remedies having been exhausted ⁷.

This attitude on the part of the Hispanic States, which is shared by the Afro-Asian States, is the more readily understandable if the extra-legal forms and means to which diplomatic protection formerly had recourse are borne in mind. It will be recalled that the claims of great States and their nationals abroad often led, during the period preceding the renewal of the law consequent upon two world wars and the creation of a means of international adjudication, to acute conflicts and to acts of deliberate violence going so far as armed intervention and permanent occupation ⁸, or to demonstrations of force ⁹, against which the Drago doctrine, which was endorsed by the Pan-American Conference of 1906 and has since become one of the basic principles of Latin American international law, has, since 1926, reacted not without success. Recourse to force, subject to an offer of arbitration, was nevertheless tolerated by The Hague Peace Conference of 1907, which admitted intervention *sub modo* by virtue of the Porter Convention, against which Convention Drago and his Latin American colleagues vainly protested at the Conference. This was not the

economic facts on international law, at the United Nations Conference on Trade and Development held in Geneva in 1964, where 77 Latin American, African and Asian States resolved to meet and negotiate through the intermediary of common spokesmen.

⁷ Mexico had been forced to agree in the 1923 Convention with the United States not to avail itself of the condition of the prior exhaustion of local remedies.

See in this connection the relevant speeches to the Institut de droit international by Mr. Haroldo Valladão and Mr. Kamil Yasseen and by Mr. Jiménez de Aréchaga, who rightly points to the discrimination which the exclusion of prior recourse to local remedies would entail (*Annuaire de l'Institut de droit international*, 1967, II pp. 431, 432, 435-436).

⁸ Occupation of China's western provinces—which brought on the Boxer Rebellion of 1900, of Tunisia from 1881 to 1956, of Egypt from 1882 to 1954 and of Mexico from 1859 to 1866, the conquest of which took the form of the installation of the ephemeral Mexican Empire (P. C. Jessup, *A Modern Law of Nations*, p. 113).

⁹ Against more than one Latin American State: Argentina, Paraguay, Mexico, Brazil, Cuba, Nicaragua, Colombia, Haiti, the Dominican Republic, Venezuela, etc. The Ottoman Empire was also an example (referred to in footnote 64 below).

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 satisfactoire 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.

least of the contradictions which attended it, contradictions which bespeak the still predominant influence of the colonialist era. Accordingly, one is entitled to suspect certain arbitral decisions of having been agreed to or accepted under duress, those decisions having been preceded by ultimata or menaces or by a deployment of force more or less in the spirit of the said Conference, which was struggling to free itself from a tyrannical tradition ¹⁰.

If the Drago doctrine has finally triumphed, and if the Porter Convention, on the insistence of Mexico, expressing Latin American opinion at the Chapultepec Conference in 1945, is now recognized as incompatible with the terms of Article 103 of the United Nations Charter, it is nevertheless the case that many decisions have not avoided all confusion between reparation *stricto sensu*, as in private municipal law, and the "satisfaction" demanded by powerful States, which gives reparation *lato sensu* the character of a measure aimed at deterrence or punishment ^{10a}. This right to punish, which is arrogated to themselves by certain States, and to which such eminent writers as Bluntschli, Liszt and Fauchille, as well as a 1927 resolution of the Institut de droit international have lent their authority, seems to have been rejected by Anzilotti, who noted that in all forms of reaction against the unlawful act there were present "... an element of satisfaction and an element of reparation, the notion of punishment of the unlawful act and that of reparation for the wrong suffered" ¹¹. Thus, the opposition of Latin American or Afro-Asian jurists to the western conception of responsibility and diplomatic protection is founded not only on memories of a painful past, but also on serious apprehensions.

The development of Latin American thought concerning diplomatic protection and its limits must be particularly stressed in the present discussion, on account of the influence which it can have on the development of that institution. This thought is at present centred on the following aspects of the problem:

A. The 20 States of South and Central America all reject the rule laid down by Vattel and endorsed by the Permanent Court of International Justice, according to which the right of diplomatic protection is "to ensure, in the person of its subjects, respect for the rules of international law". They hold it to be a fiction, which one of their most eminent jurists,

¹⁰ Of the 44 States which took part in the 1907 Conference, there were only four Asian States and one African State.

^{10a} See in this connection the report by Mr. García Amador to the 13th Session of the International Law Commission. (*Yearbook of the I.L.C.*, 1961, Vol. II, paras. 4 to 6, 17, 26, 53, 56, 75, 102, 140, 142 and 145.)

See also the dissenting opinion in the *Corfu Channel* case of Judge Azevedo, who regarded measures of satisfaction as reminiscent of ultimata of a "mediaeval" nature (*I.C.J. Reports 1949*, p. 114).

¹¹ *Cours de droit international* [Translation by the Registry from] Fr. trans. by 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. García 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.)

Garcia Robles, has described as "a product of Hegelian influence, resulting from the expansionism of the nineteenth century"¹². And all these States, at inter-American conferences, in the writings of publicists, in the positions adopted by governments, are united in their efforts for its elimination, on the understanding that the individual's status as a subject of the law is to be recognized, thus enabling him to seek legal redress himself, and not under the cloak of his national State^{12a}. But before what tribunal? Before an American regional tribunal. The resolution submitted to the Inter-American Conference at Buenos Aires and adopted almost unanimously reads: "American legal controversies should be decided by American judges . . . and a correct understanding of acts pertaining to the Americas is more readily to be obtained by Americans themselves".

Since the same causes produce the same effects, the States of the Organization of African Unity wrote into the Addis Ababa Charter the same objective of the creation of a regional tribunal¹³.

The countries of Latin America have gone further still. In 1948 they unanimously adopted a resolution at Bogotá whereby they undertook not to bring a claim before a court of international jurisdiction, not excluding the International Court of Justice^{13a}.

B. The States of Latin America remain firmly attached to the Calvo Clause, which they habitually insert in contracts entered into with foreign undertakings. Their constitutions and laws generally make it compulsory. Their doctrine with regard thereto, founded upon the two principles of equality between States and non-intervention, was forcefully expressed by Judge Guerrero, a former President of the Court, in the report which he submitted on behalf of the Subcommittee set up by the Committee of Experts of the League of Nations to study the responsibility of States. Several non-American countries were not hostile to this point of view. China, Holland and Finland were frankly favourable to it.

¹² At the Third Session of the Inter-American Bar Association, Mr. Garcia Robles won over to the Latin American cause Mr. F. R. Coudert, the North American President of the Association, and all its members.

^{12a} The status of the individual as a subject of the law, which has its supporters outside America, was to a certain extent recognized in the 1926 award by the Mexican-American Commission in the *North American Dredging Company* case.

¹³ E. McWhinney has pointed out that—

"there has in the past been a notable reluctance on the part of numerous States, and, in particular, of the new States, to accept the compulsory jurisdiction of the International Court of Justice, because those States have felt that the Court would apply the old rules, in the elaboration and development of which they had not participated and a great number of which they regarded as unreasonable or unjust" (*op. cit.*, p. 331 [*Translation by the Registry*]).

^{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 of the Pact of 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 vatélienne, 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.

Finally, the United States, which had found in Borchard a vigorous defender of the thesis that the individual cannot dispose of a right which, according to Vatelian doctrine, is that of the State and not his own, allowed itself to be won over, with the inauguration of the "good neighbour" policy of F. D. Roosevelt, to the doctrine of its southern neighbours¹⁴.

C. The Calvo *clause*, which on the other side of the Atlantic is regarded merely as a compromise, was destined to prepare the way for the adoption of the Calvo *doctrine*, which is aimed at nothing less than the abolition of unilateral diplomatic protection in order to substitute for it a protection exercised by the collectivity on the basis of human rights.

The path towards this unconcealed objective is certainly a long and arduous one; its success seems bound up with the progress of mankind towards an inter-American or international organization less removed than the United Nations from the concept of the Super-State.

* * *

It was the more necessary to recall these features of American law in that other States are treading the same path towards the limitation of diplomatic protection. The States of Africa and of Asia, since they too have come to participate in international life, share the same concerns,—as witness the proceedings of the International Law Commission. At its Ninth Session in 1957, Mr. Padilla Nervo stated that:

"... the history of the institution of State responsibility was the history of the obstacles placed in the way of the new Latin American countries—obstacles to the defence of their . . . independence, to the ownership and development of their resources, and to their social integration".

And he added:

"With State responsibility . . . international rules were established, not merely without reference to small States but against them¹⁵."

And Mr. El-Erian, of the United Arab Republic, stressed the twofold consequence of the privileged condition accorded to nationals of Western countries in their relations with the countries of Africa or Asia, which on

¹⁴ See also the important award in the *North American Dredging Company* case in 1926 between the United States and Mexico, which took a clear step in this direction and has since become an authoritative precedent. The Calvo Clause was unanimously upheld in order to dismiss the claim, notwithstanding the provisions of the 1923 Treaty exonerating the claimant from having to exhaust local remedies. The scope of the clause is, however, limited to the individual's right and leaves untouched that of the State in the event of a violation of international law.

¹⁵ *Yearbook of the International Law Commission*, 1957, Vol. I, p. 155.

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.

the one hand had led to the system of capitulations and on the other afforded a pretext for intervention in the domestic affairs of States ¹⁶.

The similarity of the essential views and objectives of the States of the three continents of America, Africa and Asia, and the action they are able to take to develop a positive international law of world-wide ambit, will tend to direct them toward a universalist concept of law and bring them back to a system of international adjudication which will no longer be of an exclusive nature but will, through its effective composition, meet the wishes expressed in the United Nations Charter, which would have it represent the main legal systems and principal forms of civilization of the world.

It is in the light of these preliminary considerations that the connected problem of diplomatic protection and the *jus standi* of the applicant State should have been approached.

6. It is generally recognized that the attribution of nationality to a company, or the recognition of its legal allegiance, on the basis of its *siège social* or of the law of the place of formation or registration, confer upon the national State of the company, by virtue of a rule of law enshrined in jurisprudence and of a constant practice ¹⁷, the right to take action for the reparation of damage resulting, to the prejudice of the company, from an international tort.

Is it, however, necessary in addition that there should exist between the national State and the company a link of effectiveness, consisting of a substantial participation in the company by national capital or of control of the company's management? Since intervention by a State in favour of its nationals is a discretionary act, the practice of States which take up a case for their nationals only on this condition does not give rise to a legal obligation. Furthermore, no less than a dozen arbitral awards reported by Mr. J. de Hocheplé ¹⁸ have held that the nationality of the company alone justified diplomatic intervention. As for those arbitral or judicial decisions that might be cited in support of the concept of effectiveness or connection (*Canevaro, I'm Alone, Nottebohm* cases), they do not amount to precedents affording any analogy based upon essential factors with the question of the nationality of companies in international law. It will be observed in particular that the *Nottebohm* Judgment had to determine a conflict of a particular kind, that of dual nationality. It was based upon concrete facts peculiar to the situation of the former German citizen Nottebohm and his endeavours to "substitute for his status as a national

¹⁶ *Ibid.*, p. 161. See also S. Prakash Sinha, *New Nations and the Law of Nations*, pp. 91-93 and 140.

¹⁷ This practice goes back to the beginning of the nineteenth century, when the United Kingdom intervened with the Kingdom of the Two Sicilies on behalf of 19 companies, and it was endorsed by the Committee of Experts of the League of Nations in 1927. With respect to the jurisprudence, in addition to a number of arbitral awards at the turn of the century, see the *Panevezys-Saldutiskis Railway* case, *P.C.I.J.*, Series A/B, No. 76, p. 16.

¹⁸ *La protection diplomatique des sociétés et des actionnaires*, pp. 95-101.

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.

Cependant, 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.

of a belligerent State that of a national of a neutral State, with the sole aim of thus coming within the protection of Liechtenstein''^{18a}. Does not this reasoning in the Judgment seem to fall into line with the practice of the courts or of the administration, taking into account the motive for the act, of ignoring changes of nationality effected for the purpose of obtaining, for example, a divorce, or changes of religion or belief in order to overcome an obstacle to a marriage or to an election, in a State where seats in the elected chambers are distributed between members of the country's various religions and beliefs.

* * *

The right of protection of the company by its national State being the rule, does this right leave room, in appropriate circumstances, for an action by the national State of the shareholders?

This question relates, within the framework of the third preliminary objection, to the basic legal condition governing the exercise of international judicial protection, in other words, to the existence of a rule of law which would, in the instant case, authorize recourse to a judicial action. It is of a preliminary nature in relation to the fourth preliminary objection, concerning the exhaustion of local remedies, as well as to the other questions raised by the third objection, namely the nationality of the claim and the connected question of the continuity of the nationality and that of legal owners and nominees. It is in fact the legal rule which, in appropriate cases, gives access to the Court. In the absence of this rule, access to the judicial tribunal is denied the claimant, even if his claim be absolutely justified from the point of view of such other questions as might be raised at this preliminary stage of the proceedings.

