



Assemblée générale

Distr. générale
18 août 2006
Français
Original : anglais/arabe

Commission du droit international

Cinquante-huitième session

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

Protection diplomatique

Commentaires et observations reçus des gouvernements

Table des matières

	<i>Page</i>
I. Introduction	2
II. Commentaires et observations reçus des gouvernements.	2
Koweït	2



I. Introduction

Dans une communication datée du 1^{er} août 2006, le Gouvernement du Koweït a transmis un ensemble de commentaires et d'observations sur les projets d'articles sur la protection diplomatique, adoptés par la Commission du droit international en première lecture à sa soixante-sixième session en 2004¹. La Commission n'a pas eu l'occasion d'examiner ces commentaires et observations, ceux-ci ayant été reçus après l'adoption des projets d'articles en deuxième lecture.

II. Commentaires et observations reçus des gouvernements

Koweït

[Original : arabe]

L'État du Koweït présente ci-après ses observations en ce qui concerne la « Protection diplomatique » :

A. Nature juridique de la protection diplomatique

- 1. Lorsque le citoyen ne peut pas obtenir ses droits, il se tourne vers l'État de sa nationalité aux fins de bénéficier de sa protection et d'intenter une action contre l'État qui a commis le fait internationalement illicite. L'intervention de l'État est définie, conformément aux règles de la responsabilité internationale, comme « la protection diplomatique des nationaux à l'étranger ».**

Cette intervention transforme un différend entre une personne et un État en différend entre États souverains. La personne n'étant de ce fait plus au centre du conflit, il ne reste qu'à attendre que son cas soit traité au niveau international et que son État lui octroie les réparations qu'il aura éventuellement obtenues de la part de l'État reconnu comme responsable de la commission d'un fait internationalement illicite. En outre, l'État du national subit lui-même des dommages du fait de l'humiliation dont le national a été victime.

Aussi, le Koweït conclut que la « protection diplomatique » est un élément de la responsabilité de l'État, mais aussi un sujet essentiel et un instrument international de protection des droits de l'homme contre toute violation impliquant un fait illicite de la part d'un autre État, ou, comme l'a décidé la Commission du droit international, un moyen de protéger les droits de l'homme [par. 84 du septième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/567)].

- 2. La renonciation à la protection diplomatique**

Sur la base des considérations figurant à la section 1 ci-dessus, une personne n'a pas le droit de renoncer au droit qu'a son État de le protéger, car cela reviendrait pour elle à renoncer à un droit qui ne lui revient pas, mais qui est conféré à l'État.

¹ Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-neuvième session, Supplément n° 10* (A/59/10), par. 59.

En outre, il s'agit d'un droit de l'homme violé par un autre État à travers un fait illicite et comme tous les autres droits de l'homme, celui-ci est inaliénable et ne peut faire l'objet de renonciation. Ces droits relèvent du *jus cogens* et aucun accord ne peut y déroger.

3. Le pouvoir discrétionnaire des États en matière d'exercice de la protection diplomatique

À l'occasion du débat sur l'article 2 du projet, la Commission du droit international a décidé de ne pas faire obligation aux États d'exercer la protection diplomatique, car, conformément à la règle du droit international, celle-ci est un droit de l'État, qui décide ou non de l'exercer.

4. Épuisement des recours internes

L'épuisement, par la victime, des voies de recours internes en tant que condition préalable à l'exercice de la protection diplomatique est une règle établie du droit international coutumier, comme l'a attesté la Cour internationale de justice dans l'affaire *Interhandel* de 1959.

Cette règle s'appuie sur deux éléments : le premier est le respect de la souveraineté de l'État étranger dans le territoire duquel vit la personne, sa soumission à la juridiction nationale de cet État et l'hypothèse que celle-ci est juste et neutre. Le deuxième élément porte sur la possibilité pour l'État qui a commis le fait illicite d'y remédier par ses propres méthodes et dans le cadre de sa législation nationale.

La Commission a traité de cette condition dans les articles 14, 15 et 16 du projet.

5. La condition de nationalité

La pratique des États fait obligation de l'existence du lien de nationalité entre la personne et l'État à deux moments particuliers au moins : d'abord au moment de la commission du fait internationalement illicite et du préjudice causé à la personne. Ensuite, lors de l'intervention destinée à exercer la protection, que ce soit par les canaux diplomatiques et par le recours à la juridiction internationale.

Au sein de la Commission, les États discutent de façon approfondie de la question de la continuité de la nationalité (projets d'articles 3 à 10 traitant de l'existence de la nationalité), qui est une condition essentielle de l'exercice de la protection diplomatique.

Les aspects les plus controversés de la continuité de la nationalité portent sur la date finale à laquelle la personne qui a subi le préjudice est encore un national et sur le fait de savoir s'il faut tenir compte de la nationalité à la date de la présentation officielle de la réclamation ou à celle de la décision.

