



Assemblée générale

Distr. générale
7 mars 2000
Français
Original: anglais/français

Commission du droit international

Cinquante-deuxième session

Genève, 1er mai-9 juin et
10 juillet-18 août 2000

Premier rapport sur la protection diplomatique

John R. Dugard, Rapporteur spécial

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
A. Introduction	1–8	3
B. Structure du rapport	9–32	4
Introduction	10–32	4
C. Projets d'articles	33–188	9
Article premier – Champs d'application	33–46	9
Commentaire	33–46	9
1. Protection diplomatique	33–40	9
2. « Action »	41–46	12
Article 2	47–60	13
Commentaire	47–60	14
Article 3	61–74	18
Commentaire	61–74	18
Article 4	75–93	22
Commentaire	75–93	22
Article 5	94–120	27
Commentaire	94–120	27

Article 6	121–160	33
Commentaire	121–160	33
Article 7	161–174	43
Commentaire	161–174	43
Article 8	175–184	45
Commentaire	175–184	45
Rapports (et articles) à paraître	185–188	48

A. Introduction

1. À sa quarante-huitième session, en 1996, la Commission du droit international a défini la « protection diplomatique » comme l'un des trois sujets jugés se prêter à la codification et au développement progressif¹. La même année, dans sa résolution 51/160 du 16 décembre 1996, l'Assemblée générale a invité la Commission à examiner plus avant le sujet et à en indiquer la portée et le contenu en se fondant sur les commentaires et observations qui auraient été faits au cours du débat qui a eu lieu à la Sixième Commission ainsi que sur les commentaires que les gouvernements pourraient avoir soumis par écrit. En application de la résolution de l'Assemblée, la Commission, à sa quarante-neuvième session, en 1997, a constitué à sa 2477^e séance un Groupe de travail². À la même session, le Groupe de travail a présenté un rapport, que la Commission a fait sien³, dans lequel il s'efforçait : a) de préciser autant que possible la portée du sujet; et b) de déterminer les questions à étudier dans le contexte du sujet. Le Groupe de travail a proposé un schéma sur lequel les gouvernements pourraient fonder leur examen du sujet, et la Commission a recommandé que le Rapporteur spécial lui soumette un rapport préliminaire établi à partir de ce même schéma proposé⁴. Elle a aussi décidé qu'elle s'efforcerait d'achever l'examen du sujet en première lecture d'ici la fin du quinquennat.

2. À sa 2501^e séance, le 11 juillet 1997, la Commission a désigné M. Mohamed Bennouna Rapporteur spécial chargé du sujet. Au paragraphe 8 de sa résolution 52/156, en date du 15 décembre 1997, l'Assemblée générale a approuvé la décision de la Commission d'inscrire à son ordre du jour le sujet intitulé « Protection diplomatique ».

3. La Commission a examiné le rapport préliminaire (A/CN.4/484) présenté par le Rapporteur spécial de la 2520^e à la 2523^e séance, tenues du 28 avril au 1^{er} mai 1998.

4. La Commission a constitué à sa 2534^e séance, tenue le 22 mai 1998, sur la présidence de M. Bennouna,

Rapporteur spécial sur le sujet, un Groupe de travail à composition non limitée chargé d'étudier les conclusions qui seraient éventuellement tirées de l'examen de la façon d'aborder le sujet et de fournir des orientations au Rapporteur spécial quant à l'objet du deuxième rapport, attendu pour la cinquante et unième session. Le Groupe de travail a tenu deux séances, les 25 et 26 mai 1998. En ce qui concerne la façon d'aborder le sujet, il a conclu ce qui suit :

a) Le traitement de la protection diplomatique dans le droit coutumier devrait servir de base au travail de la Commission sur le sujet;

b) Le sujet portera sur les règles secondaires du droit international se rapportant à la protection diplomatique; les règles primaires ne seront examinées que lorsque leur clarification est essentielle pour donner des orientations en vue de formuler clairement une règle secondaire précise;

c) L'exercice de la protection diplomatique est un droit de l'État. Quand il l'exerce, l'État doit tenir compte des droits et intérêts de ses nationaux à l'égard desquels il exerce la protection diplomatique;

d) Les travaux sur la protection diplomatique devraient tenir compte du développement du droit international qui accorde désormais une reconnaissance et une protection accrues aux droits des individus et permet à ces derniers d'avoir davantage accès directement et indirectement aux instances internationales pour faire valoir leurs droits. Le Groupe de travail a estimé que les conséquences concrètes et particulières de cette évolution, dans le contexte du présent sujet, devraient être examinées à la lumière de la pratique des États et dans la mesure où elles sont en relation avec des questions spécifiques en jeu telles que l'exigence du lien de nationalité;

e) Le pouvoir discrétionnaire de l'État d'exercer la protection diplomatique ne l'empêche pas de prendre auprès de ses nationaux l'engagement d'exercer ce droit. Dans ce contexte, le Groupe de travail a noté que dans le cadre de leur législation interne, des États reconnaissent le droit de leurs nationaux à la protection diplomatique;

f) Le Groupe de travail a estimé qu'il serait utile de demander aux gouvernements de fournir à la Commission des informations sur leur législation interne la plus pertinente, les décisions prises par les tri-

¹ Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément No 10 (A/51/10), par. 249 et annexe II, additif 1.

² Ibid., cinquante-deuxième session, Supplément No 10 (A/52/10), chap. VIII.

³ Ibid., par. 171.

⁴ Ibid., par. 189 et 190.

bunaux nationaux et leur pratique en matière de protection diplomatique;

g) Le Groupe de travail a rappelé la décision prise par la Commission à sa quarante-neuvième session en 1997 d'achever l'examen du sujet en première lecture d'ici la fin du quinquennat en cours.

5. En ce qui concerne le deuxième rapport du Rapporteur spécial, le Groupe de travail a suggéré qu'il soit axé sur les questions soulevées dans le chapitre premier intitulé « Le fondement de la protection diplomatique » du schéma proposé par le Groupe de travail de l'année dernière.

6. À sa 2544^e séance, tenue le 9 juin 1998, la Commission a examiné le rapport du Groupe de travail, qu'elle a fait sien.

7. En 1999, M. Bennouna a été élu membre de la Cour internationale de Justice et a démissionné de ses fonctions à la Commission. En juillet 1999, la Commission a élu l'auteur du présent rapport Rapporteur spécial du sujet de la protection diplomatique.

8. En juillet 1999, la Commission a examiné le sujet lors d'une réunion officieuse du Groupe de travail.

B. Structure du rapport

9. Le présent rapport se compose de trois parties :

a) La présentation de la protection diplomatique, qui en retrace l'évolution historique et en définit la portée, et indique comment elle peut aller dans le sens des droits de l'homme, conformément aux valeurs de l'ordre juridique contemporain;

b) Un certain nombre de projets d'articles accompagnés de commentaires. Ces projets soulèvent diverses questions controversées pour lesquelles le Rapporteur spécial sollicite les vues de la Commission pour l'orienter dans ses futurs travaux. Ces questions auraient pu être soulevées dans le rapport préliminaire présenté par le Rapporteur spécial précédent pas nécessairement sous forme de projets d'articles. Le présent rapport les formulera de telle sorte qu'elles seront mieux mises en relief, ce qui facilitera le débat;

c) Un exposé des articles qui seront présentés dans les futurs rapports.

Introduction

10. La pratique et les précédents abondent en matière de protection diplomatique, sujet qui, pourtant, demeure l'un des plus controversés du droit international⁵.

11. Avant la Seconde Guerre mondiale et les conventions relatives aux droits de l'homme, l'individu n'avait guère de recours en droit international pour faire valoir ses droits vis-à-vis de l'État auquel il ressortait. Mais, lorsque la violation à l'étranger de ces droits fondamentaux était le fait d'un autre État, l'État national pouvait intervenir pour le protéger et demander réparation pour les préjudices qu'il aurait subis. Dans la pratique, ce sont avant tout les nationaux des États occidentaux puissants qui ont bénéficié de ce privilège, car c'était ces États qui étaient toujours prêts à intervenir pour protéger leurs nationaux quand le traitement qui leur était réservé n'était pas conforme aux normes ordinaires de la civilisation, qu'ils fixaient eux-mêmes⁶. Il était inévitable qu'ainsi appliqué, le principe de la protection diplomatique finisse par être considéré par les nations en développement, particulièrement en Amérique latine, plutôt comme un exercice discriminatoire du pouvoir que comme un moyen de protéger les droits de l'homme des étrangers.

12. Pour aggraver les choses, du point de vue des États non occidentaux, la protection diplomatique et l'intervention étaient exaltées par la fiction selon laquelle le préjudice causé à un national était un préjudice causé à l'État. En 1924, la Cour permanente de justice internationale a donné sa bénédiction judiciaire à cette fiction dans l'affaire des *Concessions Mavromatis en Palestine (compétence)* que :

« 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 État fait, à vrai dire, valoir son droit propre, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants le droit international⁷. »

⁵ R. B. Lillich, *The Human Rights of Aliens in Contemporary International Law* (1984) 1 (ci-après : Lillich, « *Human Rights* »).

⁶ Voir l'affaire *Roberts (États-Unis d'Amérique c. Mexique, 1926)* 4 *Reports of International Arbitral Awards*, p. 77 et l'affaire *Neer (États-Unis d'Amérique c. Mexique, 1926)*, 4, R.I.A.A., p. 60.

⁷ Affaire des concessions Mavromatis en Palestine

13. Cette fiction avait des conséquences importantes. Tout d'abord, elle offrait une justification à l'intervention militaire ou à la diplomatie de la canonnière. À un autre niveau, elle permettait aux États-Unis d'Amérique et aux puissances européennes de rejeter les efforts entrepris par l'Amérique latine pour obliger les étrangers exerçant des activités industrielles ou commerciales en Amérique latine à renoncer à la protection diplomatique, au motif qu'un national ne saurait renoncer à un droit qui appartient à l'État dont il dépend⁸.

14. La protection diplomatique des étrangers a donné lieu à d'énormes abus. La guerre des Boers (1899-1902) a été justifiée par la Grande-Bretagne en tant qu'intervention qui visait à protéger ses nationaux propriétaires des mines d'or du Witwatersrand. Les campagnes militaires américaines entreprises sous le prétexte de défendre des Américains en Amérique latine se sont poursuivies jusqu'à une époque récente, comme le montrent les interventions à la Grenade en 1983⁹ et au Panama en 1989¹⁰. L'intervention non militaire, sous forme de réclamation pour dommages causés à la personne ou aux biens des étrangers, a elle aussi fait l'objet d'abus¹¹, encore que, selon un auteur, le règlement des réclamations par voie d'arbitrage ait souvent épargné aux États latino-américains des interventions militaires menées à l'appui des revendications¹².

15. La situation a bien changé en quelques années. Les normes de justice applicables aux individus dans leur pays et aux étrangers dans des pays tiers se sont profondément modifiées. À l'heure actuelle, près de 150 États sont parties au Pacte international relatif aux

droits civils et politiques ou à ses homologues régionaux d'Europe, des Amériques et d'Afrique, qui fixent les normes de justice à observer dans les procès pénaux et dans le traitement des détenus. De plus, les particuliers sont habilités dans certains cas à saisir des organes internationaux tels que le Comité des droits de l'homme des Nations Unies, la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour interaméricaine des droits de l'homme et la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples.

16. La personne qui exerce une activité industrielle ou commerciale à l'étranger dispose elle aussi de nouveaux moyens. La Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États¹³ autorise les sociétés à engager une procédure à l'encontre d'un État devant le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, à condition que l'État défendeur et l'État de l'investisseur aient consenti au préalable à cette procédure. Les accords bilatéraux relatifs aux investissements offrent des recours similaires aux sociétés exerçant des activités industrielles ou commerciales à l'étranger¹⁴. Il ne fait aucun doute qu'avec la fin de la guerre froide et la généralisation des principes de l'économie de marché dans le monde, la vie, et les capitaux, des investisseurs étrangers sont plus en sécurité que par le passé.

17. Du coup, certains ont prétendu que la protection diplomatique était périmée. Leur argumentation peut se résumer ainsi : le principe de l'égalité de traitement entre nationaux et étrangers et la norme internationale minimale relative au traitement des étrangers ont été remplacés par une norme internationale tirée des droits de l'homme, qui reconnaît aux nationaux et aux étrangers l'égalité de traitement, selon les dispositions essentielles de la Déclaration universelle des droits de l'homme¹⁵. L'individu est désormais un sujet de droit

(Grèce c. Royaume-Uni), 1924, Cour permanente de justice internationale, C.P.J.I., Série A, No 2, p. 12. Ce principe a été repris par la Cour dans l'affaire du Chemin de fer Panevezys Saldutiskis (Estonie c. Lituanie), C.P.J.I., Série A-B, No 76, p. 16.

⁸ On trouvera un exposé complet de la polémique autour de cette renonciation (la « clause Calvo ») dans D. Shea, *The Calvo clause: A Problem of Inter-American and International Law and Diplomacy* (1955).

⁹ *American Journal of International Law* (1984) 78, p. 200.

¹⁰ Ibid. (1990) 84, p. 545.

¹¹ Voir l'opinion individuelle du juge Padilla Nervo dans l'affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited*, *Recueils de la Commission du droit international*, 1970, p. 246.

¹² F.S. Dunn, *The Protection of Nationals: A Study in the Application of International Law* (1932), p. 58.

¹³ *International Legal Materials* (1965) 4, p. 532.

¹⁴ Voir J. P. Lavie, *Protection et promotion des investissements – Étude de droit international économique*, Paris (Presses universitaires de France, 1985), p. 5.

¹⁵ F. V. García Amador, *Responsabilité des États; nouveaux problèmes* (1958 II) 94, *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, p. 421, 437 à 439 (ci-après : García Amador, *Responsabilité des États*), García Amador, deuxième rapport, Organisation des Nations Unies (A/CN.4/106, vol. II), p. 120 à 132. Voir également M. Bennouna, *Rapport préliminaire sur la protection diplomatique*, Organisation des Nations

international, doté de la capacité de faire valoir ses droits fondamentaux dans la sphère internationale. Le droit qu'a l'État de réclamer au nom de son national doit être limité aux situations qui ne peuvent être réglées par aucun moyen de règlement convenu entre ce national et l'État auteur du préjudice, auxquels cas, l'État protecteur intervient en tant qu'agent de l'individu et non en son nom propre. L'idée que l'État fait valoir son droit propre lorsqu'il intervient au nom de son national est une fiction dépassée qui doit être abandonnée – sauf peut-être dans le cas où l'intérêt national véritable de l'État est en cause¹⁶.

18. Cette argumentation est entachée de deux vices : d'abord, elle méprise à tort le rôle des fictions en droit, ensuite elle est présomptueuse quant à l'état actuel de la protection internationale des droits de l'homme.

19. Dans certaines situations, la violation des droits de l'homme d'un étranger engage les intérêts de l'État national¹⁷. Tel est notamment le cas lorsque cette violation est généralisée et atteste que l'État auteur impose une discrimination systématique à tous les nationaux de l'autre État. Il est vrai toutefois que lorsqu'il s'agit d'un préjudice isolé, l'État intervenant agit en fait au nom de l'individu lorsqu'il fait valoir les droits de celui-ci. Dans ce cas, la notion de préjudice causé à l'État lui-même est bien une fiction. Ce raisonnement est en particulier confirmé par deux règles, à savoir celle de l'épuisement des recours internes avant que l'État national puisse intervenir, et celle de la continuité de la nationalité, d'après laquelle l'individu doit être un national de l'État qui épouse sa cause non seulement au moment du préjudice mais également au moment de la

présentation de la réclamation¹⁸. D'ailleurs, les décisions judiciaires précisent bien que, lorsque l'on évalue les dommages subis par l'État, il faut tenir compte des dommages subis par son national¹⁹.