Since, however, the Court has affirmed the preliminary character of the question of the possible existence of the legal rule, could it embark upon one or other of the subsidiary questions and yet manage to avoid, in the rigour of would-be logical reasoning, disregarding its first decision and, as it were, going back on itself? That decision had the unavoidable consequence of putting an end to the proceedings, and it is not open to anyone to restore it to life in order to embark upon a new discussion which would not only be *obiter dicta*, but would be reasoning based upon an hypothesis which the Court has already rejected, and which would introduce an internal contradiction into the judgment.

This being my point of view on the problem, my separate opinion will deal only with the legal question the solution of which has of itself, to my mind, led to the rejection of Belgium's Application.

7. The question occasions no difficulty if the members of the company or shareholders complain, *ut singuli*, of direct damage, as is generally the case in municipal law; if, in other words, he is injured with respect to his subjective interests, as distinct from those of the company: e.g., in

^{18a} *I.C.J. Reports 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 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.

the case of individual despoilment or discriminatory measures. He is then in the position of any individual claiming the diplomatic or jurisdictional protection of the State of which he is a national ¹⁹.

But what will be the position if the shareholder's claim relates to an indirect injury resulting from a measure which affects the company as such? The charges which may be expressed as denials of justice, abuse of right or misuse of power are those which, according to Belgium, affected the company, beginning with the refusal to allocate foreign currency and the bankruptcy judgment. It is no longer a question of the corporate action to be exercised on behalf of the company, but of proceedings limited to the right or legal interest of the shareholder, to the extent that he is indirectly injured as a result of a measure affecting the company.

* * *

Since the theory of the reality of the personality of companies has generally been abandoned in favour of the theory of artificial or juridical personality, it has seemed to certain writers that arbitral awards have taken a line which, whilst rejecting this fiction to the extent that it is absolute or excessive, has opened a fresh perspective which is in conformity with the international character assumed by numerous companies. As between the right and the fiction, which thus stand opposed to each other, which must give way? Are we not faced with one of those cases where the adjustment of law to the reality of human affairs and to the sense of justice must carry the day?

There is no doubt that the personality attributed to the group of corporate interests was so attributed with a view to giving to the elements contained therein and bonded together thereby, common means of action and effective protection. Accordingly, the moment that that protection proves insufficient, or even harmful, in the field of international relationships, should not legal personality give way, to the extent that this is necessary and possible, in favour of a more realistic concept and one which is more in accordance with the nature of things, that of corporate reality, in order to leave individuals and capital appropriately revealed, in the interest of the community and in their own interest?

Is there not ground for thinking that it is above all in the world of fiction that value-judgments, applied to the law, should be based upon teleological considerations? Jhering stated that: "The end in view is the creator of all law." Let us also recall the proposition of Saleilles, put forward half a century ago, and which is more mandatory than ever: "Nothing is important", he wrote, "other than the object to be attained; often our most learned constructions serve only to compromise the realization thereof." Curiously enough, one of those learned constructions is the legal fiction. A fiction is indeed "a representation which is contrary to the truth". P. Roubier, to whom I owe this formula, recommends

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*.

“direct enquiry as to what is the object of the legal rule which has thus been laid down in this dissimulated form ²⁰”.

It might therefore be considered that the fact of maintaining the fiction of juristic personality contrary to the avowed interest of its component parts would create a situation contrary to the object thereof.

And in fact, however stubborn the fiction of juristic personality may be, as fictions generally are, the diplomatic practice of the creditor Powers and of capital-exporting countries, as well as certain arbitral decisions, have not, after the hesitation prior to the First World War, been slow in accepting, though not without a certain amount of circumspection, the rule which permits the interests of members or shareholders to be dissociated from the abstract personality covering them and given independent consideration—though only where, since the company has the nationality of the respondent State, an action in the name of the company could naturally not be brought against the latter except by local means of redress.

8. However, this arbitral jurisprudence, upon which international courts have not yet had to pronounce, is neither unanimous nor decisive on all points.

In the first place, we must leave out of consideration awards given *ex aequo et bono*, which are not merely without relevance to the present case, but are clearly out of place in this discussion. Thus, it should be recalled that the Special Agreement between the United States and Chile in the *Alsop* case empowered the arbitrator to decide in equity and as *amiable compositeur*. The same was the case with the awards delivered on the basis of the 1923 General Convention between the United States and Mexico, which empowered the arbitral tribunals it set up to decide in accordance with justice and equity, a customary expression for authorizing decisions *ex aequo et bono*.

Nor can account be taken of awards dealing with partnerships, since the personality of the members is not absorbed into the corporate personality, as the personality of the shareholders would be in the case of a joint-stock company ²¹; nor of awards dealing with companies described as “defunct”, or which were obligatorily judged according to the terms of the Special Agreement ²², nor, finally, of awards couched in uncertain or ambiguous terms, nor of awards—in particular those given by heads of State ²³—where the absence of reasons for the decision deprives such awards of any absolute relevance.

²⁰ P. Roubier, *Théorie générale du droit*, p. 116. [Translation by the Registry.]

²¹ Thus, there must be excluded from this discussion the opinion expressed by Mr. Huber in the report of the *Mohammed Ziat*, *Ben Kiran* case, which related to a partnership.

²² The awards in the *Delagoa Bay Railway Company*, *Standard Oil*, *Pierce Oil* and *Sun Oil* cases.

²³ The award of President Grover Cleveland of the United States in the *Cerruti* case and the award of King George V of Great Britain in the *Alsop* case.

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.

The same should be the case for awards suspected of having been given under the influence of other than juridical motives, or which were preceded by a demonstration of power, or by threats on the part of a State which trusted in the force of its arms at least as much as in the force of its rights ²⁴.

* * *

In any case, arbitral precedents and diplomatic practice, supported by part of Western legal writing, do not amount to, as has been said, "a coherent body of doctrine", and consequently do not seem to constitute a custom to the effect that diplomatic protection, and its judicial sequel, might cover damage caused by the national State of a company to shareholders who were aliens in relation to the company. Thus it appears that it is in treaty law that the protection of foreign investments must be sought, whether it be a question of companies which have been obliged to adopt the nationality of the host country, or of nationalizations, "the scandal of the beginning of the century", which followed one another at a rapid rate ever since the First World War, on the part of almost all countries.

9. Be this first hypothesis as it may, namely that of the shareholders who have suffered from the activities of the national State of the company, the problem now to be approached is that of whether diplomatic protection of shareholders is capable of being extended to the situation where the damage is attributable to a third State, as in the present case.

It is of course necessary to exclude at the very outset the possibility of the national State of the shareholders substituting itself for the national State of the company for the defence of the latter, as Belgium claimed to do in its Application filed on 23 September 1958. A bond of legal allegiance connecting the company to the protecting State is a *sine qua non* ²⁵, and this does not exist in this case. The problem must be kept confined within the field of protection of the shareholders themselves. International jurisprudence could not adopt the diplomatic practice by which Belgium seems first to have been inspired, which was that which has been tried more than once by certain Powers, and which may not be unconnected with the outdated theory of control: first by the United States in the *Chilean Alsop Company*, in which the award was given in 1911; then by the same Government in the *Armes automatiques Lewis* case, since from 1927 to 1933 Great Britain had untiringly opposed the action of the United States, which was the national State of the shareholders, acting for the protection of the company, which had been formed under Belgian law; then again by Germany when in 1935 it claimed the right to protect a Mexican company, and finally by France and Great Britain in the

²⁴ *Supra*, Section 5.

²⁵ Above Section 6 and 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-même ²⁶.

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.

dispute concerning the nationalization of the Suez Canal in 1956, when those two powers thought they could intervene, as national States of the shareholders, in defence of a company whose original régime attributed Egyptian nationality to it. In each of these cases, this was to disregard the essential condition of the bond of nationality or allegiance between the State intervening and the entity in whose name it was intervening. The concept of effectiveness, which is not legally required for attribution of nationality to a company, as a condition of diplomatic protection, cannot operate either to transfer to the national State of the shareholders the right of diplomatic protection of the company itself, which right is an attribute of the company's national State. It has of course been pointed out that it was with shareholders' representatives that the United Arab Republic negotiated an agreement concerning the Egyptian Suez Canal Company, as Mr. E. Lauterpacht reports. But those negotiations do not involve recognition of the right to bring an action at law; they amount to an *ex gratia* action, not implying any legal responsibility, as was the case of the provisions of the Agreement of 8 September 1923 between the United States and Mexico which set up the Special Claims Commission.

Thus Belgium refrained, in its Application of 19 June 1962, from claiming to protect the Barcelona Traction company, contrary to what it had done in its first Application, already quoted, of 23 September 1958, and limited its claim from then on to the protection of the shareholders of its own nationality. Since this latter Application was deemed to have lapsed as a result of its withdrawal by the applicant Government, and that Government furthermore made no mention of it in its final submissions, the Court only has to deal with the new Application, independently of the earlier one. This was the effect of the decision of the German-Mexican Commission when it accepted the fresh submissions presented by Germany on behalf of German shareholders, after the error which it had made by claiming the right to protect the Mexican company itself ²⁶.

10. Since the right of the State to protect its nationals who have been injured by acts, decisions, omissions or measures contrary to international law, and imputable to another State, is undeniable, it would be useful to seek to ascertain the nature or legal foundation thereof, in order to deduce from it the legal consequences and the extent of its application raised by the present case. The question upon which it would be useful to pronounce is that of whether diplomatic protection derives from a general principle of law recognized by the nations (Article 38, para. 1 (c), of the Court's Statute) or from an international custom (para. 1 (b) of that Article).

The Judgment of the Permanent Court of International Justice of 1924 in the *Mavrommatis Palestine Concessions* case ²⁷ does not seem to have

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

²⁷ *P.C.I.J., Series A, No. 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 signalée ²⁸.

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 résoudrait 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 conceptions ²⁹. 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 droit ³⁰.

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.

taken any stand on this point, when it stated, with some emphasis, in an axiomatic form that diplomatic protection "is an elementary principle of international law". One cannot hazard a guess as to the sense in which the expression "elementary principle" was taken, given as it is without any other qualification. And when other judgments have referred to this precedent, they do not seem to have been any more explicit. The terminology of the two international Courts does not permit of there being attributed to them, on this point, an opinion which they seem designedly to have kept *in petto*, following a prudent practice which has already been remarked on ²⁸.

It is true that a special tribunal, the Mixed Claims Commission (United States and Germany), set up as a result of the First World War, decided in more than one case—namely the *Vinland*, *Standard Oil*, *Sun Oil* and *Pierce Oil* cases—that the intervention of the national State of the shareholders "is based on a general principle which such State would have relied on even in the absence of preliminary agreement". However, that Commission did not explain whether it understood by "general principle" a general principle of law recognized by the nations, or a principle drawn directly from the idea of law. It is nonetheless the case that its jurisprudence, although approved by some authors, though not many, has not been corroborated by other jurisdictions. The opinions of legal writers are also divided. Nor was this the first nor the only time that a rule of international law has been considered by some to be a customary norm, and by others to be a general principle of law recognized by the nations, and by others again to be a principle drawn directly from the idea of law. The problem would obviously not be resolved were one to content oneself with the observation that the frontiers between these various concepts are still blurred or uncertain. This is the case of the rule of exhaustion of local remedies, which is the subject-matter of the fourth preliminary objection in the present case, and which is based now on the one, now on the other, of the first two concepts ²⁹. Furthermore, the principle of protection of human rights, which will be referred to below, has been considered to be capable of constituting a legal norm at one and the same time on the basis of the three principal sources of international law, namely: international conventions, international custom, and the general principles of law ³⁰.

11. If my view is accepted, that diplomatic protection and the possible right of the shareholder do not derive from a principle of international law recognized by the nations, it remains to be considered whether the

²⁸ Separate opinion of the writer, *I.C.J. Reports* 1969, p. 138. See also separate opinion of Judge Alvarez in the *Fisheries* case, *I.C.J. Reports* 1951, p. 148.

²⁹ Cf. the report of Max Huber in the *Mohammed Ziat, Ben Kiran* case in 1924, and the decision of the French-Mexican Claims Commission in the *Pinson* case, of 18 October 1928.

³⁰ Dissenting opinion of Judge Tanaka annexed to the Judgment of 18 July 1966, in the *South West Africa* cases, *Second Phase*, *I.C.J. Reports* 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.

international-law custom, upon which diplomatic protection would then, according to predominant opinion, be based, is called upon to extend to all interests which have been injured, in the present case those of the shareholders in a company attached to a third State.