Sur le plan international, on constate que plusieurs États appuient la première approche, qui défend la continuité de la nationalité jusqu'à la présentation de la réclamation, tandis que les États-Unis d'Amérique y font vigoureusement objection au motif que la nationalité doit être continue jusqu'à la date de la décision.

À cet égard, les États-Unis d'Amérique s'appuient dans une large mesure sur la sentence du tribunal arbitral du Centre international pour le règlement des

différends relatifs aux investissements dans l'affaire *The Loewen Group Inc. c. États-Unis d'Amérique*. On peut lire dans cette sentence que « selon le droit international, la nationalité doit rester la même depuis la date des faits qui sont à l'origine de la réclamation, désignée par l'expression *dies a quo*, jusqu'à la date de la décision concernant la réclamation, désignée comme *dies ad quem* » (par. 38 du septième rapport du Rapporteur spécial susmentionné).

Quelle que soit l'opinion que l'on a de l'arrêt de la Cour internationale de Justice, auquel les États-Unis d'Amérique se réfèrent pour justifier que la nationalité doit être continue jusqu'à la date de la décision, le Koweït est d'avis que cette position est appropriée et conforme aux normes juridiques et pratiques, mais aussi empreinte de la sagesse qui doit présider à la protection diplomatique.

Il n'est ni acceptable ni raisonnable qu'un État continue de protéger diplomatiquement une personne qui a perdu la nationalité qui la rattachait à cet État. De plus, la protection diplomatique s'appuie, comme nous l'avons déjà indiqué sur deux éléments : le droit de l'État et celui de la personne qui a subi le préjudice à raison du fait internationalement illicite. Dans le cas où elle perd sa nationalité, cette personne n'est plus considérée comme un national de cet État et celui-ci perd le droit de continuer d'exercer la protection diplomatique. En outre, cette protection est une obligation internationale qui ne s'applique pas aux individus, qui ne sont pas une personne internationale, celle-ci étant seule habilitée à engager une action de ce type.

Quant à l'argument selon lequel la continuité de nationalité n'est pas nécessaire, du fait que le nouvel État auquel appartient le national exercera la protection diplomatique en son nom, elle n'affaiblit pas la thèse de la continuité de nationalité. Elle la renforce même si on considère que le nouvel État poursuivra l'action internationale aux fins de la protection diplomatique. La situation diffère dès lors qu'il s'agit de la période séparant la perte de la nationalité d'origine de la personne et l'obtention d'une nouvelle nationalité. Elle diffère également lorsque le nouvel État ne réussit pas à assurer la protection diplomatique de la personne lésée qui vient d'acquérir sa nouvelle nationalité, sachant cependant, comme il a déjà été indiqué, que l'exercice du droit à la protection diplomatique est à la discrétion des États.

Au regard des éléments présentés et de l'examen de la nature juridique de la protection diplomatique, le Koweït souhaite, en plus d'apporter sa contribution à cette action internationale, que ces règles s'appliquent aux projets d'articles actuellement élaborés par la Commission du droit international.

B. Projets d'articles

Le projet comporte 19 articles régissant, au regard du droit international, certains aspects de la protection diplomatique dont la nationalité et l'épuisement des recours internes. Le projet ne traite pas des règles fondamentales de la protection diplomatique, à savoir celles qui régissent le traitement des étrangers, les conséquences de la protection diplomatique, dont notamment la question de savoir si l'État qui obtient gain de cause est tenu de verser au national qui a subi le préjudice les indemnités qu'il aurait obtenues. Cette question est traitée dans les observations finales du septième rapport du Rapporteur spécial.

On trouvera ci-après les observations du Koweït sur les projets d'articles dans l'ordre chronologique de leur présentation :

1. Article premier

Le premier paragraphe du projet d'article amendé définit la protection diplomatique. Le deuxième paragraphe établit une distinction entre la protection diplomatique et l'assistance consulaire et précise que la première ne s'entend pas de l'exercice de la seconde, conformément aux éléments présentés dans le septième rapport, à savoir les aspects théoriques et pratiques auxquels il a été fait référence et sur lesquels nous ne reviendrons pas par souci de concision et pour éviter toute répétition.

2. Article 2

L'article amendé énonce qu'un État a le droit d'exercer la protection diplomatique conformément au présent projet d'articles.

À cet égard, on se réfèrera à nos observations précédentes concernant le droit des États à exercer cette protection au regard d'un aspect, parmi d'autres, de la nature juridique de la protection diplomatique.

3. Articles 3 à 8

Ces articles régissent la protection assurée par l'État aux personnes physiques ayant sa nationalité, y compris les personnes ayant une multiple nationalité, les apatrides et les réfugiés.

Le Koweït estime nécessaire de remanier l'article 4 du projet en ajoutant à la fin du dispositif le membre de phrase « définie par la législation de l'État » car les questions liées à la nationalité relèvent de la législation nationale.