20. La nature fictive de la protection diplomatique était au centre du rapport préliminaire de M. Bennouna, dans lequel celui-ci demandait à la Commission de l'orienter sur la question de savoir si, « en engageant une réclamation internationale, l'État fait valoir son propre droit ou bien celui de son ressortissant lésé²⁰ »

21. Le Rapporteur actuel ne partage pas le dédain professé par son prédécesseur pour les fictions juridiques, que la plupart des systèmes juridiques connaissent. Le droit romain a fait largement usage des fictions de procédure pour réaliser l'équité²¹. Comme l'a écrit Oliver Wendell Holmes, « La vie des lois n'est pas logique, elle est empirique. » Nous ne saurions rejeter une institution telle que la protection diplomatique, qui a une utilité réelle, parce qu'elle repose sur une fiction qui ne résiste pas à l'analyse.

22. L'idée que le développement des droits de l'homme a rendu la protection diplomatique désuète appelle une étude plus attentive. García Amador, premier Rapporteur spécial sur le sujet de la responsabilité des États, déclare que la notion traditionnelle de protection diplomatique, en vertu de laquelle un État pouvait engager une réclamation au nom d'un de ses nationaux lésé appartient à une époque où les droits de la personne et les droits de l'État étaient inséparablement liés. Cette situation a changé du tout au tout. Désormais, étrangers et nationaux jouissent de droits qui leur sont accordés en tant que personnes humaines et non en tant que nationaux d'un certain État. Ce qui signifie, poursuit García Amador, que l'étranger est internationalement reconnu comme ayant la personnalité juridique, indépendamment de son État et qu'il est un véritable sujet doté de droits internationaux²². Ce raisonnement oblige à conclure que l'individu, dorénavant sujet

Unies (A/CN.4/484, par. 34 à 37 (ci-après : Bennouna, *Rapport préliminaire*).

¹⁶ García Amador, *Responsabilité des États*, *supra*, note 15, p. 472.

¹⁷ J. L. Brierly, *The theory of Implied State Complicity in International Claims* (1928) 9, p. 48. Voir également M. S. McDougal, H. D. Lasswell and Lung-chu Chen, *The Protection of Aliens from Discrimination and World Public Order: Responsibility of States Conjoined with Human Rights* (1976) 70, *American Journal of International Law*, p. 442. Selon ces auteurs, « comme c'est aussi le cas pour d'autres constructions fictives, l'identification des intérêts de l'État et des intérêts de la personne physique est considérée par les observateurs indépendants et par les demandeurs comme étant dans de nombreux contextes une représentation assez fidèle de la réalité sociale : les personnes physiques ont toujours constitué la grande base du pouvoir des communautés territoriales. »

¹⁸ E. Wyler, *La règle dite de la continuité de la nationalité dans le contentieux international* (1990).

¹⁹ Affaire relative à l'usine de Chorzów (Demande en indemnité) (Fond) (*Allemagne c. Pologne*) C.P.J.I., Série A, No 17, p. 28.

²⁰ *Supra* note 15, par. 54, p. 9.

²¹ Sur l'*actio ficticia* en droit romain, voir R. Sohm, *The Institutes* (traduit par J. Crawford Ledlie), 3e éd. (1907), p. 259 et 260.

²² García Amador, *Responsabilité des États*, *supra*, note 15, p. 421. C'est nous qui soulignons.

de droit international, doté de droits et d'obligations de droit international, doit sauf exception se défendre de lui-même lorsqu'il s'aventure à l'étranger.

23. Il n'y a pas lieu de procéder ici à l'examen complet du statut de la personne physique en droit international contemporain. Il est indéniable qu'elle s'est vu accorder par ce droit des droits plus larges que ceux dont elle jouissait il y a 50 ans. Mais cela ne résout pas la question de savoir si la personne physique est pour autant sujet de droit international.

24. Le débat sur la question de savoir si l'être humain est un simple « objet » (conception classique) ou plutôt « sujet » de droit international demeure stérile. Il vaut mieux envisager l'être humain comme participant à l'ordre juridique international²³. À ce titre, il peut intervenir dans l'ordre juridique international par l'exercice des droits que lui confèrent les traités relatifs aux droits de l'homme ou les accords bilatéraux en matière d'investissements. Mais il faut admettre parallèlement que même si un particulier peut avoir des droits en droit international, ses recours restent limités, circonstance qui n'a pas retenu l'attention de García Amador²⁴.

25. Alors que la Convention européenne des droits de l'homme peut offrir de véritables voies de recours à des millions d'Européens, il est difficile d'affirmer que la Convention américaine relative aux droits de l'homme ou la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples en font autant. En outre, la majorité de la population mondiale, qui se trouve en Asie, n'est couverte par aucune convention régionale en matière de droits de l'homme. Affirmer que les conventions universelles relatives aux droits de l'homme, notamment

le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, offrent aux particuliers des recours efficaces pour faire respecter leurs droits fondamentaux relève de la fantaisie, laquelle, contrairement à la fiction, n'a pas sa place dans le raisonnement juridique. La triste vérité est qu'une poignée d'individus seulement, dans les quelques États qui admettent les recours individuels auprès des organes de contrôle nés de ces conventions, ont pu ou pourront disposer de voies de recours satisfaisantes sur la base des textes en question.

26. La situation de l'étranger n'est pas meilleure. Les conventions universelles et régionales relatives aux droits de l'homme accordent effectivement leur protection à toute personne – national et étranger – se trouvant sur le territoire des États parties. Mais, hormis le cas des investissements, il n'existe aucune convention multilatérale ayant pour objet d'offrir à l'étranger le moyen de faire respecter ses droits²⁵.

27. La Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille²⁶ a été adoptée en 1991. Elle comporte une charte des droits des travailleurs migrants, doublée d'un organe de contrôle analogue au Comité des droits de l'homme de l'Organisation des Nations Unies et offre la faculté d'un recours individuel. Le fait qu'un tel recours n'a pas pour objet de remplacer le droit à la protection diplomatique est stipulé à l'article 23 :

« Les travailleurs migrants et les membres de leur famille ont le droit d'avoir recours à la protection et à l'assistance des autorités consulaires ou diplomatiques de leur État d'origine ou de l'État représentant les intérêts de cet État en cas d'atteinte aux droits reconnus par la présente Convention ... »

La Convention n'a pas encore reçu les 20 ratifications nécessaires à son entrée en vigueur ce qui donne à entendre que les États ne sont pas pressés d'accorder des droits aux travailleurs migrants.

28. En 1985, l'Assemblée générale a adopté la Déclaration sur les droits de l'homme des personnes qui ne possèdent pas la nationalité du pays dans lequel elles

²³ R. Higgins, *Problems and Process – International Law and How we Use it* (1994) p. 48 à 55.

²⁴ Le commentaire ci-après de McDougal, Laswell et Chen, (*supra*, note 17), sur la « noble “synthèse” du droit naissant relatif aux droits de l'homme et du droit plus ancien de la protection des étrangers » (Responsabilité de l'État, *supra*, note 15, p. 454) est celui qui saisit le mieux la diversité des réactions devant cette « synthèse » :

« Certains estiment que sa proposition étend la protection matérielle des étrangers bien au-delà de ce que l'on peut raisonnablement attendre des États, et exacerbe les problèmes de coopération entre des États ayant atteint divers degrés de socialisation. D'autres jugent qu'elle affaiblit, à juste titre peut-être, un grand moyen traditionnel de protection des étrangers, et cela avant qu'ait été mis en place un autre recours utile. »

²⁵ *Supra*, par. 14.

²⁶ Voir résolution 45/158 de l'Assemblée générale; voir également *International Legal Materials*, vol. XXX (1991), 1517; voir aussi R. Cholewinski, *Migrant Workers in International Human Rights Law* (1997).

vivent²⁷, censée étendre aux étrangers les droits prévus par la Déclaration universelle des droits de l'homme. Cette Déclaration ne prévoit aucun mécanisme d'application, mais réaffirme le droit qu'à tout étranger de se mettre en rapport avec le consulat ou la mission diplomatique de son pays pour en réclamer la protection. C'est une illustration éloquent de la situation actuelle, dans laquelle les étrangers peuvent bénéficier de droits dans la sphère internationale en tant qu'êtres humains, mais, en l'absence de traité relatif aux droits de l'homme, ne disposent d'aucun recours en droit international, en dehors de l'intervention de l'État dont ils possèdent la nationalité²⁸.

29. Tant que la personne physique ne jouira pas en droit international de droits complets en matière de procédure, l'abandon de la protection diplomatique marquera un recul pour les droits de l'homme. Il s'agit d'une institution importante de ce point de vue, qui mérite d'être renforcée et favorisée. Comme le soulignait Richard Lillich en 1975 :

« En attendant la création d'un mécanisme international garantissant le règlement par une tierce partie des litiges entre les plaignants étrangers et les États, il est de l'intérêt des professionnels du droit international non seulement de soutenir la doctrine [de la protection diplomatique] mais également de s'opposer fermement à toute tentative visant à l'infirmier ou à la détruire »²⁹.

30. Franciszek Przetacznik, du Ministère des affaires étrangères de la Pologne disait à peu près la même chose en 1968. Après avoir recensé les critiques généralement formulées à l'égard de la protection diplomatique, il écrivait :

« Même si l'on admet que ces reproches sont en partie justifiés, ils pèchent par exagération et par volonté délibérée de généraliser. Il est toutefois indéniable que la protection diplomatique a souvent été l'occasion d'abus et que les

États les plus puissants sont mieux armés pour l'exercer. Ainsi, les critiques portent essentiellement sur la brutalité de la pratique et non sur l'institution elle-même...

La protection diplomatique peut perdre une partie de sa raison d'être à mesure que se développent et se renforcent les droits de l'homme. Toutefois, il est peu probable que ceux-ci puissent se substituer entièrement à celle-là.

Tant qu'il n'existe pas de recours plus efficace que la protection diplomatique, il est nécessaire de préserver celle-ci parce qu'elle est d'une utilité considérable et que, de toute manière, ses avantages l'emportent sur ses inconvénients »³⁰.

31. Le droit relatif aux droits de l'homme ne se résume pas aux conventions conclues en la matière. Il existe toute une série de traités et de coutumes, y compris celle de la protection diplomatique, qui forment ensemble les normes internationales relatives aux droits de l'homme. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, la Convention européenne des droits de l'homme, la Convention américaine relative aux droits de l'homme, la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et les autres instruments universels et régionaux relatifs aux droits de l'homme sont importants, notamment en ce qu'ils étendent leur protection tant aux étrangers qu'aux nationaux résidant sur le territoire des États parties³¹. Mais les recours qu'ils offrent sont d'une faible efficacité. La protection diplomatique, même si elle n'a pour objet que de protéger des particuliers contre un gouvernement étranger, est par contre une règle coutumière de droit international d'application universelle, susceptible d'offrir un recours plus utile. La plupart des États prendront beaucoup plus au sérieux la demande d'exercice de la protection diplomatique d'un autre

²⁷ Résolution 40/144, annexe.

²⁸ W. K. Geck, « Diplomatic Protection » in *Encyclopaedia of Public International Law* (1992), p. 1059 et 1060.

²⁹ « The Diplomatic Protection of Nationals Abroad : An Elementary Principle of International Law under Attack », in *American Journal of International Law*, 1975, vol. 69, p. 359 (ci-après : Lillich, *Diplomatic Protection*). Voir également C.F. Amerasinghe, *State Responsibility for future Injuries to Aliens*, 1967, p. 4 à 7.

³⁰ « The Protection of Individual Persons in Traditional International Law (Diplomatic and Consular Protection) », in *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1971, vol. 21, p. 113.

³¹ Par exemple, le paragraphe premier de l'article 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques stipule que les parties doivent respecter les droits reconnus dans le Pacte et les garantir à tout individu sur son territoire. Voir également l'article premier de la Convention européenne des droits de l'homme; l'article 2 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples.

État que la plainte déposée contre eux auprès d'un organe de contrôle du respect des droits de l'homme³².

32. Les pactes internationaux contemporains relatifs aux droits de l'homme accordent aux nationaux et aux étrangers la même protection, laquelle dépasse de loin la norme internationale minimale applicable au traitement des étrangers, fixée par les puissances occidentales à une autre époque. Cette évolution n'a pas pour autant rendu caduques les procédures traditionnelles consacrées par le droit international coutumier en matière de traitement des étrangers³³. Même si la panoplie des recours internationaux mis à la disposition des particuliers pour faire respecter leurs droits n'a jamais été aussi fournie, la protection diplomatique demeure une arme de choix pour la défense des droits de l'homme. Tant que l'État reste l'acteur principal des relations internationales, le fait qu'il prenne fait et cause pour ses nationaux en cas de violation de leurs droits est le moyen le plus efficace de promouvoir les droits de l'homme. Au lieu de chercher à affaiblir l'institution en l'écartant comme une fiction dépassée dont on n'a plus l'usage, il faudrait au contraire tout faire pour renforcer les règles qui composent le droit de la protection diplomatique.

C. Projets d'articles

Article premier

Champ d'application

1. Aux fins des présents articles, on entend par protection diplomatique toute action engagée par un État contre un autre État à raison du préjudice causé à la personne ou au bien de l'un des nationaux du premier État, par un

fait ou une omission internationalement illicite imputable au deuxième État.

2. Dans les circonstances exceptionnelles visées à l'article 8, la protection diplomatique peut s'étendre à des non-nationaux.

Commentaire

1. Protection diplomatique

33. La doctrine de la protection diplomatique est étroitement liée à la théorie de la responsabilité des États en cas de dommage causé à un étranger. L'idée qu'un fait ou une omission internationalement illicite qui cause un dommage à un étranger engage la responsabilité de l'État qui en est l'auteur avait largement fait son chemin dans la communauté internationale dès la fin des années 20. D'une manière générale, il était admis que l'État n'était pas obligé d'accueillir des étrangers mais que s'il le faisait, il était obligé à l'égard de l'État d'origine de leur fournir un certain niveau de protection matérielle et personnelle, conforme à la norme internationale minimale de traitement des étrangers³⁴.

34. On a tenté à plusieurs reprises de codifier ce principe. En 1927, l'Institut de droit international – adoptait une résolution sur « La responsabilité internationale des États à raison des dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers », où il était stipulé que « l'État est responsable des dommages qu'il cause aux étrangers par toute action ou omission contraire à ses obligations internationales »³⁵. En 1930, la Troisième Commission de la Conférence de codification du droit international de La Haye adoptait en première lecture une disposition libellée comme suit :

« Tout manquement aux obligations internationales d'un État du fait de ses organes, qui cause un dommage à la personne ou aux biens

³² Une plainte déposée par un particulier au titre de la Convention européenne des droits de l'homme et soutenue par un gouvernement étranger aura également probablement plus de poids. Voir *Soering c. Royaume-Uni*, Cour européenne des droits de l'homme, Série A, No 161 (1989) (Allemagne de l'Ouest intervenant); *Selmouni c. France*, dossier No 25803/94, jugement du 28 juillet 1999 (Pays-Bas intervenant); *Danemark c. Turquie*, requête No 34382/97, jugement du 8 juin 1999.

³³ Dans l'affaire de la *Barcelona Traction* (*supra*, note 11, p. 165), le juge Jessup déclare : « L'institution qu'est le droit d'accorder une protection diplomatique n'est sûrement pas caduque, quoique de nouvelles procédures fassent leur apparition ».