Here we touch on the essence of the problem, the decisive, if not the only, question being that relating to the state of the custom, as it emerges from the conduct of the nations as a whole, and from their declared will.

To this end, it is necessary to re-examine treaty practice, international jurisprudence, the practice of States, and the trend of legal writing, which are the principal constitutive elements of custom.

I would observe, in addition, that the positions taken up by the delegates of States in international organizations and conferences, and in particular in the United Nations, naturally form part of State practice. It is true that some of the great Powers, five or six of which legislated for the whole world up to the beginning of the twentieth century, generally refuse nowadays to admit that resolutions voted in the United Nations framework by a majority of, or even by practical unanimity among, the member States, have any obligatory effect. An attempt at San Francisco by the Philippines to have conferred upon the Assembly, possibly with the concurrence of the Security Council, power to lay down binding legal norms, was rejected. Nonetheless a marked trend in legal writing is becoming apparent, reflecting the new aspects of international life, which is in favour of attributing to the resolutions, and in particular to the declarations of the United Nations General Assembly, the status of at least a subsidiary source of international law, to be added to the classic sources in Article 38 of the Court's Statute ³¹.

Certain writers, for their part, see in this an interpretation based upon an argument drawn from the actual text of the Charter, strengthened by a teleological interpretation of that international constitutional instrument, which presupposes the existence of rights and liberties of man which "are not only moral ones, [but] . . . also have a legal character by the nature of the subject-matter ^{31a}". They add that such an interpretation should take into account the functioning of the Charter in practice ³². The General Assembly itself adopts this point of view, as appears from its resolution of 11 December 1963, in which it "confirms the interpretation of free self-determination which it gave in its resolution

³¹ See the views to this effect of Messrs. Lachs, Mohammed Sami Abdelhamid, Falk, Pechota, McWhinney, Asomoah.

^{31a} Dissenting opinion of Judge Tanaka, *South West Africa* cases, *I.C.J. Reports* 1966, pp. 289-290.

³² See to this effect the dissenting opinion of Judge Alvarez, *Competence of the General Assembly*, *I.C.J. Reports* 1950, p. 21; that of Judge De Visscher, *International Status of South West Africa*, *I.C.J. Reports* 1950, pp. 189-190; G. I. Tunkin, *op. cit.*, pp. 106 and 111, who quotes the declaration of 14 December 1960 on the granting of independence as an example of interpretation of the principles of the Charter.

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 *jus 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. »

of 1960 on the grant of independence". This is also the case of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, Article 31 of which provides that a treaty is to be interpreted "in the light of its object and purpose" and that for purposes of interpretation of a treaty, the context comprises "any subsequent practice".

Others again deduce the authority of the principles of the Charter from the fact that they are, in their view, general principles of law in the sense of Article 38, paragraph 1 (c), of the Court's Statute, linked at once with the *jus naturale* of Roman law, and with world law, the common law of mankind according to Jenks, or transnational law according to Jessup, a term which has become standard in international law³³.

In any case, to return to State practice as manifested within international organizations and conferences, it cannot be denied, with regard to the resolutions which emerge therefrom, or better, with regard to the votes expressed therein in the name of States, that these amount to precedents contributing to the formation of custom. It is as it were an established fact of which legal writers take note³⁴. What is more, those who hold the views which have just been expressed do not hesitate to accept this concept conjointly with their own views. It has also just been confirmed by Article 38 of the Convention on the Law of Treaties quoted above.

Policy does of course crop up under the veil of resolutions or declarations in the United Nations Assembly. However, it will be conceded that to seek at all costs to erect a partition between policy and law is calculated to bring about this result which is contrary to reality: what is at stake is the attempt to isolate the rule from its social origins, and to snap the link of unity with its historic context. Policy, the policy of the great powers and the colonialist powers, dominated classic traditional law; it cannot be dissociated from law, today any more than yesterday; but it is a new policy, one which does not escape the influence of the

³³ This view is developed in the dissenting opinion of Judge Tanaka annexed to the Judgment of 18 July 1966 in the *South West Africa* cases (*I.C.J. Reports 1966*, pp. 292-296).

³⁴ This is what is observed by Professor Mohammed Sami Abdelhamid in the *Revue égyptienne de droit international*, 1968, pp. 127-128 of the Arabic text.

See also R. Higgins in *The Development of International Law through the Political Organs of the United Nations*, p. 5, who says:

"... the body of resolutions as a whole, taken as indications of a general customary law, undoubtedly provides a rich source of evidence."

Mr. Sørensen too, in his course of lectures at the Hague Academy of International Law, *Recueil des cours* 1960, p. 38, states as follows:

"If the international organization is made up of representatives of States, it is clear that the positions taken up by such representatives may, in principle, contribute to the formation of a custom. On this hypothesis, what is involved is acts attributable to the States, acting through their representatives, rather than acts attributable to the international organization as such." [*Translation by the Registry.*]

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).

great principles which are destined to govern the relationships of modern nations. The 1969 Vienna Conference took this consideration fully into account when it adopted numerous solutions to meet the suggestions included in individual opinions and proposals by new members of the international community.

Thus, through an already lengthy practice of the United Nations, the concept of *jus cogens* obtains a greater degree of effectiveness, by ratifying, as an imperative norm of international law, the principles appearing in the preamble to the Charter. From the domain of theory or legal writing, in which some of these principles, and not the least important thereof, had as it were remained confined, they are passing into the domain of objective existence and practice³⁵. Thus it was that U Thant could say, at the 1969 session of the Organization of African Unity, held at Addis Ababa in the presence of 17 African Heads of State, that the United Nations "had widened the concept of the right of self-determination and independence, so as to cover the recognition of the lawfulness of the struggle carried on by such nations for the exercise and enjoyment of that right in practice³⁶". He might have quoted in addition the principle of equality and that of non-discrimination on racial grounds which follows therefrom, both of which principles, like the right of self-determination, are imperative rules of law³⁷.

12. The documents of the greatest probative force in international treaty law are, in the present case, the Peace Treaties, signed by the Allied Powers and their associates with the Central Powers and their allies, in 1919 at Versailles, Saint-Germain, Neuilly and Trianon, in 1921 and 1922 at Vienna and Budapest, in 1923 at Lausanne; and finally the agreements of 1922 and 1924 to which the United States were parties.

According to the provisions of these Treaties, shareholders who were nationals of the allied countries, holding shares in companies of enemy allegiance, had the right to reparations, without any distinction being made between direct and indirect injury.

³⁵ See I. Brownlie, *op. cit.*, pp. 483-486. For Mr. Brownlie, the following are imperative rules of law: the right of self-determination, racial equality, sovereignty of peoples over their natural resources, the Genocide Convention, the prohibition of aggressive war, of the slave trade, piracy, and all other crimes against humanity.

³⁶ *Le Figaro*, 8 September 1969 [*Translation by the Registry*].

Cf. I. Brownlie, *op. cit.*, pp. 417, 484 and 485, where one reads: "Intervention against a liberation movement may be unlawful, and assistance to the movement may be lawful."

Also R. A. Tuzmukhamedov, for whom the 1960 declaration of the United Nations General Assembly concerning the granting of independence is a *de facto* recognition of the movements for national liberation.

³⁷ Racial equality is an imperative rule of law, particularly since the adoption by the United Nations General Assembly of the declaration of 20 November 1963 on racial non-discrimination (Resolution 1904 (XVIII)).

See in particular Mr. J. Spiropoulos, who upheld this point of view (Sixth Committee of the General Assembly, 7 December 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.

A quarter of a century later, the provisions of these Treaties just quoted were adopted in the Peace Treaties which brought to an end the war of 1939-1945, which were signed in 1947, as well as in the State Treaty signed in 1955 with Austria.

What value as a customary law precedent may we attribute to these provisions?

It is legitimate to consider that the inclusion of an obligatory clause in a treaty indicates that that clause is not yet an integral part of positive law. In particular, this is what may be deduced from the Judgment of this Court in the *Asylum* case³⁸. This reference does not of course relate to multilateral treaties of which the particular objective, as regards the majority of their provisions, is the codification of certain rules of international law, such as the 1958 Geneva Convention on the High Seas, and the Vienna Conventions of 1961 on Diplomatic Relations, of 1963 on Consular Relations, and of 1969 on the Law of Treaties.

Conventions which do not contemplate the codification of existing rules can nonetheless amount to elements of a nascent international custom, which is what may be said with fair certainty of the Conventions which resulted from the Hague Peace Conferences of 1897 and 1907, of the Treaty of London on Maritime Law of 1909, of the Protocol of 1925 prohibiting the use of asphyxiating gas³⁹, and of the 1958 Geneva Convention on the Continental Shelf⁴⁰.

So far as the Peace Treaties more particularly are concerned, whether these be bilateral or multilateral, they are not such as to amount *ipso facto* to an element of custom. The clauses of these treaties, imposed upon the defeated States, must be respected by virtue of the rule *pacta sunt servanda*. But can the reasoning be pressed so far as to say that their provisions reflect the consent of, or the genuine and effective acceptance by, the defeated State, which acceptance or consent would, on this hypothesis, give rise to the *opinio juris*?

It will be observed first of all that the clauses concerning war reparations only apply against one party, for the benefit of the party which imposed them. Of course it could not be otherwise in a treaty marking the end of a victorious war, even one which was waged for just cause. However, does this mean that such clauses are elements of a legal custom governing the relationships between free and sovereign States? In other words, can a practice amount to a customary precedent if it does not show a

³⁸ *I.C.J. Reports 1950*, pp. 276-277.

³⁹ The 1899, 1907 and 1909 Conventions, and the 1925 Protocol, were so little declaratory of law that during two great world wars, and other comparatively minor wars, and despite their clear prohibitive terms, they were no obstacle to massive bombardments of open cities; deliberate "break up" of entire populations, attempts at genocide before the term was invented; attacks on merchant ships belonging to neutral countries as well as enemy countries, which were sunk with all hands.

⁴⁰ Judgment of this Court of 1969, and separate and dissenting opinions annexed thereto.

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-

conviction, a conviction of law, in the minds of the dominant parties, as well as in the minds of the servient parties, to the effect that they have each of them accepted the practice as a rule of law, the application whereof they will not thereafter be able to evade?

13. When replying in the negative to this question, one should also observe, it is true, that other treaties, quite unconnected with war or peace between nations, were concluded during the inter-war period, which recognize the same rights of the shareholders independently of the company. The object thereof was to resolve claims arising from revolutions or riots, or from nationalizations, which commenced in Latin America, and which were not long in extending to the West, to Eastern Europe, and to the economically weak countries or developing countries: agreements between Switzerland and socialist States, agreements between various States and Latin American States.

The multiplicity of these treaties, upon which the applicant State relies, is as it were a double-edged weapon. The Applicant argues therefrom in order to support its contention, and deduces, from the existence of this treaty-practice, the appearance of a rule of international law.

However it is a question of bilateral treaties the effect of which—apart from the rights of the contracting parties—was only, at the most, to contribute to the eventual formation of custom.

Must it not also be stressed, from a logical point of view, that treaties are the less to be considered as declaratory law in that the States concerned have recourse thereto despite the existence of earlier treaties containing the same provisions? This would be the case, if this point of view is accepted, for the successive treaties concluded, despite treaty precedents, on the occasion of revolutions, riots or nationalizations, as well as for the Peace Treaties of the two world wars, which reproduce similar provisions. Consequently, the concept enunciated by all these treaties would be of no less transitory a nature than the control theory, established in the course of the two wars. In fact, it would appear to be related thereto, if it is observed that the provisions appearing in the Peace Treaties apply, as do those contained in laws and regulations setting up the control test, to nationals of so-called enemy States.

It is true that a certain body of opinion sees no objection to deducing lasting legal effects from the control theory. But what does that theory amount to, if not to exceptional measures born of the circumstances of first one and then a second war, which circumstances disappeared, reappeared, and then again disappeared: in short, measures which are an integral part of methods of economic warfare, or simply of warfare *tout court*. Is it the characteristic mark of a legal norm to be as unstable as this, or rather to be capable of taking up or laying down its life according to the demands of ephemeral events? It could not even amount to a customary-law precedent, unaccompanied as it is by the conditions of generality, continuity, or constancy which are postulated for a con-

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

stitutive element of custom. Thus recent agreements have specified that it is only by virtue of the agreement itself that a company is considered to be a non-national of the State to which it relates, because of the control exercised over it⁴¹.

14. One last category of treaties deserves examination: this is that of agreements generally called treaties of friendship, establishment and commerce.