En ce qui concerne la continuité de la nationalité (art. 5 du projet), on se réfèrera aux observations formulées précédemment en ce qui concerne la nature juridique de la protection diplomatique.

À part ces points, le Koweït approuve lesdits articles tels que libellés par la Commission.

4. Articles 9 et 10

Les articles 9 et 10 du projet régissent un aspect de la protection diplomatique des personnes morales, en ce qui concerne l'État de nationalité d'une société et la continuité de sa nationalité.

a) Article 9

État de nationalité d'une société

Le Koweït approuve la formulation de l'article 9 tel qu'amendé, c'est-à-dire avec la suppression du membre de phrase « ou avec le territoire duquel elle a un lien similaire ». L'article ainsi amendé se lit comme suit : « Aux fins de la protection diplomatique des sociétés, on entend par État de nationalité l'État sous la loi duquel la société a été constituée et sur le territoire duquel elle a son siège ou sa direction ». Le membre de phrase précité ouvrirait la voie à des interprétations multiples génératrices de confusion car il manque de clarté et de concision.

b) Article 10
Continuité de la nationalité d'une société

Le paragraphe 2 de l'article 10 (par. 3 de l'article 10 amendé) est ainsi libellé : « Nonobstant le paragraphe 1, un État reste en droit d'exercer sa protection diplomatique au bénéfice d'une société qui avait sa nationalité au moment du préjudice et qui, du fait de ce préjudice, a cessé d'exister d'après la loi de cet État. »

Le verbe « exister » manque de précision et soulève nombre de difficultés et de problèmes d'interprétation, sachant que, dans la pratique, établie au regard des règles en vigueur dans la plupart des pays (civilisés), la personne morale continue d'exister même après la liquidation de la société – que ce soit à l'amiable ou par voie de justice – jusqu'à satisfaction des droits des créanciers, totalement ou, si les avoirs de la société sont insuffisants pour couvrir les créances, partiellement, et conformément aux dispositions législatives régissant la liquidation des sociétés.

En conséquence, le Koweït propose de remplacer le membre de phrase « et qui, du fait de ce préjudice, a cessé d'exister d'après la loi de cet État » par « et qui, du fait de ce préjudice, a perdu sa personnalité morale ou juridique et a été totalement liquidée conformément à la loi de cet État ».

5. Article 11

En ce qui concerne le membre de phrase « si la société a cessé d'exister », qui est repris dans la version originale et dans la version amendée, le Koweït renvoie aux observations qu'il a faites au sujet de l'existence de la société et propose de modifier le libellé de l'article en remplaçant le membre de phrase précité par « si la société a été liquidée et a perdu sa personnalité morale ».

6. Article 16

L'article 16 amendé énonce correctement les exceptions à la règle de l'épuisement des recours internes. Le Koweït propose cependant des amendements de pure forme concernant la version arabe et un réaménagement de l'article qui se lirait ainsi :

« Les recours internes n'ont pas à être épuisés lorsque :

- a) Les recours internes n'offrent aucune possibilité raisonnable de réparation disponible et efficace;
- b) Les recours internes sont à l'évidence futiles ou manifestement inefficaces;
- c) L'administration du recours subit un retard abusif attribuable à l'État dont il est allégué qu'il est responsable;
- d) Il n'y avait pas de lien pertinent entre la personne lésée et l'État dont il est allégué qu'il est responsable lorsque le préjudice a été causé;
- e) L'État dont il est allégué qu'il est responsable a renoncé à exiger que les recours internes soient épuisés. »

7. Article 18

Pour donner plus de précision à l'article et conformément à la notion de traités, le Koweït propose de remplacer le membre de phrase « les traités bilatéraux et multilatéraux » par « les dispositions conventionnelles spéciales ».

8. Le droit du national lésé à une indemnisation

Dans la pratique internationale, la réparation du préjudice est toujours due à l'État et non aux personnes, y compris en cas de réparation, même si le montant de la compensation doit être établi en fonction du préjudice causé à la personne. Cette règle est depuis peu revue dans beaucoup de pays qui admettent que, dans une certaine mesure, ils sont dans l'obligation de verser les compensations obtenues au national lésé et que le national doit bénéficier de l'exercice de la protection diplomatique.

Des considérations liées à la justice et au respect des droits de l'homme ont conduit la Commission du droit international à envisager sérieusement d'adopter une disposition sur cette question dans un souci de développement progressif du droit qui permettrait d'éliminer une des sources principales d'inégalité en matière de protection diplomatique. Elle a abouti à une formule (que le Koweït approuve) dans laquelle elle appelle l'État de nationalité à reverser à la personne lésée, au nom de laquelle la réclamation a été formulée, le montant de la compensation, à titre d'indemnisation pour le préjudice subi, et ce, après déduction des frais occasionnés à l'État de nationalité par la formulation de la réclamation.