³⁴ C. Joseph, *Nationality and Diplomatic Protection – The Commonwealth of Nations* (1969) 3. R. Y. Jennings et A. Watts (dir. pub.), *Oppenheim's International Law*, 9e édition. (1992), p. 897 et 910 à 911 (ci-après : « Oppenheim's International Law »).

³⁵ Art. premier, du projet reproduit dans le premier rapport présenté par F.V. García Amador, A/CN.4/96, vol. II, p. 228.

d'un étranger sur le territoire de cet État, entraîne la responsabilité de celui-ci³⁶. »

Plus tard encore, le projet de convention sur la responsabilité internationale des États à raison des dommages causés aux étrangers élaboré en 1969 par l'Université de Harvard proposait la formule suivante :

« Un État est internationalement responsable de tout acte ou omission illicite en droit international qui lui est imputable et qui cause un dommage à un étranger³⁷. »

Ce principe a été accepté comme règle de droit international coutumier et appliqué dans un grand nombre de décisions judiciaires ou arbitrales. Pendant la période de la décolonisation, certains ont contesté l'idée qu'il s'appliquait universellement parce qu'il ouvrait la porte aux abus des puissances impérialistes, qu'il s'agissait d'une invention essentiellement occidentale et que les étrangers ne devaient pas bénéficier d'une protection plus large que les propres nationaux d'un État³⁸. En dépit de ces critiques, la responsabilité de l'État à raison des dommages causés à un étranger est largement reconnue aujourd'hui³⁹. Il est également admis que cette responsabilité s'accompagne de l'obligation de réparer⁴⁰. Ainsi, dans le projet révisé

présenté à la Commission en 1961, le Rapporteur spécial, García Amador, proposait ce qui suit :

« Aux fins du présent projet, la responsabilité internationale de l'État à raison des dommages causés sur son territoire à la personne ou aux biens d'un étranger comporte l'obligation de réparer les dommages⁴¹. »

35. La présente série de projets d'articles est faite essentiellement de règles secondaires. C'est pourquoi on n'a pas cherché à y intégrer une disposition incorporant une règle primaire définissant les circonstances dans lesquelles la responsabilité d'un État se trouve engagée par le fait ou l'omission illicite qui cause un préjudice à un étranger. On n'a pas non plus tenté de formuler une disposition sur la réparation, la question étant réglée dans le projet d'articles sur la responsabilité des États⁴².

36. Le droit d'exercer la protection diplomatique appartient historiquement à l'État dont la personne lésée a la nationalité. Il est fondé sur le principe qu'un dommage causé à un particulier équivaut à un dommage causé à l'État dont ce particulier est un national. Les origines de cette théorie, ou fiction, remontent au XVIII^e siècle, époque à laquelle Emmerich de Vattel déclarait :

« Quiconque traite mal un citoyen porte indirectement préjudice à l'État, qui doit protéger ce citoyen. Le souverain de celui-ci doit venger le tort subi et, s'il le peut, obliger l'agresseur à réparer intégralement ce tort ou alors, le punir, puisque sinon le citoyen sera privé du produit essentiel de la société civile, c'est-à-dire de la sécurité⁴³. »

Même si cette doctrine traditionnelle de la protection diplomatique a suscité des débats considérables – notamment sur le point de savoir à qui appartiennent les droits qui sont invoqués quand l'État exerce sa protection diplomatique à l'égard de ses nationaux⁴⁴ – le droit de protéger ses nationaux à l'étranger est une règle de droit international coutumier largement acceptée. La compétence territoriale appartient à l'État de

³⁶ Art. premier, publications de la Société des Nations, V. Questions juridiques, 1930.V.17 (document C.351(c) M.145(c).1930.V), reproduit dans le premier rapport présenté par García Amador, *supra*, note 35, p. 225.

³⁷ Article 1 1) du projet reproduit dans L. B. Sohn et R. R. Baxter, « Responsibility of States for Injuries to the Economic Interests of Aliens », *American Journal of International Law*, 1961, vol. 55, p. 548.

³⁸ Voir par exemple S. N. Guha Roy, « Is the Law of Responsibility of States for Injuries to Aliens A Part of Universal International Law? », *American Journal of International Law*, 1961, vol. 55, p. 863.

³⁹ Voir F. V. García Amador, *The Changing Law of International Claims* (1984), p. 74 à 76 (ci-après : « García Amador, *Changing Law* »). On le voit aussi au fait que de nombreux auteurs abordent le traitement réservé aux étrangers dans le cadre du sujet plus général de la responsabilité des États. Voir par exemple *Oppenheim's International Law*, *supra*, note 34; I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 5^e éd. (1998) (ci-après : « Brownlie, *Principles* »); D. J. Harris, *Cases and Materials on International Law*, 5^e éd. (1998); M. N. Shaw, *International Law*, 4^e éd. (1997).

⁴⁰ Pour d'autres manifestations de ce principe, voir García Amador, *State Responsibility*, *supra*, note 15, p. 393 et 394.

⁴¹ *Changing Law*, *supra*, note 39, p. 786.

⁴² Voir article 42, adopté en première lecture, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément No 10 (A/51/10)*, p. 164.

⁴³ *The Law of Nations* (1758), chap. VI, p. 136.

⁴⁴ Cet aspect est abordé plus en détail dans le commentaire de l'article 3, *infra*.

résidence dans le cas des étrangers, mais l'État de nationalité de ceux-ci conserve sa compétence personnelle à leur égard même lorsqu'ils résident dans un autre État⁴⁵. La formulation classique des conséquences de la compétence personnelle de l'État de nationalité a été donnée par la Cour permanente de justice internationale dans l'affaire des Concessions Mavromatis en Palestine :

« C'est un principe élémentaire du droit international que celui qui autorise l'État à protéger ses nationaux lésés par des actes contraires au droit international commis par un autre État, dont ils n'ont pu obtenir satisfaction par les voies ordinaires. 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 État fait, à vrai dire, valoir son propre droit, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants, le droit international⁴⁶. »

Le droit qu'a l'État de nationalité d'exercer ainsi sa protection diplomatique a été confirmé par les tribunaux⁴⁷ et par les publicistes⁴⁸. Qui plus est, il a été codifié à l'article 3 de la Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques et à l'article 5 de la Convention de Vienne de 1963 sur les relations consulaires. La première de ces dispositions inscrit parmi les fonctions des missions diplomatiques et consulaires le faite de

« Protéger dans l'État de résidence les intérêts de l'État d'envoi et de ses ressortissants, dans les limites admises par le droit international⁴⁹. »

⁴⁵ G. I. F. Leigh, « Nationality and Diplomatic Protection », *International and Comparative Law Quarterly*, 1971, vol. 20, p. 453.

⁴⁶ *Supra*, note 7, p. 12.

⁴⁷ Affaire du Chemin de fer Panevezys-Satdutiskis, *supra*, note 7, p. 16 et 17; affaire *Nottebohm*, C. I. J. *Recueil* 1955, p. 24.

⁴⁸ Voir par exemple Joseph, *supra*, note 34, p. 1; Leigh, *supra*, note 45, p. 453; Geck, *supra*, note 28, p. 1046; *Oppenheim's International Law*, *supra*, note 34, p. 512.

⁴⁹ Article 3 1) b) de la Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques. L'article 5 de la Convention de Vienne de 1963 sur les relations consulaires est très proche, quoique un peu plus précis :

« Les fonctions consulaires consistent à :

a) Protéger dans l'État de résidence les intérêts de l'État d'envoi et de ses ressortissants, personnes

37. Ce consensus général sur le droit à l'exercice de la protection diplomatique a conduit à donner de cette protection des définitions où l'on retrouve la conception classique centrée sur l'État. En 1915, Borchard écrivait :

« La protection diplomatique est par nature une procédure internationale, qui est "un appel lancé par une nation à une autre pour que la deuxième honore les obligations qu'elle a envers la première en conséquence de leurs droits et devoirs respectifs"⁵⁰. »

Joseph, plus soucieux des dommages causés aux particuliers et de la responsabilité des États, estimait quant à lui que

« la protection diplomatique peut être définie comme une procédure de mise en oeuvre de la responsabilité de l'État en cas de préjudice causé à la personne ou aux biens d'un citoyen d'un État en violation du droit international⁵¹. »

Charles de Visscher, que García Amador cite avec approbation, définissait la protection diplomatique comme

« la procédure par laquelle les États font valoir le droit de leurs ressortissants à un traitement conforme au droit international⁵². »

38. La définition proposée par Geck dans l'*Encyclopedia of Public International Law* tient compte de

physiques et morales, dans les limites admises par le droit international; [...]

e) Prêter secours et assistance aux ressortissants, personnes physiques et morales, de l'État d'envoi ». La Convention européenne sur les fonctions consulaires consacre ce principe à l'article 2 1). (*Recueil des traités européens*, No 61).

⁵⁰ E. M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or The Law of International Claims* (1915), p. 354, citant Blaine, Secrétaire d'État. Voir également *ibid.*, p. 357.

⁵¹ Joseph, *supra*, note 34, p. 1. Voir aussi Leigh, *supra*, note 45, p. 453.

⁵² « Cours général de principes de droit international public » (1954 II) 86, *Recueil des cours*, p. 507. García Amador cite cette définition pour soutenir l'idée que les définitions existantes mettent l'accent sur le droit des États à agir. Il n'a lui-même proposé aucune définition nouvelle, préférant renvoyer à d'autres auteurs et aux décisions judiciaires allant dans le même sens (*State Responsibility*, *supra*, note 15, p. 426 et 427).

l'évolution de la protection fonctionnelle qui prévoit le cas des agents des institutions internationales :

« La protection diplomatique est ... la protection accordée par un sujet de droit international à une personne physique ou morale, contre toute violation du droit international par un autre sujet de droit international⁵³. »

La protection fonctionnelle accordée par une organisation internationale, dont le concept a été développé pour la première fois en 1949 dans l'affaire de la Réparation des dommages subis au service des Nations Unies⁵⁴, est une institution importante pour la protection des droits des personnes à l'emploi d'une organisation internationale⁵⁵. Mais il y a nécessairement de grandes différences entre la protection diplomatique classique de l'État et la protection fonctionnelle exercée par une organisation internationale. C'est pour cette raison que la protection fonctionnelle est exclue de la présente série d'articles⁵⁶.

39. Il est permis de s'étonner que García Amador, n'ait pas cherché une définition convaincante de la protection diplomatique. M. Bennouna, premier Rapporteur spécial sur le sujet, l'a simplement définie dans son rapport préliminaire comme :

« un mécanisme ou une procédure permettant d'invoquer la responsabilité internationale de l'État d'accueil⁵⁷. »

Il a toutefois admis que :

« la protection diplomatique avait été dès le départ conçue comme le corollaire de la compétence personnelle de l'État sur sa population, lorsque

des éléments de celle-ci, se trouvant en territoire étranger, avaient subi un préjudice en violation du droit international⁵⁸. »

40. L'article premier ne prétend pas donner une définition de la protection diplomatique. Il ne fait qu'expliquer comment le droit international interprète le terme. Il reprend en grande partie le sens qui lui a été donné par le Groupe de travail sur la protection diplomatique, créé par la Commission en 1997 :

« Sur la base de la nationalité des personnes physiques ou morales, les États revendiquent, vis-à-vis d'autres États, le droit de prendre fait et cause pour ces personnes et d'endosser leur réclamation lorsqu'elles ont été victimes d'un préjudice et/ou d'un déni de justice dans un autre État. À cet égard, la protection diplomatique a été définie par la jurisprudence internationale comme un droit de l'État...⁵⁹ »

L'article premier cherche à éviter tout ce qui pourrait faire croire qu'il s'agit d'une règle primaire, en excluant toute mention du « déni de justice ».

2. « Action »

41. Les définitions de la protection diplomatique n'expliquent pas de manière satisfaisante la nature des moyens dont dispose l'État pour l'exercer.

42. Dans l'affaire du Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis, la Cour permanente de justice internationale semblait établir une distinction entre « l'action diplomatique » et « l'action judiciaire »⁶⁰, distinction reprise par la Cour internationale de justice dans l'affaire *Nottebohm*⁶¹ et par le Tribunal des revendications irano-américain dans l'affaire *A/18*⁶².

43. À l'opposé, les publicistes ne font pas cette distinction et estiment que la « protection diplomatique » couvre l'action consulaire, la négociation, la médiation. L'action judiciaire ou arbitrale, les représailles, les mesures de rétorsion, la rupture des relations diplomatiques, les pressions économiques et, en dernier ressort, le recours à la force⁶³. Dans son étude de 1932, Dunn

⁵³ Geck, *supra*, note 28, p. 1046.

⁵⁴ *CIJ Recueil* 1949, p. 174.

⁵⁵ L'avis consultatif rendu par la communauté internationale de Justice sur le différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme (*International Legal Materials*, 1999, vol. 38, p. 873), illustre comment le droit à la protection fonctionnelle peut être invoqué.

⁵⁶ Le Groupe de travail créé en 1997 pour examiner la question de la protection diplomatique n'a « pas pris position sur le point de savoir si le sujet de la "protection diplomatique" devait s'étendre à la protection revendiquée par les organisations internationales en faveur de leurs agents » (*supra*, note 2, p. 136).

⁵⁷ *Supra*, note 15, p. 4.

⁵⁸ *Loc. cit.*

⁵⁹ *Supra*, note 2, p. 134, par. 182.

⁶⁰ *Supra*, note 7, p. 16.

⁶¹ *Supra*, note 47, p. 24.

⁶² *Case No A/18* (1984), 5, I .U.S.C.T.R., 251, p. 261.

⁶³ Borchard, *supra*, note 50, p. 439 et suiv.; Geck, *supra*, note 28, p. 1061 à 1063; P. Weiss, « Diplomatic

soulignait à propos de l'expression « action diplomatique » :

« Elle englobe d'une manière générale tous les cas de représentation officielle par un gouvernement de la personne ou des biens de ses nationaux, relevant de la juridiction d'un autre État, aux fins soit d'écarter la menace d'un dommage qui pourrait être causé en violation du droit international, soit d'obtenir réparation pour ce dommage lorsqu'il s'est produit.

Habituellement, l'exercice de la protection diplomatique signifie que le gouvernement de l'étranger lésé appelle l'attention du gouvernement défaillant sur les faits de la réclamation et lui demande de prendre des mesures pour régler le différend...

L'expression "protection diplomatique" a ici une acception générale, couvrant l'ensemble du sujet de la protection des citoyens à l'étranger, y compris les cas dans lesquels des moyens autres que diplomatiques peuvent être mis en mouvement pour faire respecter une obligation...

On notera que seules les représentations et les demandes qui s'appuient explicitement ou implicitement sur la revendication d'un droit nous intéressent ici. Les gouvernements engagent souvent une action au nom de leurs ressortissants à l'étranger sans invoquer telle ou telle obligation internationale et sans que cette action relève de la protection au sens technique⁶⁴. »

Protection of Nationals and International Protection of Human Rights », *Human Rights Journal*, 1991, vol. 4, p. 645 (ci-après : « Weiss; *Diplomatic Protection* »).

⁶⁴ *Supra*, note 12, p. 18 à 20; Geck (*supra*, note 28, p. 1046) affirme lui aussi clairement que les demandes qui ne sont pas formulées au titre d'un droit que l'on revendique ne relèvent pas de la protection diplomatique :

« les actions diplomatiques ou consulaires visant à obtenir des concessions ou autres marchés publics en faveur des nationaux de l'État de résidence, ou à prendre des dispositions pour assurer la défense d'un national justement emprisonné ne relèvent pas, à notre avis, de la sphère de la protection diplomatique; elles ne sont en général ni dirigées contre l'autre État ni fondées sur une violation réelle ou présumée du droit international ».