A certain number of these treaties, subsequent to the Second World War, touch on the problem, but from standpoints which are different from, and sometimes opposite to each other. Provisions may be gleaned from these which imply the right of protection of the national State of the shareholders. It will however not fail to be noticed that the formulae which these treaties use relate to very diverse concepts: that of majority interest or substantial interest of nationals, that of direct or indirect control by the shareholders, or mixed control; whereas provisions in no less recent treaties do not provide for either of these concepts.

No uniform tradition has therefore become established which permits of some of these bilateral treaty commitments being adopted as customary precedents.

In order to make an end of these treaties, I would observe that diplomatic protection of the shareholders was apparently included in some of them because of special political circumstances. The Treaty of 1955 between France and Switzerland is, according to Mr. Vignes, to be explained by the fact that Tunisia had not yet obtained political independence, and enjoyed merely a régime of autonomy. Furthermore, the 1936 Treaty between France and Germany had as its object the settlement of the thorny problem of the Saar. Finally, the 1946 Treaty between the United States and the Philippines was not unrelated to certain questions raised by the transitional period following the independence of the latter country.

15. From the foregoing it appears that the number of States which have been parties to one or the other of the treaties which have been in question, the provisions of which can be taken into account, so far as consistent with each other, is not such as to attain the degree of generality which is constitutive of custom as provided for in Article 38, paragraph 1 (b), of the Court's Statute. It must also be stressed that many States are in open opposition to obligations resulting from imposed, or unequal treaties⁴², or treaties concluded without their participation,

⁴¹ *Inter alia*, the Agreement signed by Mauritania and the Société des mines de Mauritanie, Article 50 of which provides: "The Company is considered, by agreement, to be a non-national of the Muslim Republic of Mauritania, because of the control exercised over it by foreign interests." [*Translation by the Registry.*]

⁴² As to unequal treaties to which the Asian and African States are opposed, see the Asian-African Legal Consultative Committee, Eighth Session, Brief of Documents, Vol. IV, pp. 471-472, as well as the proposal, mentioned therein, of Burma, Czechoslovakia, India, Lebanon, Ghana, Madagascar, United Arab Republic,

nale ⁴³. 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 principe ⁴⁴. 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 question ⁴⁵, 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° 5.

⁴⁵ *Supra*, n° 12.

before they were admitted into the international community⁴³. In particular they are hostile to the extension of diplomatic protection other than by way of agreement, and within the relationship of the contracting States alone. And it is sufficiently well known for it to be unnecessary to dwell on the point, what the consequences are, for the growth of a custom, of opposition which is not thought to need to be so massive.

16. What in fact were many of these norms, and what complaints did they give rise to, and do still give rise to, so that one-half of the States of the world dispute essential stipulations thereof, including the scope of diplomatic protection?

It has become apparent that quite a number of States challenge the legitimacy of certain trends of this protection, sometimes going so far as to dispute the principle thereof⁴⁴. This observation is of undeniable importance in connection with the development of custom in this matter. Consequently the advantage once again becomes apparent, in view of the circumstances of the case, of re-examining in some detail the reasons for this opposition, which cannot be dissociated from the problem of elaboration of custom in general, and its application to the present case in particular.

Among the treaties which have been in question⁴⁵, it is necessary to go back to those which organized international society in the eighteenth and nineteenth centuries, and at the beginning of the twentieth century. It is well known that they were concluded at the instigation of certain great Powers which were considered by the law of the time to be sufficiently representative of the community of nations, or of its collective interests. Moreover, the same was the case in customary law: certain customs of wide scope became incorporated into positive law when in fact they were the work of five or six Powers. This was certainly an exercise open to criticism, and even to serious criticism. In addition, of the norms which had thus become established, and which survived the recent fundamental transformations of international society marked by the League of Nations Pact and the Charter of the United Nations, taking into account the liberal interpretation continually given to the latter instrument, some, as we have seen, are disputed by the States which did not take part in their elaboration, and which consider them to be contrary to their vital interests.

17. It will be recalled that the great European States of nationalist tendencies withdrew their support for the universalist theory of the first

Nigeria, Syria and Yugoslavia, to the effect that such treaties should be considered as without validity.

⁴³ The socialist view has been set out by Mr. G. I. Tunkin, who considers that one must avoid imposing on the socialist States and the new States certain norms which these States have never accepted and which are unacceptable to them (*op. cit.*, p. 88).

⁴⁴ *Supra*, Section 5.

⁴⁵ *Supra*, Section 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 internationale ⁴⁶. 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 internationale ⁴⁷. M. Politis s'inspirait pourtant, tout au long de sa dissertation, du jurisconsulte romano-phénicien Ulpien, 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 tutelle ⁴⁹. 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° 56).

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

⁴⁸ Le tiers du *Digeste* de Justinien est emprunté aux écrits d'Ulpien (*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.

internationalists, such as Vittoria and Suarez—that is, if they had ever recognized it. Thus, Mably was able to enlarge on the notion of a European public law, from the benefits of which other nations—free or independent—had been excluded since the sixteenth century. A closed community, as Sereni most conscientiously put it. The Treaty of Paris, signed at the conclusion of the 1856 Conference, stated for the first time in the history of international relations that one such nation, the Sublime Porte, was “admitted to participate in the advantages of the Public Law . . . of Europe”. This term was, however, to be displaced in subsequent treaties entered into by Western countries, in 1885, in 1904, in 1921 and in the Statute of the Permanent Court of International Justice by another no less discriminatory term, that of “civilized nations”. The Statute of the International Court of Justice has adopted this last form of words, although the Charter of the United Nations abandoned it in favour of the sovereign equality of all the nations of the international community ⁴⁶. And N. Politis, who wrote just after the First World War that “the law . . . must, if it is to retain its value, be a faithful reflection of life, change with it, model itself unceasingly upon it . . .”, still limited the area of application of this realistic conception of the relationship between life and the law to Europe and to Europe’s interests, just as he restricted thereto the horizons of his penetrating study of international morality ⁴⁷. Politis was nevertheless inspired throughout his book by the Roman-Phoenician jurisconsult Ulpian, rightly regarding him as the founder of international law on account of his remarkable contribution to the development of *jus gentium* ⁴⁸, one of the ancient fields of development of this law.

18. Moreover, in the imposing mass of legal norms which make up the modern structure of international law, a number of rules have crept in which owe their origins to duress or illegality; in particular those rules—often enshrined in solemn treaties—justifying racial discrimination, slavery, and, until the middle of the twentieth century, conquest, annexation and colonization in all its forms: colonies of exploitation or of settlement, suzerainty, protectorates, mandates or trusteeships ⁴⁹, the two latter forms disguising, by means of a verbal fiction, a colonialist practice and doctrine, the unlawfulness of which has been stigmatized at the United Nations and condemned by that body. This attitude on the

⁴⁶ Until just before the San Francisco Conference in 1945, the Atlantic Charter of 1942 was regarded by most of its interpreters as intended for the use of Western countries.

⁴⁷ The Harvard Law School understood the need to delete the word “civilized” from its revised draft concerning State responsibility. Sir Gerald Fitzmaurice approved the deletion of this word, opting, however, for a different form of words from that of the Harvard Draft (*Yearbook of the International Law Commission* 1960, I, p. 270, para. 56). See in addition the writer’s separate opinion in *I.C.J. Reports* 1969, para. 33.

⁴⁸ A third of Justinian’s Digest is borrowed from the writings of Ulpian (*Encyclopaedia Britannica*, s.v. “Ulpian”).

⁴⁹ Dissenting opinion of Judge V. M. Koretsky in the *South West Africa* cases, *I.C.J. Reports* 1966, pp. 239 ff.

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 humain ⁵⁰; 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 justice ⁵¹, 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'effectivité ⁵² »; 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 occupant ⁵³; comme aussi des traités déjà qualifiés 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.

part of the World Organization has been reflected, at the judicial level, in the proceedings on the Advisory Opinions of 1950, 1955 and 1956, requests for which were made to the International Court of Justice with regard to supervision of the implementation of the Mandate for Namibia.

19. It thus becomes easier to understand the fears of a broad range of new States in three continents, who dispute the legitimacy of certain rules of international law, not only because they were adopted without them, but also because they do not seem to them to correspond to their legitimate interests, to their essential needs on emerging from the colonialist epoch, nor, finally, to that ideal of justice and equity to which the international community, to which they have at long last been admitted, aspires. What the Third World wishes to substitute for certain legal norms now in force are other norms profoundly imbued with the sense of natural justice, morality and humane ideals⁵⁰. It is, in short, a matter of a change of course towards natural law as at present understood, which is nothing other than the natural sense of justice⁵¹; a change of course towards a high ideal which sometimes is not clearly to be discerned in positive law, peculiarly preoccupied as it is with stability: the stability of treaties and the stability of vested rights. Thus, for example the notion of effectiveness—the usefulness of which in certain matters is not denied—gives a too unqualified support to the preservation of a *status quo ante* the unlawful origins of which are admitted when it is said: “time sometimes effaces illegality, so that only effectiveness remains”⁵². And this is relevant to the application of this notion to colonial acquisition, where we see the principle of sovereignty give way to the presumption of the so-called right of the first occupant⁵³; so too with those treaties already

⁵⁰ See the writer's separate opinion previously referred to, section 33, bottom of p. 134 and top of p. 135; section 35, bottom of p. 136; section 36, p. 137.

Was not Voltaire giving a definition of natural law when he said: “Morality is in nature”?

⁵¹ Sisnett, Chief Justice of British Honduras and arbitrator in the *Shufeldt* case, took the view that international law should be bound by nothing but natural justice.

See too the separate opinion of Judge Carneiro in the *Minquiers and Ecrehos* case, *I.C.J. Reports 1953*, p. 109.

⁵² The time factor, which has the attribute in private law of consolidating existing situations under certain conditions which generally do not exclude good faith, cannot purely and simply be transposed into international law. It ought not to prevail over manifest rights, whether those of indigenous peoples to their own territories, or those of the community of mankind to *res communis* or *res nullius*, such as the high seas, the sea-bed, the polar regions or outer space.

⁵³ See the dissenting opinion of Judge H. Klaestad appended to the 1960 Judgment of this Court on the *Right of Passage over Indian Territory* case, a judgment still influenced by the static view of law. India, basing itself on the 1960 Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples, maintained before the Security Council that in terms of that Declaration Portugal had lost all claim to sovereignty over Goa and, consequently, all right to protest against the reoccupation of that territory, which constituted an act of liberation, the Security Council preserving a significant silence.

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 Bogotà 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 Bogotà 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*.

described in Roman law as *leonine*, imposed rather than concluded in a past era and capable of leaving much room for the implementation of the *rebus sic stantibus* clause. In short, these countries wish to take the heritage of the past only with *beneficium inventarii*: which lends significance to Westlake's observation: "The geography of international law has changed considerably." Nevertheless, although the old law has been pruned of many *sequelae* of a past of inequality and domination, in particular by the adoption of the principles of the San Francisco Charter and of those of Bogotá and Addis Ababa, those same principles are not yet imposed without restriction or reservation, nor have any developed all their potentialities. While tribute should be paid to the promoters of declarations concerning great humane principles of a universal nature, from the Wilson Declaration in 1917 with its memorable Point 4, the Atlantic Charter of 1942 and the report of the Dumbarton Oaks Conference in 1944, up to the United Nations Charter, it must be admitted that enthusiasm for the principles proclaimed was not of long duration. There is a gap, which must be filled, between theory and practice. Thus, among these principles there is the right of self-determination—demanded for centuries by the nations which successively acquired their independence in the two Americas, beginning with the 13 Confederate States in North America, and in Central and Eastern Europe; many times proclaimed since the First World War; enshrined finally in the Charter of the United Nations⁵⁴, added to and clarified by the General Assembly's resolution of 16 December 1952 on the right of self-determination and the historic Declaration by the Assembly on 14 December 1960 on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples, the consequences of which have not yet fully unfolded. The international law-making nature of these declarations and resolutions cannot be denied, having regard to the fact that they reflect well-nigh universal public feeling⁵⁵. They were, moreover, preceded by the similarly worded Pact of Bogotá adopted by the American States in 1948 and the resolutions of the 1955 Bandung Conference, just as they were followed by the Addis Ababa Charter of African Unity of 1963⁵⁶ and the resolutions of the Belgrade Conference in 1961 and the Cairo Conference in 1964 of Non-Aligned Countries, the latter comprising the majority of the Members of the United Nations, and, finally, by the declaration of 21 December 1965 by the General Assembly on the inadmissibility of intervention in the domestic affairs of States and the protection of their independence and sovereignty. Notwithstanding this, uninterrupted sequence of precedents

⁵⁴ Article 1 read with Articles 55 and 56.

⁵⁵ See Section II above.