Voir, Bennouna, Rapport préliminaire, *supra*, note 15, p. 4 (par. 12).

44. Dans le rapport préliminaire sur la protection diplomatique qu'il a présenté à la Commission, M. Bennouna prend acte également de la diversité des moyens dont dispose un État pour exercer son droit à la protection diplomatique :

« L'État conserve, en principe, le choix des moyens d'agir pour défendre ses ressortissants, dans le respect de ses engagements internationaux et des normes impératives du droit international. Il ne peut, notamment, recourir à la menace et à l'emploi de la force dans l'exercice de la protection diplomatique⁶⁵. »

45. Le choix des moyens diplomatiques est limité par les restrictions imposées au mécanisme des contre-mesures par le droit international, et dont on trouve le reflet dans le projet d'articles sur la responsabilité des États⁶⁶. La question de savoir si le droit de recourir à la force est entièrement exclu de l'exercice de la protection diplomatique est réglée à l'article 2.

46. La protection diplomatique d'un État est essentiellement en rapport avec le traitement réservé à l'étranger à ses nationaux, personnes physiques ou morales. Dans des circonstances exceptionnelles, un État peut étendre sa protection diplomatique à des non-nationaux. C'est ce dont traitent les articles 8 et 10.

Article 2

Il est interdit de recourir à la menace ou à l'emploi de la force comme moyen de protection diplomatique, sauf pour sauver des nationaux lorsque :

a) L'État de protection n'a pas pu assurer la sécurité de ses nationaux par des moyens pacifiques;

b) L'État auteur du préjudice ne veut pas ou ne peut pas assurer la sécurité des nationaux de l'État de protection;

c) Les nationaux de l'État de protection sont exposés à un danger immédiat;

d) L'emploi de la force est proportionné aux circonstances;

⁶⁵ Ibid. p. 3 (par. 11).

⁶⁶ Articles 47 à 50; doc. A/CN.4/498/Add.4, 19 juillet 1999.

e) L'emploi de la force est limité dans le temps et l'État de protection retire ses forces dès que les nationaux sont sauvés.

Commentaire

47. Comme indiqué à l'article premier, les restrictions applicables aux moyens de l'action diplomatique ouverts à l'État de protection sont régies par les règles générales du droit international, en particulier celles qui concernent les contre-mesures, telles qu'elles sont définies dans le projet d'articles sur la responsabilité des États⁶⁷. L'emploi de la force en tant que moyen ultime de protection diplomatique est fréquemment considéré comme faisant partie de la question de la protection diplomatique; il y a donc lieu de lui accorder une attention particulière dans le présent projet d'articles.

48. L'histoire, tant passée que présente⁶⁸, offre de nombreux exemples de cas dans lesquels la protection des nationaux a servi de prétexte pour justifier une intervention militaire. Les écrits du juriste argentin Carlos Calvo, qui a cherché à restreindre le droit à la protection diplomatique, étaient une réaction à des interventions militaires en Amérique latine⁶⁹. La doctrine de Drago de 1903⁷⁰, qui visait à proscrire l'intervention militaire pour le recouvrement des dettes contractuelles dues à des ressortissants étrangers, était une réaction aux mesures prises en 1902 par l'Italie, l'Allemagne et la Grande-Bretagne contre le Venezuela, qui n'avait pas payé des dettes contractuelles dues à des ressortissants de ces pays. C'est ainsi qu'a été adoptée par la suite la Convention Porter de 1907 concernant la limitation de l'emploi de la force pour le recouvrement de dettes contractuelles (Convention II de la Conférence de la paix de La Haye de 1907), dont l'article premier faisait obligation aux États de « ne pas avoir recours à la force armée pour le recouvrement de dettes contractuelles réclamées au gouvernement d'un

pays par le gouvernement d'un autre pays comme dues à ses nationaux ». Il ressortait toutefois de l'article que cette interdiction de recourir à la force n'était pas absolue puisqu'il était disposé plus loin dans le texte que :

« cette stipulation ne pourra être appliquée quand l'État débiteur refuse ou laisse sans réponse une offre d'arbitrage, ou, en cas d'acceptation, rend impossible l'établissement du compromis, ou, après l'arbitrage, manque de se conformer à la sentence rendue⁷¹. »

49. Ce sont ces précédents, auxquels s'ajoute l'interdiction du recours à la force prévue à l'Article 2, paragraphe 4, de la Charte des Nations Unies, qui ont amené les précédents rapporteurs spéciaux de la Commission à affirmer que le recours à la force est interdit comme moyen de protection diplomatique.

50. En 1956, M. García Amador a présenté un rapport contenant plusieurs « bases de discussion » (en prélude au projet d'articles), dans lesquelles il soulignait que les réclamations faisant intervenir la protection diplomatique devaient être réglées par des moyens pacifiques et affirmait :

« L'exercice direct de la protection diplomatique n'impliquera en aucun cas la menace ou l'emploi effectif de la force ou d'une autre forme quelconque d'intervention dans les affaires intérieures ou extérieures de l'État défendeur⁷². »

Il ne ressort pas des débats de la Commission que ces dispositions aient suscité des objections, mais les seules opinions favorables qui aient été exprimées à leur endroit sont celles de M. Krylov et de M. Spiropoulos, qui les ont brièvement mentionnées pour les approuver⁷³. Pourtant, elles n'ont jamais été reprises dans aucun des rapports ultérieurs.

51. Dans son rapport préliminaire, M. Bennouna a déclaré, sans y apporter de réserve, que l'État « ne peut

⁶⁷ Articles 47 à 50.

⁶⁸ Les plus connues des interventions récentes de ce genre sont sans doute celles des États-Unis à la Grenade en 1983 (*American Journal of International Law*, 1984, vol. 78, p. 131 et 200) et au Panama en 1989 (*ibid.*, 1990, vol. 84, p. 494 et 545).

⁶⁹ Voir *supra*, note 8.

⁷⁰ Voir García Amador, premier rapport, *supra* note 35, p. 217, et *Papers Relating to the Foreign Relations of the United States* 1903, p. 1 à 5.

⁷¹ *Les Conventions de la Conférence de La Haye, 1899 et 1907*, et Fondation Carnegie pour la paix internationale (1915) 89, reproduit dans García Amador, premier rapport, *supra* note 35, p. 217.

⁷² Base de discussion No VII, par. 3, dans García Amador, premier rapport, *supra* note 35, p. 221. Voir aussi *ibid.*, p. 216 à 219.

⁷³ *Annuaire ... 1956*, vol. I, 371^e séance (20 juin 1956), p. 252 et 253.

recourir à la menace et à l'emploi de la force dans l'exercice de la protection diplomatique »⁷⁴.

52. Vouloir interdire la menace ou l'emploi de la force dans l'exercice de la protection diplomatique est louable, mais c'est faire peu de cas du droit international contemporain tel qu'il ressort des interprétations de la Charte des Nations Unies et de la pratique des États. Dans son ouvrage intitulé *Droit international public*, Nguyen Quoc Dinh rend bien compte du dilemme devant lequel se trouve actuellement le droit international lorsqu'il déclare qu'il est interdit d'employer la force dans le cas de la protection diplomatique, mais considère ensuite comme « délicate » la question de la légalité des cas dans lesquels des États sont intervenus militairement pour protéger leurs nationaux⁷⁵. Contrairement aux rapports précédents, le présent rapport rend compte de l'état actuel du droit international en la matière et les limites qu'il propose d'apporter au recours à la force sont celles qui ressortent de la pratique actuelle des États.

53. La Charte des Nations Unies prévoit une interdiction générale de recourir à la force dans son Article 2, dont le paragraphe 4 se lit comme suit :

« Les Membres de l'Organisation s'abstiennent, dans leurs relations internationales, de recourir à la menace ou à l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout État, soit de toute autre manière incompatible avec les buts des Nations Unies. »

La seule exception à cette disposition, qui autorise les États à recourir unilatéralement à la force, est prévue à l'Article 51, qui traite du droit de légitime défense.

54. Il est clair que le recours à la force aux fins du recouvrement de dettes contractuelles est interdit par le paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte⁷⁶. Sont de même interdits la menace ou l'emploi de la force en guise de représailles pour protéger des nationaux. Mais ce n'est pas ici le lieu de débattre des représailles et du recours à la force. Il suffit de dire que l'Assemblée générale a condamné les représailles comme étant

contraires à la Charte des Nations Unies dans la Déclaration de 1970 relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies⁷⁷, conclusion qui a été confirmée par la Cour internationale de Justice dans son avis consultatif sur la *licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*⁷⁸ et dans des travaux scientifiques⁷⁹. Si des spécialistes avancent que des représailles « raisonnables » sont tolérées par le droit international⁸⁰, c'est parce qu'il est difficile de faire le partage entre les mesures de représailles qui sont parfois prises après une agression armée pour prévenir de futures agressions et la légitime défense. Aussi important que soit ce débat, il n'a rien à voir avec le recours à la force pour protéger des ressortissants, qui doit être une réaction immédiate pour assurer la sécurité de ressortissants et non une action punitive ultérieure.

⁷⁷ Dans la Déclaration, l'Assemblée générale proclame que « les États ont le devoir de s'abstenir d'actes de représailles impliquant l'emploi de la force » (résolution 2625 (XXV), annexe, sect. 1).

⁷⁸ *Cour internationale de Justice, Recueils ... 1996*, p. 246, par. 46.

⁷⁹ C. Tomuschat, « Article 2(3) », dans B. Simma (éd.), *The Charter of the United Nations : A Commentary* (1994) p. 105; D. W. Bowett, « Reprisals Involving Recourse to Armed Force » (1972) 66 A. J. I. L. p. 1 (ci-après : « Bowett, Reprisals »); K. J. Partsch, « Reprisals » (1982) 9 E. P. I. L. p. 332; García Amador, First Report, *supra* note 35, p. 217, Harvard Law School, *Research in International Law*, II. Responsibility of States p. 217 et 218 (1929) cité dans García Amador, premier rapport, *supra* note 35, p. 216; R. Higgins, *The Development of International Law through the Political Organs of the United Nations* (1963), p. 216 et 217; I. Brownlie, *International Law and The Use of Force by States* (1963), p. 281 (ci-après : « Brownlie, Use of Force »); Verdross et Simma, *supra* note 75, p. 294 et 295 (par. 480); O. Schachter, *International Law in Theory and Practice* (1991), p. 128 et 129; B. O. Bryde, « Self-Defence » (1982) 4 E. P. I. L., p. 215 et 216; K. J. Partsch, « Self-Preservation » (1982) 4 E. P. I. L., p. 218 se référant à la Déclaration sur les relations amicales et l'Acte final de la Conférence d'Helsinki, R. Barsotti, « Armed Reprisals » dans A. Cassese (éd.), *The Current Regulation of the Use of Force* (1986) 79, p. 79 et 80.

⁸⁰ Voir Bowett, Reprisals, *supra* note 79, p. 3; Shaw *supra* note 39, p. 786; Y. Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, 2e éd. (1994), p. 222; Partsch, « Reprisals », *supra*, note 79, p. 332; Partsch, « Self-preservation », *supra*, note 79, p. 218 et 219.

⁷⁴ Bennouna, Rapport préliminaire, *supra* note 15, p. 4, par. 11.

⁷⁵ 6e éd. (1999) P. Daillier et A. Pellet (éds.), P. 777 et 908. Voir aussi A. Verdross et B. Simma, *Universelles Völkerrecht : Theorie und Praxis*, 3e éd. (1984), p. 905 (par. 1338).

⁷⁶ *Oppenheim's International Law*, *supra* note 34, p. 441.

55. Le recours à la menace ou à l'emploi de la force dans l'exercice de la protection diplomatique ne peut être justifié qu'en cas de légitime défense. C'est cette question qu'il faut étudier dans le cadre de la présente étude sur la protection diplomatique. Rien n'autorise à penser que la défense des ressortissants puisse être qualifiée d'intervention humanitaire en dépit du fait que certains auteurs⁸¹ ne font pas clairement la distinction entre l'intervention humanitaire pour protéger les ressortissants de l'État auteur du préjudice et l'intervention d'un État pour protéger ses propres ressortissants.

56. Le droit de légitime défense tel que le reconnaît le droit international a été formulé bien avant 1945. Conformément à ce droit, toute mesure prise au titre de la légitime défense devait être une riposte, immédiate et commandée, par la nécessité à une situation mettant en péril la sécurité de l'État et ses intérêts vitaux. La riposte ne devait pas être disproportionnée. Le droit était d'une portée étendue, qui comprenait aussi bien les mesures prises par anticipation que les interventions pour protéger des ressortissants⁸².

57. L'Article 51 de la Charte des Nations Unies est moins généreux. Il prévoit ce qui suit :

« Aucune disposition de la présente Charte ne porte atteinte au droit naturel de légitime défense, individuelle ou collective, dans le cas où un Membre des Nations Unies est l'objet d'une agression armée, jusqu'à ce que le Conseil de sécurité ait pris les mesures nécessaires pour maintenir la paix et la sécurité internationales. Les mesures prises par des Membres dans l'exercice de ce droit de légitime défense sont immédiatement portées à la connaissance du Conseil de sécurité et n'affectent en rien le pouvoir et le devoir qu'a le Conseil, en vertu de la présente Charte, d'agir à tout moment de la manière qu'il juge nécessaire pour maintenir ou rétablir la paix et la sécurité internationales. »

⁸¹ N. Ronzitti, *Rescuing Nationals Abroad Through Military Coercion and Intervention on Grounds of Humanity* (1985); W. Verwey, « Humanitarian Intervention » in A. Cassese (éd.) *The Current Regulations of the Use of Force* (1986), p. 57; Nguyen Quoc Dinh, *supra*, note 75, p. 908 et 909.

⁸² D. W. Bowett, *Self-Defence in International Law* (1958), p. 96 à 105 (ci-après : Bowett, *Self-Defence*).

Certains auteurs⁸³ soutiennent que l'Article 51 donne une définition complète et exclusive du droit de légitime défense, qu'il limite aux cas dans lesquels un État a fait l'objet d'une agression armée, alors que d'autres affirment que les mots « droit naturel » figurant dans l'Article 51 sauvegardent le droit coutumier antérieur à la Charte⁸⁴. Dans l'affaire du *Nicaragua*, la Cour internationale de Justice a adopté cette dernière façon de voir lorsqu'elle a constaté « que l'Article 51 de la Charte n'a de sens que s'il existe un droit de légitime défense "naturel" ou "inhérent", dont on voit mal comment il ne serait pas de nature coutumière, même si son contenu est désormais confirmé par la Charte et influencé par elle ⁸⁵ ». Elle a confirmé cette façon de voir dans son avis consultatif sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, lorsqu'elle a déclaré que certaines des limites à l'exercice de la légitime défense « sont inhérentes à l'idée même de légitime défense », tandis que d'autres sont précisées à l'Article 51. En outre, a déclaré la Cour,

« La soumission de l'exercice du droit de légitime défense aux conditions de nécessité et de proportionnalité est une règle du droit international coutumier⁸⁶. »

58. Si l'Article 51 sauvegarde le droit de légitime défense tel qu'il existe en droit coutumier, il est difficile de soutenir que l'interdiction faite par la Charte de recourir à la force s'étend à la protection des ressortissants à l'étranger⁸⁷. Cela est d'autant plus difficile à

⁸³ Brownlie, *Use of Force*, *supra* note 79, p. 272 à 275; Verdross et Simma, *supra* note 75, p. 288 (par. 470); H. Kelsen, *Law of the United Nations* (1950), p. 914.

⁸⁴ Bowett, *Self-Defence*, *supra* note 82, p. 184 à 186; C. H. M. Waldock, « The Regulation of the Use of Force by Individual States in International Law » (1952 II), 81, *Recueil des cours* 451, p. 496 et 497; H. G. Franzke, « Die militärische Abwehr von Angriffen auf Staatsangehörige im Ausland – insbesondere ihre Zulässigkeit nach der Satzung der Vereinten Nationen » (1966) 16 *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, p. 169 et 170.

⁸⁵ Cour internationale de Justice, *Recueil...* 1986, 14, p. 94.

⁸⁶ *Supra*, note, p. 245, par. 41.

⁸⁷ Bowett, *Self-Defence*, *supra* note 82, p. 87 à 105; Dinstein *supra* note 80, p. 212; G. N. Barrie, « Forcible Intervention and International Law » (1999) 116, *South African Law Journal* 791, p. 800; G. Dahm, *Völkerrecht* (1961), 209. *Sed contra*, voir Brownlie, *Use of Force*, *supra* note 79, p. 289 à 301; affaire du *Détroit de Corfou (Fond)*, Cour internationale de Justice, *Recueil...*

soutenir si l'on considère la pratique des États depuis 1945, qui est largement en faveur de l'intervention militaire pour protéger des ressortissants à l'étranger dans des situations de crise⁸⁸ et le fait que ni les tribunaux⁸⁹, ni les organes politiques⁹⁰ des Nations Unies n'ont condamné cette pratique. Comme l'a dit Oppenheim dans son ouvrage *Oppenheim's International Law*, « les États ne se sont guère montrés enclins à considérer que l'intervention dûment limitée à la protection des nationaux dans des situations de crise n'était pas justifiée⁹¹ ».

59. Tous s'accordent généralement à reconnaître, toutefois, qu'il a été fait dans le passé un usage abusif du droit de recourir à la force pour protéger des ressortissants⁹² et que c'est un droit qui se prête à un usage

abusif⁹³. Il faut donc le formuler de façon limitative pour qu'il soit clair, premièrement, qu'il ne peut être invoqué pour protéger les biens nationaux d'un État à l'étranger⁹⁴ et, deuxièmement, qu'il ne peut être invoqué que dans des situations d'urgence pour justifier le sauvetage de ressortissants étrangers. Le raid des commandos israéliens sur l'aéroport d'Entebbe⁹⁵ (Ouganda) en 1976 est un exemple d'opération de sauvetage de ce genre. Le présent article, auquel ce précédent sert de base, a pour objet de limiter le droit de recourir à la force pour protéger des ressortissants aux situations d'urgence dans lesquelles ils sont exposés à un danger immédiat et l'État sur le territoire duquel ils se trouvent ne peut ou ne veut les protéger. Il semble en effet que cela corresponde plus exactement à la pratique des États qu'une interdiction absolue de recourir à la force (qui ne concorde pas avec la pratique actuelle des États) ou un droit général d'intervenir (qui ne concorde pas avec les protestations que de telles interventions ont soulevé de la part de l'État lésé ou d'États tiers). Du point de vue stratégique, il vaut mieux reconnaître l'existence d'un tel droit, quitte à le limiter strictement, que de feindre d'en ignorer l'existence, laissant ainsi les États libres d'invoquer les arguments

1949, p. 35; Ronzitti, *supra* note 81; G. Tunkin, « Politics, Law and Force in the Interstate System » (1989 VII) 219, *Recueil des cours*, p. 337 et 338; V. I. Menzhinsky, *Neprimeniie sily v mezhdunarodnyh otnosheniiah* (1976), p. 97 et 98. On voit mal quelles conclusions il faut tirer à ce sujet de l'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Nicaragua*. La Cour n'a pas voulu se prononcer sur la question de la licéité de la légitime défense anticipée (*supra* note 85, p. 103, par. 194), mais elle n'a pas fait mention du statut actuel du droit en matière de défense des nationaux en tant que forme de légitime défense.

⁸⁸ *Oppenheim's International Law*, *supra*, note 34, p. 440, 441 et 442.

⁸⁹ Dans l'affaire relative au personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran, Cour internationale de Justice, *Recueil... 1980*, p. 18, la Cour internationale de Justice n'a pas voulu se prononcer sur la licéité de la tentative malheureuse des États-Unis pour sauver des otages « dans l'exercice de leur droit naturel de légitime défense ». Les juges Morozov (p. 57) et Tarazi (p. 64), toutefois, ont rejeté l'argument des États-Unis et conclu que l'opération de sauvetage n'était pas justifiée par l'Article 51 de la Charte. Voir J. R. D'Angelo, « Resort to Force by States to Protect Nationals: The U.S. Rescue Mission to Iran and its Legality under International Law » (1981), 21 *Virginia J. of Int. Law*, p. 485.

⁹⁰ Dans tous les cas où la force a été employée pour sauver ou protéger des nationaux, le Conseil de sécurité a été dans l'impossibilité de parvenir à une décision approuvant ou désapprouvant l'intervention. Après le raid d'Entebbe, en 1976, une résolution condamnant Israël - document des Nations Unies portant la cote S/12139 - n'a pas été mise aux voix; (1976) 15 *I.L.M.*, p. 1227.

⁹¹ *Supra*, note 34, p. 440.

⁹² Voir, par exemple, les critiques des interventions militaires des États-Unis à Grenade et au Panama. Voir

(1994) 78 *A.J.I.L.*, p. 200; (1984) 78 *A.J.I.L.* p. 131; (1990) *A.J.I.L.* p. 545; P. Nanda, « U.S. Forces in Panama : Defenders, Aggressors or Human Right Activists? The validity of United States Intervention in Panama under International Law » (1990) 84 *A.J.I.L.*, p. 494.

⁹³ Voir Brochard *supra* note 50 p. 331 et 447; García Amador, premier Rapport, *supra* note 35 p. 216; Guha Roy *supra* note 38, p. 880 et 887; García Amador, *Changing Law*, *supra* note 39 à 79; Lillich, *Human Rights*, *supra* note 5, p. 14 et 15; F. Orrego Vicuña, *The Changing Law of Nationality of Claims : Final Report submitted to the International Law Association Committee on Diplomatic Protection*. Manuscrit non publié, 3 (ci-après Orrego Vicuña, *Changing Law*). Pour les opinions défavorables à l'idée qu'il existe un réel danger qu'il soit fait un usage abusif de la protection diplomatique, voir Dunn, *supra* note 12, p. 19.

⁹⁴ *Oppenheim's International Law*, *supra* note 34, p. 441; Shaw *supra* note 39, p. 793; Franzke *supra*, note 84, p. 171.

⁹⁵ Voir R. D. Margo, « The Legality of the Entebbe Raid in International Law » (1977) 94 *South African Law Journal*, p. 306; F. A. Boyle, « The Entebbe Hostage Crisis » (1982), p. 29, *Netherlands International Law Review*, p. 32; 1976 U.N.Y.B. 315 à 320; (1976) 15 *I.L.M.* 1224.

traditionnels à l'appui d'un droit d'intervention étendu, ce qui entraînera de nouveaux usages abusifs.

60. Dans la pratique, le droit de recourir à la force pour protéger des ressortissants a été invoqué pour protéger des non ressortissants lorsqu'ils étaient menacés en même temps que des nationaux de l'État de protection⁹⁶. Dans une situation d'urgence, il sera aussi difficile qu'inopportun de faire une nette distinction entre ressortissants et non ressortissants. Rien ne s'oppose à ce que l'État de protection sauve des non ressortissants exposés aux mêmes dangers immédiats que ses ressortissants, à condition que les personnes menacées soient en majorité des ressortissants de cet État. Lorsque les personnes menacées sont en majorité des non ressortissants, le recours à la force pourrait être considéré comme un acte d'humanité – ce qui le justifierait – mais non comme un acte de légitime défense relevant de la protection de ressortissants. La question de savoir si le droit international reconnaît un droit d'intervenir par la force à des fins humanitaires n'entre pas dans le cadre de la présente étude.

Article 3

L'État de nationalité a le droit d'exercer la protection diplomatique à l'égard d'un de ses nationaux lésé par un autre État. Sous réserve de l'article 4, l'État de nationalité exerce ce droit à sa discrétion.

Commentaire

61. La question de savoir à qui appartiennent les droits qui sont revendiqués lorsque l'État de nationalité met en cause la responsabilité d'un autre État pour un préjudice causé à un de ses nationaux est l'aspect le plus controversé de la protection diplomatique. La conception classique veut que l'État de nationalité agisse en son nom propre, le préjudice causé à un de ses nationaux, équivalant à un préjudice causé à l'État lui-même. Cette doctrine est aujourd'hui contestée car elle apparaît criblée d'inconsistances internes et relever de la pure fiction. L'évolution actuelle qui donne aux individus directement accès aux organes judiciaires internationaux pour revendiquer leurs droits aussi bien à l'égard d'États étrangers que dans l'État de nationalité va dans le sens des critiques dont elle fait l'objet.

⁹⁶ Oppenheim's *International Law*, *supra*, note 34, p. 442.

62. La conception traditionnelle découle d'une déclaration de Vattel qui affirme que quiconque maltraite un citoyen porte directement préjudice à l'État, qui doit le protéger⁹⁷. C'est ce préjudice indirect qui, pendant des siècles, a constitué la base de la protection diplomatique. La thèse que l'État a un intérêt général dans le traitement réservé à ses nationaux à l'étranger, dans le respect du droit international, d'où découle nécessairement la corollaire qu'il revendique un droit qui lui est propre lorsqu'il engage une réclamation internationale pour un préjudice subi par un de ses nationaux, a été confirmée à maintes reprises par les tribunaux internationaux. C'est dans le jugement de la Cour permanente de justice internationale dans l'affaire des Concessions *Mavrommatis* que l'on trouve formulée cette conception classique :

« En prenant fait et cause pour l'un de ses siens, en mettant en mouvement, en sa faveur, l'action diplomatique ou l'action judiciaire internationale, cet État fait à vrai dire valoir son droit propre, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants le droit international. Il n'y a donc pas lieu, à ce point de vue, de se demander si, à l'origine du litige, on trouve un intérêt privé, ce qui d'ailleurs arrive dans un grand nombre de différends entre États. Du moment qu'un État prend fait et cause pour l'un de ses nationaux devant une juridiction internationale, cette juridiction ne connaît comme plaideur que le seul État⁹⁸. »

C'est à cette doctrine qu'adhère le Rapport Guerrero adopté par le Sous-Comité d'experts de la Société des Nations pour la codification progressive du droit international⁹⁹ et le projet de la Harvard Law School de 1929¹⁰⁰. Ce principe a également été réaffirmé par la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Nottebohm*

⁹⁷ Vattel, voir *supra*, note 43, p. 136.

⁹⁸ Voir *supra*, note 7, p. 12. La Cour a fait 15 ans plus tard une déclaration dans les mêmes termes dans l'affaire du *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, *ibid*.

⁹⁹ García Amador, Premier rapport, voir *supra*, note 35, p. 192.

¹⁰⁰ Projet relatif à la responsabilité internationale des États à raison des dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens d'étrangers, art. 1 (1929) 23 A.J.I.L., Supplément spécial No 22.

en 1955 alors que la conception traditionnelle avait déjà fait l'objet de critiques¹⁰¹ :

« La protection diplomatique et la protection par la voie judiciaire internationale constituent une mesure de défense des droits de l'État¹⁰². »

À sa session de 1965 à Varsovie, l'Institut de droit international a conclu que :

« Une réclamation internationale présentée en raison d'un dommage subi par un individu possède le caractère national de l'État lorsque cet individu est un national de cet État ou une personne que cet État est autorisé, en vertu du droit international, à assimiler à ses propres nationaux aux fins de la protection diplomatique¹⁰³. »

63. On a soutenu que c'était sur le droit de légitime défense, le droit à l'égalité de traitement et le droit de libre communication que se fondait le droit qu'avait l'État de veiller au respect du droit international dans la personne d'un de ses nationaux¹⁰⁴. On trouvera une explication plus satisfaisante dans le commentaire fait par Brierly en 1928 de l'assertion qu'un préjudice subi par un national est un préjudice causé à l'État de nationalité :

« Une telle conception n'introduit pas, comme on le laisse entendre parfois, une fiction légale; elle ne découle pas davantage... de quelque chose d'aussi intangible que "l'honneur national blessé"; elle exprime simplement cette évidente vérité que les effets préjudiciables d'un déni de justice ne sont pas restreints à l'individu lésé ou à sa famille, mais ont pour conséquence de susciter la méfiance et un sentiment d'insécurité parmi les autres étrangers se trouvant en semblable situation... Le gouvernement concerné a alors plutôt intérêt à faire respecter les principes du droit international qu'à obtenir réparation pour un de ses nationaux dans un cas particulier¹⁰⁵... »

La conception de Brierly part du principe que l'individu n'a pas capacité pour présenter lui-même une réclamation internationale¹⁰⁶, hypothèse sur laquelle insiste Geck dans l'*Encyclopaedia of Public International Law*, lorsqu'il affirme que la doctrine classique de la protection diplomatique découle nécessairement de l'absence d'un droit international correspondant au bénéfice de l'individu lésé¹⁰⁷.

64. La notion qu'un préjudice causé à un individu équivaut à un préjudice causé à l'État n'est pas systématiquement invoquée devant la justice. Lorsqu'un État intente une action au nom de ses nationaux, il est rare qu'il fasse valoir un droit propre et le plus souvent il se réfère à l'individu lésé comme étant le « plaideur »¹⁰⁸. Dans l'affaire *Interhandel*, la Cour internationale de Justice dit de l'État demandeur qu'il « a fait sien » la cause d'un de ses nationaux qui se serait vu dénier ses droits dans un autre État, en violation du droit international¹⁰⁹.

65. Il n'est donc pas surprenant que certains auteurs¹¹⁰ puissent soutenir que lorsqu'il exerce sa protection diplomatique, l'État agit au nom de l'individu lésé, pour faire appliquer le droit de ce dernier, plutôt qu'un droit qui lui est propre. L'absence de logique dans la doctrine classique, s'agissant de l'exigence de la continuité de la nationalité, de la règle de l'épuisement des recours locaux, et la pratique consis-

¹⁰⁶ Ibid., p. 47.

¹⁰⁷ Voir *supra*, note 28, p. 1057. Voir également García Amador, Responsabilité de l'État, note 15, p. 471.

¹⁰⁸ C'est le point de vue qui a été adopté par les auteurs du projet de convention de 1960 de la Harvard Law School, relatif à la responsabilité internationale des États à raison des dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens d'étrangers. Voir *supra*, Sohn et Baxter, note 37, article 21 5), p. 578. En 1915, Borchard décrivait déjà la protection diplomatique comme un recours légal extraordinaire ouvert au citoyen, à la discrétion de l'État. Voir *supra*, note 50, p. 353.

¹⁰⁹ C.I.J., Recueil 1959, p. 27.

¹¹⁰ Pour un exposé plus détaillé de ces arguments, voir García Amador, Premier rapport, voir *supra*, note 35, p. 192-193; note 15, p. 413 à 428; García Amador, Responsabilité de l'État, voir *supra*, note 15, p. 413 à 428; García Amador, *Changing Law*, voir *supra*, note 39, p. 497 à 501; Bennouna, *Rapport préliminaire*; voir *supra*, note 15, p. 5 à 11, 14 et 15; Orrego Vicuña, *Changing Law*, voir *supra*, note 93, p. 1 à 6, Geck, voir *supra*, note 28, p. 1057 à 1059; Guha Roy, voir *supra*, note 38, p. 877 et 878.

¹⁰¹ Voir, à titre d'exemple de ces critiques, P. C. Jessup, *A Modern Law of Nations*, réimpression (1968), p. 116.