⁵⁶ It should be noted that the Addis Ababa Charter accepted the "purposes" of the preamble to the San Francisco Charter as "principles" or rules of imperative law, leaving no further room for doubt that they definitely constitute *jus cogens*.

leur souveraineté. Nonobstant cette séquence ininterrompue de précédents dans la vie des peuples, la doctrine occidentale, à un certain nombre d'exceptions près ⁵⁷, 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 *jus cogens* susceptible de sanctionner définitivement les principes de la Charte, considérés par eux comme des normes juridiques impératives ⁵⁸. 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 ».

in the life of nations, Western writers, with some few exceptions⁵⁷, persist in refusing to concede to this right—though referred to as a “*droit*” in the French text of the Charter, and in the resolutions and declarations of the General Assembly—the attributes of an imperative juridical norm. The partisans of this doctrine seem to look back nostalgically to the era when it was still possible with impunity, and without infringing “European public law”, to deny the right of self-determination to peoples seeking to free themselves from the yoke of the States which had subjected and colonized them. Against the defenders of the last bastions of traditional law, there thus stand arrayed, once again, with the support of a Western minority, the serried ranks of the jurists, thinkers and men of action of the Latin American and Afro-Asian countries, as well as of the socialist countries. For all of them self-determination is now definitely part of positive international law. As is known, furthermore, a majority of States, through their representatives at the 1969 Vienna Conference on the Law of Treaties, pronounced in favour of a solution to the problem of *jus cogens* capable of giving definitive sanction to the principles of the Charter, regarded by them as imperative juridical norms⁵⁸. It thus seemed appropriate that those principles—not excepting those deriving originally from the spirit of the American or French Revolutions—the religious inspiration of which is not unknown, should be solemnly reaffirmed. They were so in the very heart of Africa by the head of the Catholic church. Addressing himself to the peoples of Africa and, beyond them, to the entire world, His Holiness Paul VI, resuming a tradition, on 2 August 1969, in Kampala, before five Heads of State, denounced racial discrimination, reaffirming the equality

⁵⁷ The whole problem was, however, already solved in an affirmative sense in 1950 by one of the precursors of the new concept, who wrote: “It is already the law, at least for Members of the United Nations, that respect for human dignity and fundamental human right is obligatory.” (P. C. Jessup, *A Modern Law of Nations*, 1950, p. 91.)

Writing a few years later, Prof. G. I. Tunkin noted that: “The representatives of the colonial powers, despite lip-service to this principle, have done their utmost to pare it away to vanishing point, to water it down and to reduce its emancipating tendency to nothing. Sometimes they even deny its existence in international law.” (*Op. cit.*, p. 45 [*Translation by the Registry*].)

⁵⁸ Such had been the opinion expressed in the report concerning State responsibility submitted to the International Law Commission (*Yearbook of the International Law Commission* 1957, Vol. II, pp. 113-114, paras. 2 to 7).

Furthermore, a joint proposal by Burma, Cameroon, Ghana, India, the Lebanon, Madagascar, Syria, the United Arab Republic and Yugoslavia provided that “Any treaty which is in conflict with the Charter of the United Nations shall be invalid, and no State shall invoke or benefit from such treaties” (Doc. UN A/AC.125/L.35, para. 2). Article 64 of the 1969 Convention on the Law of Treaties endorsed the principle of this proposal by providing: “If a new peremptory norm of general international law emerges, any existing treaty which is in conflict with that norm becomes void and terminates.”

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

of peoples and the rights of each of them to a free and decent life⁵⁹.

20. To conclude this necessary digression, it should be recalled that the progress achieved in the effective application of the principles of the Charter is to a large extent due to the contribution of the representatives at the United Nations of the countries of the Third World, which have espoused a reasonable interpretation of Article 2, paragraph 7, of the Charter, concerning the reserved domain⁶⁰.

It is well known that the wording of that paragraph, despite the opposition of Belgium, departed from the strictness of Article 15, paragraph 8, of the Covenant of the League of Nations, and that it was given its present form on the insistence of the United States, no doubt in order to take account of that evolution in the law that was already perceptible to those attending the San Francisco conference. A consensus was then reached that it was for the organs of the United Nations themselves to interpret the provisions of the Charter they applied. And the application of this new text was subsequently to be adapted to the growing internationalization of the life of the peoples of the world, involving a corresponding constant loss of ground by the concept of absolute sovereignty⁶¹.

It is remarkable to note that the Permanent Court of International Justice was so well aware of this that it stated in its Advisory Opinion in 1923 with regard to *The Nationality Decrees Issued in Tunis and Morocco*:

"The question whether a certain matter is or is not solely within the jurisdiction of a State is an essentially relative question ; it depends upon the development of international relations." (*P.C.I.J., Series B, No. 4, p. 24.*)

But the same Court nevertheless continued faithful to a certain positivism which culminated in the Judgment in 1927 in the *Lotus* case and constantly influenced its subsequent Judgments. It stated in its Judgment in 1932 in the case of *The Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex* that "in case of doubt a limitation of sovereignty must be construed restrictively⁶²".

⁵⁹ *Le Monde*, 3 August 1969.

⁶⁰ Cf. M. S. Rajan, *United Nations and Domestic Jurisdiction*, pp. 521-524.

⁶¹ See, among, other separate opinions of Judge A. Alvarez, all of which were orientated towards what he regarded as the inevitable future, his dissenting opinion appended to the Advisory Opinion on the *Competence of the General Assembly* delivered in 1950 by the International Court of Justice, in which he said:

"The psychology of peoples has undergone a great change; a new universal international conscience is emerging, which calls for reforms in the life of peoples. This circumstance, in conjunction with the crisis which classic international law has been traversing for some time past, has opened the way to a new international law." (*I.C.J. Reports 1950, p. 12.*)

⁶² *P.C.I.J. Series A/B, No. 46, p. 167.*

In his dissenting opinion in the *Anglo-Iranian Oil Co.* case, Judge Read, on the

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).

It is in this field in particular that the organs of the United Nations, strengthened by the presence of the new countries yearning for a new law, outstripping judicial bodies apparently still attached to tradition, have blazed a trail towards renovation. The General Assembly and the Security Council, when dealing with questions of concern to the international community or touching upon the great principles of the Charter, have, after long debates, session after session, finally overridden the objection based on Article 2, paragraph 7, thanks to a reasonable and extensive interpretation—express or tacit—of its words⁶³. The road was long and arduous between 1946, when Egypt was unsuccessful in obtaining a decision, against the occupying Power, of the Security Council, and the 1960 Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples—a declaration upon which the peoples struggling for their liberation have, not without success, since relied, and which the Security Council decided to confirm by its resolution of 20 November 1965 endorsing Southern Rhodesia's right to independence and its right to decide its own future.

* * *

It has been necessary to mention this long series of facts in order to elucidate a new aspect of the evolution of international law in general and of its two great sources in particular. That which has been admitted in respect of treaties since the condemnation of the theory of representativity and the increased efficacy of the principles of the Charter—thanks to the ever less strict interpretation of Article 2, paragraph 7—, must probably be admitted in respect of international custom and its application in the present case.

other hand, adopted an approach that took into account the already perceptible evolution in the concept of sovereignty. He wrote:

“The making of a declaration is an exercise of State sovereignty, and not, in any sense, a limitation. It should therefore be construed in such a manner as to give effect to the intention of the State, as indicated by the words used; and not by a restrictive interpretation, designed to frustrate the invention of the State in exercising this sovereign power.” (*I.C.J. Reports 1952*, p. 143.)

⁶³ This was the case with respect to the demand of Tunisia and Morocco for independence from 1951, that of Cyprus and of West Irian from 1954, of Algeria from 1955, of Angola from 1960, of Rhodesia from 1961, and, finally, in 1963, of all the countries occupied by Portugal. The same is the case with respect to the human rights of persons of Indian origin in South Africa since 1946, and with respect to apartheid since 1948.

It will be noticed, however, that those Powers which firmly opposed United Nations intervention in the foregoing cases rejected the objection based on Article 2, para. 7, in respect of interventions in Spain in 1946, in the case of *Greece v. Albania, Bulgaria and Yugoslavia* in 1948, in Czechoslovakia in 1948 and in Hungary in 1956. In this connection, Mr. B. Rajan has stressed the fact that political considerations and the effects of the cold war exercised an undesirable influence in these cases (*United Nations and Domestic Jurisdiction*, pp. 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

It is by taking into consideration the foregoing and the conclusions that emerge therefrom that it will be seen to what extent the custom of diplomatic protection is capable of receiving a sufficient number of adherences to cover new hypotheses such as that which is now submitted for the consideration of this Court.

21. After this indispensable excursion in to the argument raised by the new aspects of the development of custom, and turning now to international case-law, it will be seen that it provides but few precedents which support the right of diplomatic protection in the case of shareholders who complain of indirect injury.

International case-law is itself only an auxiliary source of law and does not take the place of the principal sources, which are treaties and custom. But, considered as an element of the latter, it seems that it does not in the instant case fulfil the conditions necessary for it to be regarded as a precedent establishing a custom.

In point of fact, those precedents which relate more or less directly to the question under consideration have so far, it is hardly necessary to reiterate, only been the work of arbitral tribunals. Judicial tribunals have not been called upon to pronounce upon this matter until the present case. Furthermore, arbitral tribunals, because of the cases submitted to them, have up to the present considered only cases where action was brought in favour of the members or shareholders of a company to which its own national state had caused the damage. Decided cases thus do not, any more than does treaty practice, assist the argument that diplomatic protection extends to shareholders indirectly injured by a State other than the national State of the company.

22. So far as concerns the practice of States, it cannot be denied that numerous positions have been adopted which denote an intention to include within the framework of diplomatic protection the claims of shareholders in a company of a third nationality.

To what extent can the positions thus adopted contribute to the formation of a custom?

In the first place, it is plain that such attitudes can only be counted as precedents creating international custom if those who adopt them do not depart therefrom after having relied thereon. Now, in the analysis of such precedents, more than one State can be found against which there can be levelled the criticism that it has adopted attitudes which are self-contradictory, and thus deprived of any legal effect. The constancy of French practice and, since the turn of the century, of that of the United States, does not suffice to establish a custom supposed to be universal. And this is still more so in that a practice only contributes to the formation of a customary rule if, as has already been said, both the State which avails itself thereof or seeks to impose it and the State which submits to or undergoes it regard such practice as expressing a legal obligation which neither may evade.

An expression of a State's will which is contested by the other party

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).

remains an isolated act without effect. And how often the attitudes of States have met with resistance from opposing parties! This happened, merely by way of example, to France in the following cases: *Société des quais, docks et entrepôts de Constantinople*⁶⁴; *Société Limanova*; *Société du chemin de fer de Tirnova*; *Compagnie royale des chemins de fer portugais*; *Société lettone de chemins de fer*; and, finally, various companies in Mozambique. So too, the United States, in the following cases: *Kunhardt*; *Alsop*; *Ruden*; *Delagoa Bay Railway Company*; *Vacuum Oil Company of Hungary*; *Romano-Americana* and *Tlahualilo*. The United Kingdom in the cases already referred to of the *Delagoa Bay Railway Company* and *Tlahualilo*, and in the *Mexican Eagle Co.* case. Switzerland, in the cases of the *Compañía Argentina de Electricidad* and of the *Compañía Italo-Argentina de Electricidad*. The Netherlands in the *Baasch and Römer* case and in that of *Mexican Eagle Co.* Finally, Italy in the *Canevaro* and *Cerutti* cases.

It is not without interest, moreover, to remark that opposition to such diplomatic protection came, in almost 90 per cent. of the cases, from developing countries.

23. It remains to be seen, with regard to the development of custom, what are the current teachings in respect of the questions which arise.

The views there expressed do not consist solely of proposals *de lege ferenda*. They often constitute a statement of the rules of positive law. They are even sometimes one of the auxiliary factors in its formation, as, following a centuries-old practice, Article 38, paragraph 1 (*d*), of the Statute of the Court confirms. One cannot but refer in this regard to the lasting influence on the development of international law of many of the doctrines advanced in the past by Ulpian, and, in modern times, by Vittoria and Suarez, by Bodin, Grotius, Vattel, Calvo, Anzilotti and Politis, to mention only some of the best-known publicists.