¹⁰² Voir *supra*, note 47, p. 24.

¹⁰³ Résolutions de l'Institut de droit international, 1957-91 (1992) 56, art. 3.

¹⁰⁴ Borchard, voir *supra*, note 50, p. 353, où sont mentionnés Hall, Rivier, Despagnet, Pomeroy et Oppenheim.

¹⁰⁵ Voir, *supra*, note 17, p. 48.

tant à mesurer le dommage subi par l'État en fonction du dommage subi par l'individu, vient à l'appui de ce point de vue. Certains auteurs se sont efforcés de dissimuler les faiblesses de la doctrine classique en expliquant que c'était à l'individu qu'appartenait concrètement le droit, mais que l'État conservait celui – procédural – de le faire appliquer¹¹¹. D'autres se montrant moins indulgents à l'égard de la doctrine classique préfèrent l'écarter purement et simplement, considérant que c'est une doctrine fictive qui n'a plus sa place dans le droit moderne relatif à la protection diplomatique¹¹².

66. L'évolution du droit international concernant les droits de l'homme, qui fait que le droit international accorde une place plus importante à l'individu, a encore contribué à affaiblir la doctrine classique. Si un individu a le droit, en vertu des instruments relatifs aux droits de l'homme, de se prévaloir devant un organe international de ses droits fondamentaux à l'encontre de son propre État de nationalité ou d'un État étranger, on peut difficilement soutenir que lorsqu'un État exerce sa protection diplomatique au nom d'un individu, il fait valoir un droit qui lui est propre. Les traités concernant les investissements qui ouvrent des recours juridiques aux personnes physiques et morales devant des organes internationaux soulèvent des difficultés semblables à l'égard de la doctrine classique.

67. On ne prétend pas justifier la conception classique en arguant qu'il s'agit d'une doctrine cohérente. Ce serait tout à fait inexact; car ainsi que l'a noté Brierly dans *The Law of Nations*, il est exagéré de dire que chaque fois qu'un national d'un État est lésé dans un État étranger, il s'ensuit que l'État de nationalité dans son ensemble est nécessairement lui aussi lésé¹¹³. En outre, en tant que doctrine, cette conception est affaiblie par la pratique qui contredit la notion qu'un préjudice causé à un individu équivaut à un préjudice causé à l'État, et par l'évolution contemporaine du droit relatif aux droits de l'homme et du droit relatif aux investissements à l'étranger qui autorise un individu à intenter de son propre chef une action devant les tribunaux internationaux. On ne saurait par conséquent

contester que la notion qu'un dommage causé à un national équivaut à un dommage causé à l'État est une pure fiction.

68. On se préoccupe davantage dans le présent rapport de l'utilité que peut avoir la conception classique que de savoir si elle repose sur des bases logiques. Comme on l'a dit dans l'introduction¹¹⁴, la protection diplomatique, même si elle est fondée sur de fausses prémisses, est une institution acceptée en droit international coutumier, et l'on continue de s'en prévaloir utilement pour protéger les droits de l'homme. Elle offre un recours potentiel permettant de protéger des millions d'étrangers qui n'ont pas accès aux organes internationaux, et elle constitue un recours utile pour ceux qui ont accès aux recours souvent peu efficaces que prévoient les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme.

69. Le débat concernant l'identité du détenteur du droit de protection diplomatique a d'importantes conséquences quant à l'étendue et l'efficacité de ce droit. Si le détenteur en est l'État, celui-ci peut le faire appliquer indépendamment des recours dont peut éventuellement se prévaloir l'individu devant une instance internationale. Si, d'un autre côté, c'est l'individu qui est le détenteur du droit, il devient alors possible d'arguer que le droit de l'État est un droit purement supplétif et procédural – c'est-à-dire un droit qui ne peut s'exercer qu'en l'absence de recours accessible à l'individu. C'est là l'argumentation présentée par Orrego Vicuña dans son rapport final de 1999 à l'International Law Association Committee on Diplomatic Protection :

« Il semble plus approprié de n'accorder à la protection diplomatique qu'un rôle supplétif dans la mesure où un tel mécanisme ne pourrait intervenir que lorsque aucune procédure internationale n'est directement accessible à l'individu lésé. Il convient de noter, toutefois, que si des recours sont directement accessibles, la protection diplomatique serait purement et simplement exclue, à l'exception, peut-être, des cas dans lesquels elle serait nécessaire pour assurer l'exécution d'une décision de réparation ou le respect d'une décision rendue en faveur de l'intéressé : il ne saurait, en particulier, être question de protection diplomatique une fois que celui-ci aurait eu recours, au

¹¹¹ Voir *supra*, Geck, note 28, p. 1058; Guha Roy, note 38, p. 878.

¹¹² Bennouna, Rapport préliminaire, voir *supra*, note 15, p. 8. Voir aussi Bennouna, « La protection diplomatique, un droit de l'État? » dans Boutros Boutros-Ghali *Amicorum Discipulorumque Liber. Paix, développement, démocratie* (1998), p. 245.

¹¹³ Sixième édition (1963), p. 276.

¹¹⁴ Voir *supra*, p. 17 à 31.

lieu de se prévaloir de cette protection, à des procédures internationales.

Subsiste la possibilité d'actions parallèles dans lesquelles l'État pourrait s'associer à la réclamation, en même temps que l'individu concerné ferait entrer en action les remèdes directs, mais cette double action ne manquerait pas de perturber de diverses manières le bon déroulement des procédures et risquerait en fin de compte d'en compromettre l'issue¹¹⁵. »

Cette opinion reflète la position défendue par García Amador dans ses rapports à la Commission du droit international¹¹⁶.

70. Une solution de compromis a été proposée par Jessup¹¹⁷ et Sohn et Baxter dans le projet de convention de la Harvard Law School de 1960 relatif à la responsabilité internationale des États en raison des dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens d'étrangers¹¹⁸, qui autoriserait à la fois l'individu lésé et l'État de nationalité à engager des réclamations à l'encontre de l'État responsable, priorité étant toutefois donnée à la réclamation de l'État. L'article 3 est compatible avec une telle solution : il laisse à l'individu la possibilité de présenter une réclamation au niveau international – *lorsqu'un tel recours lui est ouvert*; mais il ne restreint en aucune manière la capacité qu'a l'État d'intervenir lui-même.

71. Doehring offre encore une autre solution en proposant que l'État engage une réclamation lorsque ses

propres droits sont affectés, ce qui s'appliquerait également dans le cas où un national serait exproprié de ses biens. Lorsque seraient lésés les droits fondamentaux de l'individu, à la fois l'individu et l'État pourraient engager des réclamations. Cette proposition est également compatible avec la proposition d'article 3¹¹⁹.

72. On peut aussi faire valoir un autre argument qui enlève à la protection diplomatique son caractère fictif. Cet argument, qui réduit considérablement la portée de la protection diplomatique, est le suivant : la conception selon laquelle un préjudice subi par un individu équivaut à un préjudice causé à l'État est fictive uniquement lorsque l'intervention de l'État vise à protéger un individu isolé ou un petit groupe d'individus dont les droits fondamentaux, y compris les droits de propriété, ont été violés par l'État sur le territoire duquel ils se trouvent. Lorsque le préjudice est systématique et vise un nombre important de nationaux, attestant ainsi d'une politique de discrimination visant les nationaux d'un État donné, l'État de nationalité est en fait lui-même lésé, le comportement de l'État du territoire faisant offense à l'État de nationalité¹²⁰. Dans le second cas, et dans le second cas seulement, l'État de nationalité peut intervenir.

¹¹⁵ Voir *supra*, note 93, p. 7 et 8.

¹¹⁶ Premier rapport, voir *supra*, note 35, p. 215 à 217; Troisième rapport, A/CN.4/111, Annuaire... 1958, vol. II, p. 61 à 63; Cinquième rapport, A/CN.4/125, Annuaire, 1960, vol. II 41, p. 51 à 55; Responsabilité de l'État, voir *supra*, note 15, p. 462 à 473.

¹¹⁷ Voir *supra*, note 101, p. 116 et 117. Jessup soutient que l'individu ne devrait être libre de recourir aux procédures internationales qu'une fois que l'État a décidé de ne pas intervenir.

¹¹⁸ Sohn et Baxter, voir *supra*, note 37, p. 578 à 580. L'article 22 du projet de convention autorise l'individu lésé à présenter directement sa propre réclamation à l'État responsable; et l'article 23 régit les réclamations présentées par l'État. Le paragraphe 1 de l'article 23 prévoit que :

« Si une réclamation est présentée à la fois par un individu et par l'État dont cet individu est un national, le droit qu'a le demandeur de présenter ou de maintenir sa réclamation est suspendu tant que l'État s'emploie à obtenir réparation ».

¹¹⁹ K. Doehring, « *S'agit-il d'un droit qui ressortit à la protection diplomatique exercée par l'État du national ou s'agit-il pour ledit État de faire appliquer des droits appartenant à l'individu lésé?* » G. Ress et T. Stein, *Der diplomatische Schutz im Völker – und Europarecht : Aktuelle Probleme und Entwicklungstendenzen* (1996) 13 p. 18 à 20. Voir également les observations analogues de Ress et Stein, *ibid.*, p. 22 et 23.

¹²⁰ Voir García Amador
« dans tous les cas mettant en cause la responsabilité d'un État en raison d'un dommage causé à la personne ou aux biens d'un étranger, les conséquences des actes ou omissions peuvent, de par leur gravité ou leur fréquence ou parce qu'elles sont le signe d'une attitude manifestement hostile à l'égard de l'étranger, avoir une portée qui dépasse le dommage personnel causé. En d'autres termes, il peut se produire des situations dans lesquelles il y a eu actes ou omissions dont les conséquences vont bien au-delà du dommage spécifique causé à l'étranger. »
Responsabilité de l'État, voir *supra*, note 15, p. 422. Voir également *ibid.* p. 466 et 467, 473 et 474; García Amador, Premier rapport, voir *supra*, note 35, p. 197, 220 Base de discussion No III 2) b); García Amador, Troisième rapport, voir *supra*, note 116, p. 62 et 65; Jessup voir *supra*, note 101, p. 118 à 120.

73. L'article 3 codifie le principe de la protection diplomatique dans sa forme traditionnelle. Il reconnaît que la protection diplomatique est un droit attaché à l'État, que celui-ci est libre d'exercer à sa discrétion (sous réserve de l'article 4) chaque fois qu'un de ses nationaux est lésé par un autre État. L'État de nationalité n'est pas limité en ce qui concerne son droit d'intervention diplomatique, aux cas où se produisent des violations massives et systématiques des droits de l'homme. Il n'est pas davantage tenu de s'abstenir d'exercer ce droit lorsque l'individu concerné peut se prévaloir d'un recours en vertu d'un traité relatif aux droits de l'homme ou aux investissements étrangers. Dans la pratique, un État s'abstiendra certainement de faire valoir son droit de protection diplomatique tant que la procédure de recours dont s'est prévalu un national lésé est en cours. Il peut aussi, lorsque cela est possible¹²¹, s'associer à l'individu pour faire valoir le droit reconnu à celui-ci en vertu du traité en question. Mais en principe, un État n'est pas tenu de se restreindre de la sorte dans la mesure où un droit qui lui est propre est violé lorsqu'un de ses nationaux est lésé.

74. Le pouvoir qu'a l'État d'intervenir à sa discrétion au nom d'un de ses nationaux est examiné dans le commentaire de l'article 4.

Article 4

1. À moins que la personne lésée ne puisse présenter une réclamation pour le préjudice subi devant une cour ou un tribunal international compétent, l'État dont elle a la nationalité a l'obligation juridique d'exercer, à la demande, la protection diplomatique à l'égard de cette personne si celle-ci en fait la demande si le préjudice est le résultat d'une violation grave d'une norme de *jus cogens* imputable à un autre État.

2. L'État de nationalité est déchargé de cette obligation lorsque :

a) L'exercice de la protection diplomatique mettrait sérieusement en danger ses intérêts supérieurs et/ou ceux de ses citoyens;

b) Un autre État exerce la protection diplomatique à l'égard de la personne lésée;

c) La personne lésée n'a pas pour nationalité effective et dominante la nationalité de cet État.

3. Les États ont l'obligation de prévoir dans leur droit interne l'exercice de ce droit devant un tribunal national compétent ou d'autres autorités nationales indépendantes.

Commentaire

75. Selon la doctrine traditionnelle de la protection diplomatique, un État a le droit, mais non l'obligation, de protéger ses nationaux. Par conséquent, le national d'un État qui subit un préjudice à l'étranger n'a pas droit à la protection diplomatique selon le droit international. Le fait que, selon ce droit, un État *n'ait aucune obligation* de protéger ses nationaux a été clairement formulé par Borchard en 1915 :

« De nombreux auteurs¹²² considèrent que la protection diplomatique est tout autant une obligation de l'État que l'un de ses droits. S'il s'agit d'une obligation au plan international, elle n'est que morale, et non pas juridique, puisqu'il n'existe aucun moyen d'en assurer la réalisation. Dans la mesure où c'est l'État qui détermine à sa discrétion si le préjudice subi par l'un de ses citoyens est suffisamment grave ou l'intérêt politique suffisamment pressant pour justifier l'exercice au nom de ce citoyen des pouvoirs de protection de la collectivité – étant entendu que les intérêts de la majorité ne peuvent pas être sacrifiés – il est clair qu'en droit international, l'État n'a aucune obligation juridique d'exercer la protection diplomatique. La question de savoir s'il a cette obligation à l'égard de ce citoyen relève de son propre droit interne, la règle générale étant que, même dans la sphère interne, l'État n'a aucune obligation juridique d'exercer la protection diplomatique¹²³. »

Borchard a déclaré aussi catégoriquement qu'il n'existe *aucun droit* à la protection diplomatique pour le national lésé :

« On peut difficilement [...] parler du pouvoir que peut avoir un citoyen d'invoquer la pro

¹²¹ Voir, par exemple, *Soering c. UK*, note 32; *Selmouni c. France*, note 32.

¹²² Borchard cite Grotius (2.25.1) et Vattel (1.2.13 à 16).

tection diplomatique du gouvernement comme d'un "droit" à la protection [...]; la demande d'intervention que ce citoyen fait à son gouvernement concerne le pouvoir discrétionnaire de celui-ci. Par conséquent, au mieux, il s'agit d'un droit imparfait [...]. Ce droit, qui n'est accompagné d'aucun pouvoir de coercition, se résume simplement au privilège de demander protection. La protection que le gouvernement est censé devoir à ce citoyen est de nature politique et non juridique, et c'est la nation dans son entier, et non pas le citoyen à titre individuel, qui a la responsabilité de sa bonne exécution¹²⁴. »

Cette position a été reprise par la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la Barcelona Traction en 1970 :

« [...] dans les limites fixées par le droit international, un État peut exercer sa protection diplomatique par les moyens et dans la mesure qu'il juge appropriés, car c'est son droit propre qu'il fait valoir. Si les personnes physiques ou morales pour le compte de qui il agit estiment que leurs droits ne sont pas suffisamment protégés, elles demeurent sans recours en droit international. En vue de défendre leur cause et d'obtenir justice, elles ne peuvent que faire appel au droit interne, si celui-ci leur en offre les moyens [...].

L'État doit être considéré comme seul maître de décider s'il accordera sa protection, dans quelle mesure il le fera et quand il y mettra fin. Il possède à cet égard un pouvoir discrétionnaire dont l'exercice peut dépendre de considérations, d'ordre politique notamment, étrangères au cas d'espèce¹²⁵. »

76. La plupart des auteurs adoptent la position traditionnelle¹²⁶, mais certains l'ont combattue. De Visscher a déclaré que « l'entière discrétion politique laissée à l'État dans l'exercice de la protection s'accorde assez mal avec le principe que le traitement dû à

l'étranger relève du droit international¹²⁷ ». Orrego Vicuña, dans son rapport à l'Association de droit international a déclaré que cet aspect constituait l'un des principaux « inconvénients » du système actuel¹²⁸.