I hasten to add that legal teaching is not represented solely by the writings of the publicists. Such teaching is also expressed, as we know, in the works of legal conferences and of institutions, institutes or associations of international law. Nor must we neglect to seek such teaching—and I would stress this—in the separate opinions of judges, to which I have so frequently felt bound to refer. I must emphasize in the first place that the authority of the precedents of the two international courts derives, *inter alia*, from the very fact that their judgments include the dissenting or separate opinions of their members. This is no paradox; for, in order to assess the value of a judicial decision, it is necessary to

⁶⁴ The opposition of the Sublime Porte was so firm that the French Government threatened to seize the Customs of Mitylene, to administer them and to retain the net revenue until complete satisfaction had been obtained (*Documents diplomatiques français*, Second Series, Vol. I, Nos. 349, 364, 455 and 497, and also the statement by M. Delcassé, Minister for Foreign Affairs, in the Chamber of Deputies on 4 November 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'inscrivent 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.

be able to ascertain the extent to which it expresses the opinion of the Court, and what objections judges no less qualified than those who supported it were able to bring against it. Such would seem to be the case with the judgments of the superior courts in the Anglo-American system, where the value of dissenting opinions is not greatly outweighed by the recognized authority of case-law. It is probably this which led Charles Evans Hughes, a former judge of the Permanent Court and subsequently Chief Justice of the United States, as Judge Jessup recalled in his well-reasoned dissenting opinion appended to this Court's Judgment of 18 July 1966, to say:

"A dissent in a court of last resort is an appeal to the brooding spirit of the law, to the intelligence of a future day, when a later decision may possibly correct the error into which the dissenting judge believes the court to have been betrayed." (*I.C.J. Reports 1966*, p. 323.)

And do not the opinions of the judges of the two International Courts derive increased authority from the fact that those judges were elected, according to Article 9 of the Statute of both Courts, so as to assure "in the body as a whole the representation of the main forms of civilization and of the principal legal systems of the world"?

This authority is nothing other than that of particularly well-qualified jurists and takes its place in the general context of legal teaching. Thus, Mr. St. Korowicz, in a study of the opinion of the seven dissenting judges in the *Customs Régime between Germany and Austria* case, places it under the head of "the teachings of publicists", which are regarded in Article 38, paragraph 1 (*d*), of the Statute of the Court as "subsidiary means for the determination of rules of law".

And, it is hardly necessary to add, what authority as teaching must be enjoyed by the concordant opinions of the dissenting judges when the judgment has been delivered by an equally divided number of votes, thanks to the President's casting vote—in other words, with all the respect due to it, by a "technical or statutory" majority, as Judge Padilla Nervo emphasized in his dissenting opinion appended to the aforementioned Judgment of 18 July 1966.

To come back to the question under discussion concerning the present position of legal teachings regarding the formation of custom in connection with the points raised in the present case, it goes without saying that the teachings invoked must represent, if not a fairly general consensus, at least a predominant current of opinion. Now, in the case of the diplomatic protection of shareholders injured by a third State, teachings are strongly divided, as are also, as to its legal basis, those writers who admit such protection, as has been observed⁶⁵.

24. I would add, solely for the purposes of discussion, that if it were

⁶⁵ See section 10 above.

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

possible to follow the opinion which sees in the diplomatic protection of shareholders a departure from and a tempering of the rule of respect for the juristic personality of a company, it would still be necessary to enquire whether that exception to the rule could be extended by analogy to the case with which we are concerned.

It is a well-known fact that where the company is of the nationality of the respondent State, corporate action can only be brought against that State in its domestic courts, international action on the claim of the company itself against the State of which it possesses the nationality being ruled out. There can be no assimilation, in the absence of specific provision to that effect, to the law of the European Community. It is consequently the legal impossibility of bringing an international action against the State of the company's nationality that is said to have opened the way to suppletory action by the shareholders indirectly injured, and to have made its exercise lawful.

These circumstances are not present in the case of injury caused by a State of a third nationality. For since the exercise of diplomatic protection is a matter of unfettered competence, the absence of action by the national State of the company is not the consequence of a legal obstacle and may be only temporary. That State, e.g., Canada, enjoys in this connection a discretionary power. There is consequently no ground for enquiring why it refrained from seising the Court concurrently with Belgium, not whether its abstention is final. Whatever its attitude may have been or may possibly be, this does not affect the question whether or not the national State of the shareholders enjoys the right to take up their claim on account of harm which the company itself is alleged to have suffered. This question is a purely legal one, on which the possible wishes of the company's national State would not have any effect.

One should furthermore consider, from a practical point of view, the consequences that the subsequent exercise by the national State of the company of its manifest right as the latter's protecting State would involve. If it decided to seise an international tribunal after the national State of the shareholders had done so, it is not likely that it could in its turn obtain compensation for the injury caused to the company, the compensation that would be due to it having already been awarded to the other State. Not only would the analogy not be logically justified, having regard to the essential difference between the two hypotheses, but its consequences would in addition run counter to the proper administration of justice.

25. The exception which authorizes action by the national State of the shareholders might, however, be extended to cases where the company has ceased to exist. The impossibility of action on its behalf by its national State is again present, though for a different reason, as it is in the case where it has the nationality of the State to which the damage is attributed. There would furthermore be no risk of a conflict between the compensation that could be claimed, in respect of the same complaint,

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-

by the national State of the company and by that of the shareholders. The shareholder's claim would then be justified by a right of his own since, after payment of the shareholders and other creditors, the residue of the company's assets goes directly to the shareholders.

These circumstances would not, however, apply in the present case. A bankruptcy adjudication, like an order for judicial administration or for a receivership, has not the immediate effect of putting an end to the life of the company, at any rate in most legal systems, including those of the two Parties to the case, Spain and Belgium. A bankruptcy judgment, whilst involving immediate effects with respect to the dispossession of the bankrupt and the administration of the company, the collation of debts owing to and owed by the company, and the fact that such debts become immediately payable, may nevertheless finally result in a composition, under the terms of which the company, which has not ceased to exist, resumes the course of its normal life.

Since Barcelona Traction's bankruptcy had no legal effects other than those just mentioned, it consequently does not authorize an action *ut singuli* by that company's shareholders.

26. The Applicant nevertheless maintains that Barcelona Traction ceased to exist in consequence of certain measures taken by the Spanish judicial authorities, which it describes as denials of justice, usurpation of jurisdiction, abuse of right or misuse of power. The company is said to be "practically defunct", to use the words employed in the arbitral award in the *Delagoa Bay Railway Company* case and subsequently adopted in the *El Triunfo* case. It is thus no longer a question of the legal effects of the bankruptcy adjudication, but of an event pertaining to the merits, which can be considered at this stage of the proceedings in consequence of the joinder to the merits of the preliminary objection relating to *jus standi*.

It is first of all necessary to exclude these two precedents from the discussion; for in both the *Delagoa Bay Railway Company* case and in the *El Triunfo* case it was held that the company had ceased to exist in consequence of the cancellation of the concession which constituted its object. This is not so in the case of Barcelona Traction, the activities of which have not ceased.

But if that company has not ceased to exist for lack of an object, can it reasonably be alleged that the measures referred to have in fact resulted in its disappearance? It does not seem so.

Those measures are said to be the following, in particular:

The declaration of the bankruptcy of a foreign company having no real domicile in Spain, and the dismissal of proceedings to oppose the judgment declaring the bankruptcy notwithstanding the fact that the time-limit therefore had not yet expired; the extension of the effects of the bankruptcy of the holding company to the subsidiary companies, in disregard of their separate legal personalities, on the pretext of their unipersonal nature; the attachment of the shares of the subsidiary

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 préludé, 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

company Ebro and the extension of that attachment to shares that were in a foreign country, in violation of the sovereignty of that country and without regard for the rights of the company holding the above-mentioned shares as security; the powers conferred by the Reus judge on the bankruptcy authorities for the purpose of dismissing the directors of the subsidiary companies and appointing new ones: all these measures, according to the Applicant, constituting a prelude to the realization of the objective in view, which is alleged to have been the transfer at a derisory price to a Spanish group, Fuerzas Eléctricas de Cataluña, of the shares belonging to Barcelona Traction's shareholders. This transfer is alleged to have been effected by the trustees in bankruptcy, who, constituting themselves a general meeting of Ebro, are alleged to have decided:

- (a) that the share register kept at Toronto should thenceforward be kept and retained at Ebro's new corporate domicile, transferred from Toronto to Barcelona;
- (b) that the said company would recognize as shareholders only those mentioned in the said share register created in June 1951;
- (c) the creation of new shares in substitution for the former ones and their entry in the register kept at Barcelona;
- (d) the transfer by judicial decision of the new shares to the Spanish group represented by Fuerzas Eléctricas de Cataluña.

If such were the measures of which the applicant State complains, effected for the purposes of the said transfer, can it be alleged that they involved the extinction of the Barcelona Traction company?

The forced transfer of shares, like a voluntary or amicable transfer, is by no means something calculated to affect the company's existence. The shares of a limited company, such as Barcelona Traction, whether such shares be bearer or registered shares, are specifically designed by law to be transferable during the company's life. A transfer of the *titres* which is void or illegal may, as appropriate, give rise to judicial proceedings to establish that the transfer was void or to have it set aside, but it cannot have any effect on the existence of the company the shares of which have passed into other hands.

Thus, Barcelona Traction was so far from being "practically defunct" that it was able, without losing its juristic personality in consequence of the bankruptcy adjudication, or of the other measures taken against it, to seek and to obtain the diplomatic protection of Canada, of the United States, of the United Kingdom and of Belgium, as well as the judicial protection of the last-named country on the basis of its first Application, that of 1958.

27. In short, since the right claimed by the national State of the shareholder, that of taking up his claim against a third country, does not constitute an exception to a legal rule, the extension of which to a new case is asked for, but such right can derive from the possible existence of

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 demeurerait 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.

an international custom, it is to be concluded that the elements which constitute the latter, to be drawn in various degrees from treaty or State practice, from international decisions or from legal literature, are not of such a nature as to lend support to this new case.

28. While it appears that diplomatic protection depends not on a general principle of law recognized by nations but on international customary law, it would nevertheless be permissible, in considering the possibility of extending this protection to the shareholders of a company, to have recourse to the analogy which the problem might present in the framework of the relationships for which municipal law and international law make provision. In doing so it would not be a matter of abstracting from municipal legal systems a general principle of law, but of seeking, in accordance with the rules of legal logic, to ascertain the consequences of those relationships on the formation of custom in its various elements.

29. It should be noted at this stage of the discussion that the applicability of categories of municipal law to international law raises the important question of determining whether a State is only obliged to grant aliens those rights which it guarantees to its own nationals or whether it must ensure for them a minimum treatment in accordance with an "international standard of justice", which may, in certain cases or in certain countries, be more advantageous than that enjoyed by nationals themselves⁶⁶.

It is well known that in Latin American public international law, equality of treatment is linked with the Latin American jurists' conception of the responsibility of States and diplomatic protection. Those jurists, who regard it as one of the pillars of their concept of international law, argued in favour of it at the 1930 Hague Conference, basing it upon equality between States and the need for their countries to protect themselves against the interference of powers which were strong politically, militarily and economically. Seventeen jurists of various nationalities supported this doctrine. But the upholders of traditional law, who formed the majority at the Conference, carried the day, and the failure of the Latin American States only reinforces their attachment to their own doctrine. Thus, at the 9th session of the International Law Commission, Mr. Padilla Nervo came forward as its authorized spokesman, and concluded that "[the] international rules [on the point] were based almost entirely on the unequal relations between great Powers and small States"^{66a}.

⁶⁶ As we know, there are those who also envisage the possibility of granting most-favoured-nation treatment, or merely fair compensation, or equitable or reasonable treatment, or, finally, of adopting a compromise solution based on the enjoyment of individual rights and guarantees identical with those enjoyed by nationals and which must not "be less than the 'fundamental human rights' recognized and defined in contemporary instruments". (*Yearbook of the International Law Commission*, 1957, II, p. 113.)

^{66a} *Yearbook of the International Law Commission*, 1957, I, p. 155.

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 naturelles ⁶⁷.

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.

This was also the conception of the African and Asian countries. The Chinese delegate to the 1930 Hague Conference was one of the leading spokesmen therefor, following the jurists of Latin America. And at the same session of the International Law Commission mentioned above, Mr. Matine-Daftary, of Iran, supported "the . . . Latin American theory of the equality of nationals and aliens" ^{66b}. Finally, the representatives of the States of Africa and Asia who were called upon to participate in the legal conferences supported the same conception.

* * *

The question is no doubt a fairly complex one. In principle, if a State is bound only to establish equality between its nationals and aliens its municipal law must be considered and its benefits extended to aliens. But it should be noticed right away that the rights to be granted them on the basis of equality are substantive rights. The solution would be quite different with respect to jurisdictional rights, according to which every State is bound to secure domestic judicial remedies to foreigners by adequate laws and an adequate judicial structure in conformity with international standards, failing which international proceedings would be possible.

Now this is indeed the solution that prevails in respect of substantive rights, particularly from the view-point of new or economically handicapped States. It rests upon the principle of the equality of nations proclaimed in the Charter of the United Nations and upon the resolution adopted by the General Assembly on 21 December 1952 concerning the right of peoples freely to exploit their natural wealth and resources ⁶⁷.

30. Mention of this solution leads one to wonder whether it is not established, in the legal systems of the generality of nations, that a shareholder—in addition to his own right of action for reparation for a direct injury suffered *ut singuli* which damages his legally protected interests—possesses a right of action which he can exercise in all circumstances, concurrently with the organs of the company, in consequence of an injury suffered by the latter that affects him only indirectly or in mediate fashion.

Ought not international law, following the same reasoning as that just invoked in the preceding section, to align itself on this point with the generality of systems of municipal law, from which, in addition to the legal institutions of the commercial-law system, there derive the concept of juristic personality and the limits assigned thereto? It is true that those

^{66b} *Ibid.*, p. 160.

⁶⁷ See S. Prakash Sinha, *op. cit.*, pp. 94-96, and the speeches in the International Law Commission by the representatives of India, Iran, the United Arab Republic, Syria and Thailand referred to by him.

See too Article 12 of the draft principles concerning the treatment of aliens drawn up by the Asian-African Legal Consultative Committee, quoted by Doctor Mustafa Kamil Yasseen, in *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.

systems sometimes differ from one country to another. What would however be both necessary and sufficient would be to prove the existence of a common fund, as between these systems, of such essential rights, not excluding those on which Belgium in particular can rely, namely:

- (a) the right to address claims and applications to the authorities on behalf of the company;
- (b) the right to seek judicial or administrative remedies in substitution for and in place of the company, or to defend proceedings brought against it;
- (c) the right to claim compensation on the grounds of a denial of justice or an abuse of right suffered by the company.

Do these different rights appear among those constituting the common fund of the generality of municipal legal systems? Or, on the contrary, do they go beyond the rights generally assigned to the shareholder by those legal systems—and, in particular, the legal systems of Canada, of Belgium and of Spain—these being:

- (a) the right to vote at general meetings, either in respect of decisions affecting the company, or for the appointment of directors and the control of their conduct of the company's affairs and, in appropriate cases, in order to bring action against those same directors in consequence of alleged wrongful conduct by them in the exercise of their powers;
- (b) the right to dispose of the shares owned by them;
- (c) the right to dividends and to a proportionate share in the assets in the event of the company's liquidation;
- (d) that of benefiting from any offers of shares, and of receiving duplicates in the event of loss of their share certificates ⁶⁸.

I am inclined to answer in the negative. Subject to one reservation, however, which is that the company should not have been dissolved. This reservation has already been dealt with ⁶⁹, and it does not apply in the case of Barcelona Traction.

A further conclusion emerges from this discussion, which can be expressed in interrogative form as follows: since the shareholder does not have, according to local legislation, any possibility of taking action before the courts in order to put forward rights which are peculiar to the company, the objection of non-exhaustion of local remedies cannot be set up against him. If he were nevertheless permitted to exercise such rights before an international tribunal, would he not have been granted a greater right than the company itself?

⁶⁸ The decision of the Arbitral Commission in 1965 in the *Brincard* case referred to most, if not all, of these rights. The new Lebanese Commercial Code, Article 105, gives a more complete list, including in particular the right to transfer the share.

⁶⁹ Section 25 above.

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 nations ⁷¹. 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 pris ⁷²? 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.

31. The Applicant nevertheless maintains that the specific legal nature of rights and interests of the private parties who have suffered injury is of no importance from the point of view of the right of protection by their national State.

There is no doubt that in international proceedings the applicant State is "asserting its own right". It is not intervening *in favorem tertii*. But is it any less true that that right is "to ensure, in the person of its subjects, respect for the rules of international law"? Both these phrases are to be found in the oft-cited judgment of the Permanent Court of International Justice in 1924 in the *Mavrommatis* case⁷⁰. Is not this tantamount to saying that the right of the applicant State is measured according to the individual right violated and, consequently, subject to the same conditions for its exercise?

It is hardly necessary to add that the responsibility of a State is of course not necessarily restricted to the hypothesis of an injury caused to its nationals. But where an injury lies at the origin of such responsibility, the individual injury cannot be without its effect on the exercise of that responsibility.

32. Is it possible, in order to grant the national State of the shareholders the right to institute judicial proceedings, to have recourse, as the Applicant also argues, if not to a formal right, at least to the notion of interest?

Belgium's charges against Spain, as set forth in the course of the oral argument on the merits, are some of them classified by the Applicant as denials of justice, the others as abuses of right. Abuse of right, like denial of justice, is an international tort, contrary to the opinion which the Spanish Government seems to espouse. This is enshrined in a general principle of law which emerges from the legal systems of all nations⁷¹. The Applicant further sees in certain of these manifestations a misuse of power (*détournement de pouvoir*), of which international law should take account, on the ground that the rights the abuse of which is condemned by international case-law are, as in municipal administrative law, powers or competences. This doctrine cannot but be endorsed. But does it follow that in the international field the institution of abuse of right is aimed, as is misuse of power in municipal law, at protecting a right or an objective interest distinct from the right or subjective interest of the State considered individually⁷²? As complete as possible a study of the notion of an interest is necessary for the solution of this question, and in order to determine, in so doing, the respective fields in international law of the two concepts of objective interest and subjective interest.

⁷⁰ P.C.I.J., Series A, No. 2, p. 12.

⁷¹ See the writer's separate opinion previously referred to, para. 35, bottom of p. 136.

⁷² Cf., the reference by Professor Rolin in his oral argument on 16 April 1969 to the course delivered by Professor Guggenheim in 1949 at the Academy of International Law.

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

33. In private law, the old adage is relied on: "no interest, no action", though there is attributed to it a meaning somewhat different from that which the institution of *actiones legis* gave to it in Roman quiritary law. More correctly, it is asserted that "the interest is the measure of the action". But whatever formula be invoked, this does not of course mean to say that the fate of the action is so intimately bound up with the interest of the plaintiff that it can be deduced therefrom that any interest is capable of giving rise to an action. On the contrary, at the international level as in municipal law, is it not the case that, in order for an action to lie, the interest must, as Jhering puts it, be an interest protected by the law, or, more correctly, as it has been put in the most recent decisions under municipal law, a legally protected lawful interest?

Furthermore, if in private law the interest must, in principle, be direct and personal, must it also be so in international law in order to authorize a judicial action?

This would amount to saying that diplomatic protection is subject to two conditions: that the claimant's interest be a legally protected lawful interest and that, at the same time, it be direct and personal.

34. In order to answer these two questions and clear the way for a solution of the case of shareholders, it seems that it is necessary to recall the various actions to which a right or interest may give rise, namely:

- (a) an individual action exercised on the basis of a subjective interest or right;
- (b) a corporate action, on behalf of a company endowed with juristic personality, similarly exercised on the basis of a subjective interest or right—that of the company itself;
- (c) an action brought in defence of a collective or general interest, the objective being to safeguard legality or the respect due to principles of an international or humane nature, translated into imperative legal norms (*jus cogens*).

This distinction has seemed to me essential for the purposes of this discussion, in particular in order to avoid the confusion between individual interest and general interest, to which the Respondent has pointed, in the award in the *El Triunfo* case and in the judgment relating to the *Northern Cameroons*.

* * *

It is generally recognized that the existence of a legally protected right or interest is a condition for the exercise of any of the above actions. The question is not open to doubt in private law, whether with respect to a natural person or to a juristic person. It will consequently be agreed that it would be paradoxical for international law, one of the functions of

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.

which, when appropriate, is to make up, in the relations between States, for the weaknesses of their municipal laws, to be able to give a State which takes up the claim of its nationals access to international tribunals on the ground of an interest which is not legally protected under the *lex fori*. And by an undoubted analogy, a State which acts *proprio motu* for the defence of a personal interest or of a collective interest, must nevertheless prove the existence of a lawful interest which is legally protected.

There is consequently an identity of views to be noticed on this point—that of a legally protected lawful interest—between the national and the international legal order, dealing respectively with the subjective and the objective aspects of the notion of interest.

The question that remains to be discussed is thus that of proof that the interest on which Belgium relies is a legally protected lawful interest. No such proof can be produced in the present case since it is necessary to go back to the *lex fori*, which does not afford legal protection to such an interest.

35. Does the identity of views noticed above also exist so far as concerns the necessity of a personal and direct interest?

Were it a question of the third action referred to above—that based on a general interest, or an international or humane interest of an objective nature—the fulfilment of this condition would not be demanded, as is clear from the aforesaid Judgment of 21 December 1962 and the opinions of the dissenting judges in the Judgment of 18 July 1966. That 1962 Judgment constituted a definitive judgment, as was amply demonstrated by the dissenting judges, and it might also be regarded as a judgment on a point of principle, which lays down the concept of the general or collective interest which justifies the action that a member State of an international organization, such as in former times the League of Nations and today the United Nations, may bring in defence of the purposes of that Organization which concern its members, as a whole, whose interests are often one with those of all mankind⁷³. The principle which that Judgment enshrines, which underlies many conventions, from Article 22 of the Treaty of Versailles and the instruments of mandate, to the treaties concerning minorities and the Convention on the Prevention and Punishment of Genocide, and is expressly confirmed by the practice of the United Nations⁷⁴, is also to be found in the Advisory Opinion delivered by this Court in 1951 with regard to reservations to that Convention, when it stated: “the contracting States do not have any interests of their own; they merely have, one and all, a common interest⁷⁵.” Thus Judge Forster was able to protest vigorously against the idea that “legal interest

⁷³ In his dissenting opinion referred to above, Judge Forster rightly describes as an abuse of power South Africa's actions contrary to the purpose of the Mandate for South West Africa or Namibia. (*I.C.J. Reports 1966*, p. 481.)

⁷⁴ See Section 20 above.

⁷⁵ *I.C.J. Reports 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 què 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 aux 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.

can be straight-jacketed into the narrow classical concept of the individual legal interest of the applicant State ⁷⁶”.

36. If, on the other hand, the applicant State is not acting to protect a collective interest, but is complaining of an injury it has suffered as an individual subject of law, it goes without saying that it will only have access to an international tribunal to claim a subjective right on the basis of a personal and direct interest.

To this hypothesis must be assimilated that where a State has taken up the claim of a national, as this Court, following the Permanent Court of International Justice, stated in its Judgment of 6 April 1955 in the *Nottebohm* case, declaring:

“... by taking up the case of one of its subjects and by resorting to diplomatic action or international judicial proceedings on his behalf, a State is in reality asserting its own rights—its right to ensure, in the person of its subjects, respect for the rules of international law ⁷⁷”.

In other words, it is on the basis of a subjective right or interest that the State acts when taking up the claim of one of its nationals, even if that national be a juristic person such as a commercial company. For the corporate action of the latter is not in any way to be assimilated to the action based on a collective interest. Whilst the company represents a bundle of individual interests the State is nevertheless acting as an individual subject of the law in taking up its case. Where, on the other hand, it purposes to take up the defence of the general interests of the international community or of humanity as a collectivity, it intervenes in the capacity of a member of that community or of that collectivity.

37. It has been said that Belgium's action must be founded on a lawful interest which is legally protected ⁷⁸, just like an action on behalf of the collectivity. But, unlike the latter, it must be based on a personal and direct interest.

Neither of these conditions is met by Belgium's request for authorization to extend judicial protection to the shareholders in Barcelona Traction.

According to the *lex fori* to which it is necessary to have reference in this matter—i.e., the law of the commercial legal order—a shareholder in a joint-stock company has, as we know, no personal and direct right of action instead of and in place of the corporate action *ut universi* if the alleged injury has been inflicted on the company as such. What interest might be substituted for this purported right, if not the shareholder's interest in having the undertaking run in such fashion as to ensure its prosperity, and in the safeguarding of the economic value embodied in

⁷⁶ Dissenting opinion annexed to the Judgment of 18 July 1966, cited above, *I.C.J. Reports 1966*, p. 478.

⁷⁷ *I.C.J. Reports 1955*, p. 24.

⁷⁸ See Section 34 above.

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, n°s 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. »

the shares. Does it follow that he would have the right to act on behalf of the company where the latter has itself suffered damage or loss through unfortunate management? Such is not the case in municipal law ⁷⁹, and it ought not to be otherwise in international law. The interest of the shareholder and, consequently, that of the State which takes up his claim, no matter how personal and direct it may be, is nevertheless, as has just been seen, not legally protected. The Permanent Court of International Justice has endorsed this view ⁸⁰.

38. Turning to the argument which postulates the cumulative use of the corporate action and the individual action of the shareholders, which is advanced by Belgium, I can only remark the lack of relevance of the examples put forward to support it, namely that drawn from the Advisory Opinion of this Court concerning *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, and that of a motor car or aeroplane accident. In the instant case, both these examples encounter the objection raised by the existence, in terms of municipal legislation, of the company's legal personality, which covers the interests of the shareholders and ensures their representation.