77. Même si l'institution de la protection diplomatique peut être perçue comme un instrument de protection internationale des droits de l'homme, il n'est pas possible de la définir comme étant un droit individuel fondamental¹²⁹. C'est ce que confirment les deux instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme qui traitent des droits des étrangers : la Déclaration sur les droits de l'homme des personnes qui ne possèdent pas la nationalité du pays dans lequel elles vivent, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies en 1985¹³⁰ et la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, adoptée en 1990¹³¹, qui réaffirment le droit de tout étranger d'avoir recours à la protection de ses missions consulaires ou diplomatiques mais ne font pas obligation à son État d'origine de le protéger¹³².

78. Les récents débats de la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies ont fait apparaître les divergences de vues qui existent sur cette questions. La plupart des orateurs considèrent que la décision d'exercer la protection diplomatique constituait une prérogative de la souveraineté de l'État qui avait alors un pouvoir discrétionnaire¹³³. M. Baker

¹²³ *Supra*, note 50, p. 29.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 356.

¹²⁵ *Supra*, note 11, p. 44.

¹²⁶ D. W. Greig, *International Law* 2nd ed. (1976) 523; *Oppenheim's International Law*, *supra* note 34, p. 934; Geck, *supra* note 28, p. 1051 et 1052; García Amador, *State Responsibility*, *supra* note 15, p. 427; H. F. van Panhuys, *The Role of Nationality in International Law: An Outline* (1959), p. 103 et 221.

¹²⁷ C. de Visscher, *Théories et réalités en droit international public* (1960), p. 349.

¹²⁸ *Supra*, note 93, p. 7. Voir aussi Bennouna, *Rapport préliminaire sur la protection diplomatique*, *supra*, note 15 (par. 47 et 48).

¹²⁹ K. Skubiszewski, « Introduction » dans E. Lauterpacht et J. G. Collier (dir.), *Individual Rights and the State in Foreign Affairs: An International Compendium* (1977), p. 10.

¹³⁰ *Supra*, Note 27, art. 10.

¹³¹ *Supra*, Note 26, p. 1517, art. 23.

¹³² C. Warbrick, « Protection of Nationals Abroad: Current Legal Problems » (1988) 37 *I.C.L.Q.*, p. 1004.

¹³³ B. Sepúlveda (Mexique), A/C.6/53/SR.16; A. de Aguiar Patriota (Brésil), *ibid.*; J. Benítez Saenz (Uruguay), *ibid.*; M. Z. Reza (Indonésie), A/C.6/53/SR.15; J. O'Hara (Malaisie), *ibid.*; M. Gray (Australie), A/C.6/52/SR.23; H. W. Longva (Norvège), A/C.6/53/SR.14; F. Berman (Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord), *ibid.*; F. Orrego-Vicuña (Chili), *ibid.*; S. Fomba (Mali), qui a fait valoir cependant que le développement des droits de l'homme devrait aussi être pris en compte, A/C.6/53/SR.13; L.

(Israël) a déclaré qu'il pouvait arriver que des États soient influencés par d'importantes considérations de politique étrangère les amenant à refuser d'exercer ce droit. De plus, comme il peut arriver qu'un particulier réclame la protection à mauvais escient ou qu'une plainte soit sans fondement en droit international, l'exercice de la protection diplomatique devrait continuer de relever du pouvoir discrétionnaire de l'État afin d'éviter qu'un particulier ne mette l'État dans la position de l'auteur d'une plainte futile¹³⁴. Par contre, tout en se disant d'avis que la protection diplomatique était d'abord et avant tout la prérogative des États, Mme Skrk (Slovénie) a proposé d'examiner la pratique législative des États qui reconnaissent déjà le droit à la protection diplomatique à leurs nationaux¹³⁵.

79. Il y a eu aussi un débat sur la question de savoir si la protection diplomatique pouvait être considérée comme l'un des droits de l'homme. M. Cede (Autriche) a déclaré qu'on pouvait en douter sérieusement, l'idée n'ayant pas de fondement en droit international contemporain et ne pouvant s'intégrer dans un avenir proche à l'ordre juridique international¹³⁶. Se plaçant d'un point de vue moins rigoureux, M. Gray (Australie) a demandé que soit examiné, à la lumière des vues et de la pratique des États, le fondement juridique du droit du particulier et il a souligné la nécessité de se demander s'il s'agissait là d'un droit de l'homme¹³⁷. M. Giralda (Espagne) a soutenu apparemment que le droit à la protection diplomatique constituait l'un des droits de l'homme; il a fait valoir que le particulier avait droit à réparation pour la violation de ses droits mais aussi pour le défaut de protection diplomatique¹³⁸.

80. Les débats de la Sixième Commission ont montré que certains représentants des milieux du droit international considèrent que les particuliers doivent pouvoir réclamer la protection diplomatique à titre de droit. Une certaine pratique des États, bien que limitée, va dans ce sens. Les dispositions de la constitution d'un

certain nombre d'États, notamment les pays de l'ancien bloc communiste, reconnaissent le droit des particuliers d'invoquer la protection diplomatique pour un préjudice subi à l'étranger. Sont dans ce cas l'Albanie, le Bélarus, la Bosnie-Herzégovine, la Bulgarie, le Cambodge, la Chine, la Croatie, l'Espagne, l'Estonie, l'ex-République yougoslave de Macédoine, la Fédération de Russie, la Géorgie, le Guyana, la Hongrie, l'Italie, le Kazakhstan, la Lettonie, la Lituanie, la Pologne, le Portugal, la Roumanie, la République de Corée, la République démocratique populaire lao, la Turquie, l'Ukraine, le Viet Nam et la Yougoslavie. Généralement ces dispositions comportent une formule disant à peu près que « L'État protège les droits légitimes des citoyens de X à l'étranger » ou bien « Les citoyens de Y jouissent d'une protection lorsqu'ils résident à l'étranger ». Les constitutions de l'Italie, de l'Espagne et de la Turquie présentent des formulations très vagues et générales, garantissant la protection de certains droits des travailleurs à l'étranger, ou, dans le cas de l'Espagne, précisant que l'État « s'efforce de protéger les droit sociaux et économiques » de ses citoyens travaillant à l'étranger¹³⁹. La Constitution de l'ex-République yougoslave de Macédoine comporte une disposition encore plus restreinte à l'effet que l'État « pourvoit » au bien-être de ses citoyens à l'étranger. À l'autre extrémité de ce tableau, les Constitutions de la République de Corée et du Guyana font à ces États le « devoir » de protéger leurs citoyens à l'étranger. L'Ukraine « garantit » la protection et la Constitution polonaise mentionne le droit à la protection du citoyen à l'étranger, alors que la Constitution hongroise déclare que « Les citoyens hongrois ont droit à jouir de la protection » de la Hongrie lorsqu'ils résident à l'étranger¹⁴⁰. On voit mal si et dans quelle mesure le droit interne de ces pays assure le respect de ces droits et si ceux-ci sont davantage qu'un simple droit d'accès aux fonctionnaires consulaires à l'étranger¹⁴¹. Les constitutions citées n'en montrent pas moins que certains États jugent l'institution de la protection diplomatique souhaitable pour leurs citoyens à l'étranger.

Caflisch (observateur de la Suisse), *ibid.*; P. Tomka (Slovaquie), A/C.6/53/SR.22; O. S. Shodeinde (Nigéria), A/C.6/53/SR.17; H. M. al-Baharna (Bahreïn), A/C.6/53/SR.21.

¹³⁴ M. A. Baker (Israël), A/C.6/53/SR.15. Pour la première partie de l'argumentation, voir aussi R. Abraham (France), A/C.6/53/SR.14.

¹³⁵ Mme Skrk (Slovénie), A/C.6/52/SR.23.

¹³⁶ F. Cede (Autriche), A/C.6/53/SR.15.

¹³⁷ M. Gray (Australie), A/C.6/52/SR.23.

¹³⁸ A. P. Giralda (Espagne), A/C.6/53/SR.18.

¹³⁹ Constitution espagnole de 1992, art. 42.

¹⁴⁰ Constitution hongroise de 1949, telle que modifiée jusqu'en 1997, art. 69.

¹⁴¹ L. T. Lee, *Consular Law and Practice*, 2e éd. (1991), chap. VIII, 124 et suiv. Lee doute que l'obligation de protéger les intérêts des nationaux faite aux fonctionnaires consulaires par plusieurs lois nationales soit une question justiciable (*ibid.*, p. 125 à 127).

81. Il est difficile de cerner la pratique des États en cette matière. Dans le rapport sur la protection diplomatique qu'il a présenté à l'Association de droit international¹⁴², Orrego-Vicuña rappelle une loi chilienne du XIXe siècle qui voulait que le Ministère des affaires étrangères présente toute demande de protection diplomatique à l'Avocat général de la Cour suprême afin d'obtenir un avis juridique ayant force de droit indiquant si le Gouvernement devait exercer la protection diplomatique en l'espèce. Geck, de son côté, fait mention de droits constitutionnels non écrits à la protection diplomatique reconnus aux particuliers par certains pays; il fait aussi mention de l'existence dans d'autres États d'une obligation constitutionnelle non écrite d'accorder la protection diplomatique¹⁴³. Il décrit la tradition constitutionnelle qui s'est développée en Allemagne sous les Constitutions de 1866, de 1871 et de 1919 et qui, sans qu'il y ait de disposition constitutionnelle qui le prévoit expressément, s'applique depuis 1949 en République fédérale d'Allemagne. Selon cette tradition, l'État allemand a l'obligation constitutionnelle d'assurer la protection diplomatique lorsque certaines conditions préalables sont remplies. La Cour constitutionnelle fédérale (*Bundesverfassungsgericht*) et d'autres tribunaux allemands ont rendu des décisions où cette obligation des autorités allemandes se trouve confirmée¹⁴⁴. Outre les conditions imposées par le droit international, la protection diplomatique ne peut être accordée que si « elle ne va pas à l'encontre des intérêts supérieurs de la République fédérale »¹⁴⁵. Les tribunaux ont interprété cette condition comme reconnaissant aux autorités politiques le pouvoir discrétionnaire de décider si des intérêts supérieurs de l'État et du peuple dans son entier s'opposent à l'exercice de la protection diplomatique.

¹⁴² Orrego-Vicuña, *Changing Law*, *supra* note 93, p. 8. Voir aussi F. Orrego-Vicuña « Chili » in E. Lauterpacht et J. G. Collier, *Individual Rights and the State in Foreign Affairs : An International Compendium* (1977) 123, p. 138 à 141.

¹⁴³ Geck, *supra* note 28 p. 1052.

¹⁴⁴ *Hess-Entscheidung*, 7 juillet 1975, BVerfGE 55, p. 349, reproduit à 90 I.L.R. p. 387; *Ostverträge*, 16 décembre 1980, BVerfGE 40, p. 14, reproduit à 78 I.L.R. p. 177. Voir aussi E. Klein, « Anspruch auf diplomatischen Schutz? » dans G. Ress et T. Stein (dir.), *Der diplomatische Schutz im Völker- und Europarecht : Aktuelle Probleme und Entwicklungstendenzen* (1996) p. 125 et les commentaires pertinents.

¹⁴⁵ Geck, *supra* note 28 p. 1052.

82. Même s'il n'y a en Israël aucune disposition législative formelle imposant à l'État l'obligation de protéger les citoyens israéliens à l'étranger, et même si cette protection est généralement perçue comme relevant de la discrétion du Gouvernement, la Cour suprême a décidé en 1952 que l'État avait l'obligation de protéger un national en pays ennemi « dans la mesure où il peut le défendre grâce aux bons offices d'un Gouvernement ami »¹⁴⁶. La cour de district de Haïfa a rendu une décision semblable en 1954¹⁴⁷.

83. En Suisse, le Gouvernement n'a pas l'obligation d'exercer la protection diplomatique à l'égard de ses citoyens¹⁴⁸ mais, comme l'a souligné Caflisch, certaines dispositions de la Constitution et le Règlement du Service diplomatique et consulaire suisses de 1967 reconnaissent que les missions consulaires suisses ont une obligation restreinte de protéger les citoyens suisses si cela n'est pas préjudiciable aux intérêts de la Confédération¹⁴⁹.

84. Le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord ne reconnaît pas aux particuliers le droit de faire appliquer par les tribunaux internes l'obligation de protection diplomatique reconnue à la Couronne¹⁵⁰. Cependant, selon Warbrick, on peut aujourd'hui soutenir que les citoyens britanniques ont tout au moins l'espoir « légitime » de bénéficier de la protection diplomatique si sont remplies les conditions établies dans les règles du Royaume-Uni applicables

¹⁴⁶ Y. Blum, « Israël » in E. Lauterpacht et J. G. Collier, *Individual Rights and the State in Foreign Affairs : An International Compendium* (1977) p. 314, qui cite *Hakim c. Minister of Interior* (1952), 6 Piskei Din, p. 642.

¹⁴⁷ Ibid., citant *Attorney General c. Steiner* (1954), 9 Psakim Mehoziim 473, p. 489.

¹⁴⁸ C'est ce qui a été établi dans les décisions *Succession, Oswald c. Confédération helvétique* (1926), Arrêts du Tribunal fédéral 52 II 235 et *Gschwind c. Confédération helvétique* (1932), Arrêts du Tribunal fédéral 58 II 463, *Schoenemann c. Confédération helvétique* (1955) Arrêts du Tribunal fédéral 81 I 159 citées par Caflisch (« Switzerland » in E. Lauterpacht et J. G. Collier, *Individual Rights and the State in Foreign Affairs : An International Compendium* (1977) p. 504 et 505).

¹⁴⁹ Ibid. p. 506 à 508.

¹⁵⁰ *Muasa c. Attorney-General* (1979) A11 E. R. p. 257, 261 et 262, 78 I.L.R. p. 490; *R c. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs : Ex Parte Butt* jugement inédit de la cour d'appel rendu le 9 juillet 1999. Voir aussi la réponse du Royaume-Uni à la Commission du droit international, juillet 1999, par. 3.

aux réclamations internationales (continuité de la nationalité, épuisement des recours internes, etc.)¹⁵¹.

85. En France, le droit d'exercer la protection diplomatique est un acte de gouvernement, qui n'est pas soumis à l'examen des organes administratifs¹⁵². Aux États-Unis, même si l'exécutif n'a pas d'obligation générale d'exercer la protection diplomatique à l'égard des Américains, la loi intitulée *Hostage Act* de 1868 fait obligation au Président d'intervenir chaque fois qu'un citoyen américain a été « injustement privé de sa liberté par un Gouvernement étranger ou alors qu'il était sous son autorité ». En ce cas, le « Président peut employer tous les moyens qu'il juge nécessaires et convenables pour obtenir ou assurer la libération de ce citoyen, pourvu que ces moyens ne soient pas des actes de guerre et ne soient pas interdits par la loi »¹⁵³.

86. Dans un certain nombre d'affaires, des demandeurs britanniques, hollandais, espagnols, autrichiens, belges et français ont tenté d'établir un droit à la protection diplomatique¹⁵⁴. Bien qu'ils aient perdu leur

cause, une démarche montre bien qu'ils avaient quelques raisons de croire que ce droit leur appartenait.