So far as the Advisory Opinion is concerned, it is true that a claim by the International Organization for reparation for injuries constitutes no obstacle to a claim by the State of which the United Nations official is a national. It has been rightly said that a single action is capable of involving international responsibility on the part of its author towards various legal *personae* if it simultaneously injures their respective rights. But the doctrine enunciated in the Advisory Opinion is essentially different from the argument advanced by the Applicant concerning the

⁷⁹ See, to this effect, the writings of French publicists and French case-law, where the bringing of judicial proceedings on account of the depreciation of shares as a result of a diminution in the company's assets is only allowed in the case of *faute* by the directors, as was emphasized in Section 27 above.

Cf. G. Ripert, *Droit commercial*, 5th edition, by R. Roblot, Vol. I, paras. 1327 and 1328; and Solus and Perrot, *op. cit.*, para. 227, and the decisions to which they refer.

And, in respect of Anglo-American law, E. Beckett, "Diplomatic Claims in Respect of Injuries to Companies", published in *Transactions of the Grotius Society*, Vol. XVII, pp. 192 and 193, who points to the exceptional case of misconduct by directors as a rule to be found in the laws of most States.

Finally, so far as treaty-law is concerned, mention may be made of the convention between the Malagasy Republic and the Ugine company, under which the parties "will not regard as contrary to their mutual obligations any reduction in activity resulting from chance technical breakdowns of a serious nature or from the development of the general economic situation". [*Translation by the Registry.*]

⁸⁰ Judgment in the *Oscar Chinn* case, *P.C.I.J., Series A/B, No. 63*, p. 88: "No enterprise—least of all a commercial or transport enterprise, the success of which is dependent on the fluctuating level of prices and rates—can escape from the chances and hazards resulting from general economic conditions. Some industries may be able to make large profits during a period of general prosperity, or else by taking advantage of a treaty of commerce or of an alteration in customs duties; but they are also exposed to the danger of ruin of extinction if circumstances change."

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 auteurs ⁸¹.

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. »

claim of a shareholder concurrently with that which a commercial company might submit in respect of an injury of which it itself has suffered the consequences. Any analogy is ruled out by an essential difference between the two cases, resulting from the existence of the juristic personality of the company, which personifies the interests of the shareholders; so that the injury which it suffers is the very same one as that of which the shareholders might complain.

Can it in point of fact be deduced from the consideration that two legal *personae*, the United Nations and the national State of an official of that organization, have simultaneously been affected by the injury which the latter suffered, that, according to the meaning of the Advisory Opinion, there was only one single head of damage? It would appear not. The same act caused two distinct heads of damage, reparation for which can be cumulative, as in the case of the accident already mentioned. It is however a single injury which affects the company, which can only give rise to a single reparation, which can be claimed either by the company, or by a partner or shareholder under the conditions already dealt with.

Is there any need to add that Article 62 of the Court's Statute, which provides for intervention, is irrelevant. What is in question in the present case is not a rule of procedure, but the right of action on the basis of one and the same internationally unlawful act.

39. At the end of this discussion, everything goes to show that the diplomatic protection of shareholders injured by a third State does not constitute an international custom that is unequivocally and unambiguously demonstrated by the web of precedents which form the material element, and definitively established by the conjunction of that element with the psychological element of *opinio juris*.

This conclusion is reinforced by the opinion, already mentioned, held by a multitude of States—new States and other, very numerous, developing States—with regard to the application of diplomatic protection, the rules of which are only accepted by them to the extent that they take account of their state of underdevelopment, economic subordination and social and cultural stagnation, in which the colonial powers left them and in which they are in danger of remaining for a long time, in the face of Powers strong in industry, know-how and culture.

This opinion was expressed at one and the same time by the representatives of the States of the Third World in the General Assembly of the United Nations (Sixth Committee), in the International Law Commission, in the Asian-African Legal Consultative Committee, in the Institute of International Law, and in the works of legal authors⁸¹.

⁸¹ S. Prakash Sinha, *op. cit.*, pp. 92-94; and J. N. Hazard in *American Journal of International Law*, Vol. 55, 1961, at p. 118, where he writes: "... Some of the states where investment has 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.

Thus the Asian-African Legal Consultative Committee, when it met in 1966 in Bangkok, stressed the importance of this problem by recalling the remarks of a number of delegates to the Sixth Committee of the General Assembly in 1964, to the effect that—

“The rules relating to state responsibility and to the protection of foreign investments, profoundly affected the situation of the new or economically weak States and had been established, in part, contrary to their interests⁸².”

As for the Institut de droit international, at its Nice session in 1967 it had to study the problem of investment in developing countries. The jurists of the Afro-Asian group who took part in the proceedings of that session expressed the opinion of their group by replying in the negative to the question whether “shareholders are entitled to ask for diplomatic protection of their State in cases in which the company in which they have invested cannot or will not ask for it itself, as against the developing country⁸³”.

40. It seems definitively established that the precedents that can be prayed in aid to support the attempt to extend diplomatic protection to shareholders indirectly injured by a third State are manifestly insufficient. It is of course clear from the explicit terms of Article 38, paragraph 1 (*b*), of the Statute of the Court, that the practice from which it is possible to deduce a general custom is that of the generality of States and not of all of them; but we are far from even this, having regard to the abstentions or opposition referred to above when analysing diplomatic or treaty practice or discussing teachings⁸⁴. It certainly does not appear that the generality of States have already accepted such a custom. *A fortiori* is this so if account be taken, as it should, of the massive opposition of the new or developing States, which constitute the majority of the members of the international community. A general custom, I am persuaded, can henceforward no longer be received into international law without taking strict account of the opinion or attitude of the States of the Third World.

⁸² *Brief of Documents*, Vol. IV, p. 269.

⁸³ *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1967, I, pp. 464, 471, 519 and 526, with the opinions of India (Mr. Nagendra Singh), Iraq (Mr. Kamil Yasseen) and Turkey (Mr. Nihat Erim).

The following observation of Professor Rolin at the same session of the Institut should be noted:

“Thus what the Institut should aim at is not the protection of capital as such, but it is bound to encourage investments for the benefit of developing countries, by giving guarantees on both sides, both to those countries themselves in order to avoid a form of economic neo-colonialism, which would bring about their subjection to the rich countries, and in order to put investors out of reach of certain risks” (*ibid.*, p. 414 [*Translation by the Registry*]).

⁸⁴ *Supra*, Sections 12 to 20, 22 and 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.

41. Two other questions have been discussed:

A. That whether the national State of the shareholders may take action to defend its national wealth, of which shares in companies form an element.

B. Whether it can do so in the sphere of the legal protection of the interests which the State has in international trade.

In each of these cases, the State would enjoy a twofold right of action: that resulting from the fiction, conceived by legal authors and accepted by case-law, to the effect that the State which takes up the case of its nationals exercises its own right; and that which would be attributed to it inasmuch as it is protecting its national wealth or the interests of international trade.

Does this twofold action postulate two heads of damage, for which the State would present cumulative claims, or a single head of damage, for which the State would be claiming reparation on a twofold ground?

Since shares in a company belonging to nationals are among the elements making up the national wealth, the action of the State to protect the rights of its nationals, and that aimed at the protection of the national wealth, would be motivated by a single head of damage, affecting the same subject-matter envisaged from two different standpoints, i.e., the part or the whole.

On the basis of this observation, the State could not claim two different heads of reparation, one for the injury caused to its nationals, the other in favour of the nation—the body made up of those same nationals—whose economy had been affected. It is a case for saying, as before⁸⁵, that cumulative actions which would grant, for one and the same injury, first one and then another head of reparation, would be inconceivable.

Furthermore, this alleged right of action would give rise to the same objections as mentioned above, concerning the alleged right of action in the name of shareholders injured by a third State, namely the non-existence of a received rule of international law authorizing it.

The opposition of the new or developing States, whose determinant influence on the development of international law and on the formation of its rules is already well-known, would in addition be much stronger as to the admission of a legal rule which would authorize the extension of diplomatic protection, beyond the interests of shareholders who have suffered injury by the act of a third State, to the interest of the general economy of the national State of the latter, or to the interest it has in international trade.

It is well-known that J. L. Brierly, without venturing so far as G. Scelle, or as the Latin American jurists, was in favour of recognition, in certain cases, of the international personality of the individual. He said that—

“The orthodox doctrine, by insisting that only States can have

⁸⁵ *Supra*, Section 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.

international rights or duties, leads one to think that injury caused to an individual citizen in a foreign State is an injury caused to his own country . . . and that mysterious, though powerful, abstraction, 'national honour' is easily involved therein ⁸⁶."

And Mr. P. C. Jessup adopted Mr. Brierly's conclusion, observing that the recognition of the rights of the individual would also tend to check "the grave menace of the promotion by States of private economic interests with which they identify national interests ⁸⁷". And indeed it seems that this identification and the concept of national honour were in the background, if they were not the governing motive, of the armed interventions which have taken place in the course of history in Latin America, Africa and Asia.

Would not the menace be still more grave if the State, while supporting the individual interests of its nationals, were to put forward their claim cumulatively with that attributed to the nation for the defence of its economic interests, or its general interests in international trade?

42. Failing a rule of positive law validating Belgium's *jus standi*, the latter State turns to equity to seek therein a justification for its claim.

The applicant Party is mistaken in thinking that in the awards made in application of the General Convention of 1923 between the United States and Mexico, there may be discerned a reference to equity comparable to that mentioned in the Judgment of this Court in 1969 concerning the *North Sea Continental Shelf*. The Convention just referred to called upon the arbitral tribunals which it set up to base themselves upon justice and equity. This expression, justice and equity, which has appeared in numerous general and special arbitration agreements, has always been considered to imply an authorization to decide *ex aequo et bono*; whereas obviously the reference to equity contained in the Judgment of the Court mentioned above should only be understood, and this is explained in one of the separate opinions annexed thereto ⁸⁸, as meaning equity *praeter legem* in the sense which Papinian, the author of that expression, gave to it; in other words, not an extra-judicial activity, as is the settlement of a dispute *ex aequo et bono* according to the terms of Article 38, *in fine*, of the Court's Statute, with a view to filling a *social* gap in law, but a subsidiary source of international law taken, as a general principle of law, from paragraph 1 (c) of that Article, appeal to which is made in order to remedy the insufficiencies of international law and fill in its *logical* lacunae.

If the study of the facts of the present case had shown a logical lacuna

⁸⁶ J. L. Brierly, *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1928, Vol. III, p. 531 [*Translation by the Registry*].

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

⁸⁸ See the writer's separate opinion, *I.C.J. Reports 1969*, para. 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 commun 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.

in the law, the Court would have been called upon to remedy this in the interest of justice. The solution would probably have been to have recourse, as has just been stated, to equity *praeter legem* and a general principle of law emerging from national legal systems. But the Court is not faced with a logical lacuna in the law, since international legal systems do not provide for a right granted, on the facts, to the shareholders to be rendered licit. The lacuna which the argument of the applicant Party would be calculated to fill would be no more than a social insufficiency, which only a special agreement conferring jurisdiction *ex aequo et bono*, which does not exist in the present case, could have remedied.

The system of Equity of the common-law countries has also been referred to in the present case.

It goes without saying that there is no question of identifying Equity of English origin with *l'équité* or *aequitas* of Romano-Mediterranean origin. But if a parallel may be drawn between these two institutions, as to their respective effects, it is with equity *contra legem* or *infra legem* that it may be drawn. In fact, it is said in Snell's *Equity* that equity may be defined as a portion of natural justice⁸⁹. This conception of Equity, which really consists of a possible derogation from general law in a particular case, has never been applied in international law. An international court which conferred such jurisdiction upon itself would appoint itself a legislator. Its decision would create an atmosphere of uncertainty which would drive States away from a tribunal as to which they could not foresee, with any degree of probability, what law would be applied by it. Furthermore, who is better placed to judge of this than the British Government, which wrote to the United States Government to the effect that: "... No shareholder has any right to any item of property owned by the company, for he has no legal or equitable interests therein . . ."⁹⁰. In fact, Equity, like equity *contra legem* or *infra legem*, cannot serve as basis for a judicial solution which is contrary to the rules of law which it seeks to modify, unless it be by agreement of the parties to accept a decision *ex aequo et bono*.

* * *

While I subscribe to the Court's Judgment, such are the supplementary remarks which I have thought I should add to the grounds thereof.

(Signed) Fouad AMMOUN.

⁸⁹ "It is possible to define equity as a portion of natural justice . . ." Snell's *Principles of Equity*, 4th edition by R. E. Megarry and P. V. Baker, p. 9.

⁹⁰ Note of 5 July 1928 concerning the *Romano-Americana* case, Hackworth, *Digest*, V, p. 843.