87. En bref, il existe dans la pratique récente des États, les constitutions et la doctrine juridique, des signes favorables à l'idée que les États ont non seulement le droit mais aussi l'obligation légale de protéger leurs nationaux à l'étranger. Cela s'oppose clairement à la position traditionnelle. Cependant, c'est une idée qu'on ne peut rejeter sommairement parce qu'elle est dans le droit fil international contemporain, qui vise la promotion des droits fondamentaux de l'être humain, plutôt que le développement du pouvoir souverain des États. La question vaut donc d'être examinée, s'il le faut du point de vue du développement progressif. Cela irait dans le sens de l'idée présentée par Orrego-Vicuña dans son rapport de 1999 au Comité de la protection diplomatique de l'Association de droit international :

« La décision discrétionnaire du gouvernement qui refuse de prendre fait et cause pour un particulier devrait être soumise à un examen judiciaire au titre de l'équité des procédures. »¹⁵⁵.

88. L'article 4 cherche à donner effet à cette évolution comme il relève davantage du développement progressif que de la codification, on a pris soin de restreindre le devoir des États aux cas particulièrement graves, ce qui leur laisse une grande marge de manoeuvre, et d'en limiter le champ aux personnes ayant un lien de nationalité réel avec l'État dont il s'agit.

89. Il est aujourd'hui admis que les normes de *jus cogens* expriment les valeurs les plus fondamentales de la communauté internationale et que, par conséquent, elles sont celles qui méritent le plus la protection internationale¹⁵⁶. Il n'est donc pas déraisonnable de de-

¹⁵¹ *Supra* note 132 p. 1009.

¹⁵² Nguyen Quoc Dinh *supra*, note 75 p. 77.

¹⁵³ 22 U.S.C. 1732 (Supp. II 1990). Voir aussi J. Young, « *Torture and Inhumane Punishment of United States Citizens in Saudi Arabia and the United States Government's Failure to Act* » (1993) 16 *Hastings International and Comparative Law Quarterly* p. 663; K. Hughes, « *Hostages' Rights : The Unhappy Legal Predicament of an American Held in Foreign Captivity* » (1993) 26 *Columbia Journal of Law and Social Problems* p. 555.

Dans la décision *Redpath c. Kissinger*, la Cour a déclaré que le pouvoir discrétionnaire reconnu au Président pour entreprendre des négociations diplomatiques visant à assurer la libération d'un citoyen américain ne pouvait pas faire l'objet d'un examen judiciaire [415 F Supp. 566 (W.D.Tex.1976), confirmé à 545 F.2nd 167 (5th Cir)].

¹⁵⁴ Ibid. 1004, *Mutasa c. Attorney-General* *supra* note 150; *R c. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs Ex parte Butt* (1999), *supra*, note 150; affaire *Van Damme*, *NCR Handelsblad* 5 janvier 2000; *HMHK c. the Netherlands* 94 I.L.R. p. 342; *Commercial FSA c. Council of Ministers* 88 I.L.R. p. 694; affaires citées dans I. Seidl-Hohenveldern, « *Austria* » in E. Lauterpacht et J.G. Collier, *Individual Rights and the State in Foreign Affairs : An International Compendium* (1977) p. 31; *Mandelier* (1966) 81 *Journal des tribunaux* p. 721 et (1969) *Pasicrisie belge* II 246 affaires citées dans M. Waelbroeck, « *Belgium* » in E. Lauterpacht et J. G. Collier, *Individual Rights and the State in Foreign Affairs : An International Compendium*

(1977) p. 59; affaires citées dans P. Weil, « *France* » in E. Lauterpacht et J. G. Collier, *Individual Rights and the State in Foreign Affairs : An International Compendium* (1977) p. 278 et 279.

¹⁵⁵ *Supra* note 93, p. 26, clause 2.

¹⁵⁶ Voir l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (1969). L'article 19 du projet d'articles de la CDI sur la responsabilité des États adopté en première lecture qualifie de crimes internationaux les manquements aux normes destinées à protéger les intérêts les plus fondamentaux de la communauté internationale. Bien que cette disposition ne fasse pas mention du *jus cogens*, il existe une corrélation claire entre les normes *jus cogens* et les exemples cités, à savoir les actes d'agression, le refus du droit à l'autodétermination, l'esclavage, le génocide,

mander que la réaction d'un État soit de mettre en mouvement la protection diplomatique si un autre État prend des mesures contre les nationaux qui constituent un manquement grave à une norme de *jus cogens*¹⁵⁷. Si un État partie à une convention relative aux droits de l'homme à l'obligation d'assurer à quiconque relève de sa juridiction une protection efficace contre la violation des droits consacrés par cette convention et d'établir des recours adéquats¹⁵⁸, il n'y a aucune raison pour que cet État ne soit pas tenu de protéger ses propres nationaux lorsque leurs droits les plus fondamentaux sont gravement violés à l'étranger.

90. Bien entendu, il faut reconnaître à l'État une grande marge de discrétion dans l'accomplissement de cette obligation. L'article 4 2. a) permet à l'État de refuser d'exercer la protection diplomatique lorsque cela risquerait de compromettre ses intérêts nationaux et internationaux. Cependant, le paragraphe 3 assujettit la décision de l'État au contrôle d'un tribunal ou d'autres autorités nationales indépendantes. Cela suit l'idée exposée par Orrego-Vicuña à l'Association de droit international¹⁵⁹.

91. L'article 4 1. décharge l'État de l'obligation de protection si son citoyen dispose lui-même d'un recours devant un organe international compétent. Par

conséquent, lorsque l'État responsable du préjudice est partie à un instrument relatif aux droits de l'homme qui offre au particulier lésé un recours devant un tribunal ou un autre organisme, l'État de nationalité n'a aucune obligation d'exercer la protection diplomatique.

92. Dans certains cas, il se peut, que le national lésé bénéficie de la protection d'un autre État. Ceci peut se produire lorsque l'intéressé est plurinational et qu'un autre État de nationalité a exercé sa protection diplomatique. Il est possible aussi qu'un autre État dont le particulier lésé n'est pas un national décide d'exercer à son égard la protection diplomatique¹⁶⁰. Dans ce cas également, l'État de nationalité n'a pas à le faire lui-même.

93. Finalement, l'État n'a pas l'obligation d'assurer la protection d'une personne qui n'a pas de lien authentique ou effectif avec lui. Bien que cette condition, qui a été hautement affirmée dans l'affaire *Nottebohm*, soit écartée lorsque l'État d'origine décide d'exercer son droit d'intervenir au nom d'un national lésé¹⁶¹ avec lequel il a un lien de bonne foi, il semble qu'il faille la retenir pour ce qui est du *devoir* d'exercer la protection diplomatique.

Article 5

Aux fins de la protection diplomatique des personnes physiques, l'«État de la nationalité» est l'État dont l'individu objet de la protection a acquis la nationalité par sa naissance, son ascendance ou par une naturalisation de bonne foi.

Commentaire

94. Selon la doctrine traditionnelle, comme on l'a vu dans le commentaire relatif à l'article 3, le droit de l'État d'exercer sa protection diplomatique repose sur le lien de nationalité qui le lie à l'individu lésé. C'est pourquoi, sauf circonstances extraordinaires, un État ne peut étendre sa protection à des non-nationaux ni prendre fait et cause pour eux¹⁶².

l'apartheid et la pollution à grande échelle.

¹⁵⁷ Doebling fait la distinction entre des normes fondamentales des droits de l'homme et d'autres normes destinées à la protection diplomatique et aux réclamations :

« Lorsque [...] une indemnisation ou une autre forme de réparation est prévue en cas de violation d'un droit qui relève des droits dits absolus, c'est-à-dire ceux dont un être humain a toujours la jouissance à titre de sujet de droit international, [...] c'est aussi la personne lésée qui a un droit à la réparation [...] ».

(Doebling, *supra* note 119 p. 19. Voir aussi *ibid.* p. 14 et 15). De plus, et tout en faisant valoir que le droit international n'interdit ni n'établit l'obligation de protection de l'État ou ni le droit correspondant de l'individu en droit interne, il affirme que le devoir de protection peut découler de l'application du principe *pacta sunt servanda* en droit interne. Voir K. Doebling, *Die Pflicht des Staates zur Gewährung diplomatischen Schutzes* (1959) p. 15.

¹⁵⁸ Voir l'article 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, l'article 6 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale et les articles 13 et 14 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

¹⁵⁹ Voir ci-dessus, par. 87.

¹⁶⁰ Voir l'article 10. (Cet article concerne la question controversée de savoir si un État peut protéger un non-national dans le cas d'une violation *erga omnes*.)

¹⁶¹ Voir l'article 5.

¹⁶² Van Panhuys cité *supra*, note 126, p. 59 à 73; Jessup, voir *supra*, note 101, p. 99, Orrego-Vicuña, *Changing*

95. En 1923, la Cour permanente de Justice internationale a déclaré, dans l'affaire des *Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc* :

« Dans l'état actuel du droit international, les questions de nationalité sont, en principe, ... comprises dans ce domaine réservé¹⁶³. »

Ce principe a été confirmé par l'article premier de la Convention de La Haye de 1930 concernant certaines questions relatives aux conflits de loi en matière de nationalité :

« Il appartient à chaque État de déterminer par sa législation quels sont ses nationaux¹⁶⁴. »

96. Il a plus récemment été repris par la Convention européenne sur la nationalité de 1997¹⁶⁵ et il est difficile de ne pas conclure qu'il a acquis le statut de principe du droit coutumier¹⁶⁶.

97. La déclaration par laquelle un État indique qu'un individu possède sa nationalité ne peut être mise en doute à la légère. Selon Oppenheim :

« Elle crée une très forte présomption que l'individu possède la nationalité de cet État au regard du droit interne de celui-ci et que la nationalité doit être reconnue aux fins internationales¹⁶⁷. »

98. Le droit de l'État de décider de la nationalité de l'individu n'est néanmoins pas absolu. C'est ce qu'a précisé la Cour permanente de justice internationale dans l'affaire des *Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc* lorsqu'elle a déclaré que la question de savoir si une certaine matière – par exemple l'octroi de la nationalité – rentre ou ne rentre pas « dans le domaine exclusif d'un État » « est une question essentiellement relative : elle dépend du développement des rapports internationaux¹⁶⁸. » De plus, si en principe l'État a un droit absolu de décider qu'un individu est son national, d'autres États peuvent contester cette décision lorsqu'il n'y a pas suffisamment de liens entre l'État et l'individu en cause ou lorsque la nationalité a été irrégulièrement conférée¹⁶⁹.

99. L'article premier de la Convention de La Haye de 1930 concernant certaines questions relatives aux conflits de loi en matière de nationalité dispose qu'« il appartient à chaque État de déterminer par sa législation quels sont ses nationaux » mais limite la portée de cette disposition en indiquant :

« Cette législation doit être admise par les autres États, pourvu qu'elle soit en accord avec les conventions internationales, la coutume internationale et les principes de droit généralement reconnus en matière de nationalité¹⁷⁰. »

100. Aujourd'hui, des conventions, notamment dans le domaine des droits de l'homme¹⁷¹, exigent des États qu'ils observent certaines normes internationales lorsqu'ils octroient leur nationalité. C'est ce qu'a souligné la Cour interaméricaine des droits de l'homme dans l'avis consultatif qu'elle a rendu dans l'affaire des

Law, voir *supra*, note 93, p. 8; García Amador, Troisième Rapport, voir *supra*, note 116, p. 66, par. 22; Geck, voir *supra* note 28, p. 1049; D. C. Ohly, « A Functional Analysis of Claimant Eligibility » dans R. Lillich (Dir. Publ.) *International Law of State Responsibility for Injuries to Aliens* (1983), p. 284; García Amador, *Changing Law*, voir *supra*, note 39, p. 501; Oppenheim's *International Law*, voir *supra*, note 34, p. 512; affaire *Nottebohm*, voir *supra*, note 47, p. 23; Projet de convention de Harvard (1929), voir *supra*, note 100, art. 15 a); Conférence de codification de La Haye (1930), Troisième Commission, Base de discussion No 28, Publication de la Société des Nations V. Legal, 1292.V.3 (document C.75.M.69.1929.V) reproduit dans García Amador, *supra*, note 35, p. 223; Projet de convention de Harvard (1960), art. 2 b) et art. 23 3) dans Sohn et Baxter, *supra*, note 37; résolution de l'Institut de droit international (session de Varsovie, 1965), art. 1 a) *supra*, note 103.

¹⁶³ C.P.J.I. ... 1923, série B, No 4, p. 24.

¹⁶⁴ Société des Nations, *Recueil des Traités*, p. 89.

¹⁶⁵ Traités européens, No 166, art. 3.

¹⁶⁶ Bar-Yaacov, *Dual Nationalities* (1961), p. 2.

¹⁶⁷ Oppenheim's *International Law*, note 36 *supra*, p. 856.

¹⁶⁸ *Supra*, note 163.

¹⁶⁹ M. O. Hudson, *Nationality, Including Statelessness*, doc. A/CN.4/50 du 21 février 1952, Annuaire de la Commission du droit international 1952, vol. II, p. 10; Verdross et Simma, *supra* note 76, p. 788 et 789 (par. 1192 et 1194).

¹⁷⁰ *Supra*, note 164. Voir aussi l'article 3, paragraphe 2, de la Convention européenne de 1997 sur la nationalité, *supra*, note 165.

¹⁷¹ Voir l'article 20 de la Convention américaine des droits de l'homme, l'article 5 d) iii) de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale et l'article 9 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes; voir également le projet d'articles de la CDI sur la nationalité en relation avec la succession d'État, document A/CN.4/L.581/Add.1 du 18 juin 1999.

Amendements aux dispositions relatives à la naturalisation de la Constitution politique du Costa Rica, jugeant qu'il était nécessaire de concilier le principe qui veut que l'octroi de la nationalité relève de la juridiction interne d'un État « avec un autre principe, selon lequel le droit international assujettit le pouvoir de l'État à certaines limites liées aux exigences imposées par le système international de protection des droits de l'homme¹⁷². »

101. La coutume internationale et les principes généraux du droit imposent de même certaines limites à l'octroi de la nationalité en décrivant les liens qui doivent unir l'État et l'individu pour que la nationalité conférée par le premier soit reconnue par le droit international aux fins de la protection diplomatique. La naissance, l'ascendance et la naturalisation sont les liens généralement reconnus par le droit international. La question de savoir si, outre ces liens, il faut, et en particulier dans le cas de la naturalisation, qu'il y ait un lien « authentique » ou « effectif » entre l'État et l'individu, comme cela a été jugé dans l'affaire *Nottebohm*¹⁷³, est une question qui mérite d'être examinée sérieusement.

102. La naissance (*jus soli*) et l'ascendance (*jus sanguinis*) sont reconnues par le droit international comme des facteurs de rattachement satisfaisants pour l'octroi de la nationalité. Pour certains auteurs, cette reconnaissance est une règle coutumière¹⁷⁴, pour d'autres un principe général du droit¹⁷⁵. Des traités¹⁷⁶ et des décisions judiciaires¹⁷⁷ confirment cette reconnaissance.

103. En principe, la naturalisation est aussi reconnue comme un lien satisfaisant pour l'octroi de la nationalité aux fins de la protection diplomatique. Les circonstances dans lesquelles les États confèrent leur nationalité par naturalisation varient considérablement

d'un État à l'autre¹⁷⁸. Certains confèrent leur nationalité de plein droit (sans le consentement de l'individu) par détermination de la loi¹⁷⁹, par exemple en cas de mariage ou d'adoption. D'autres confèrent leur nationalité par naturalisation uniquement si l'individu en fait la demande après une certaine période de résidence ou lors du mariage avec un national¹⁸⁰.

104. Le droit international ne reconnaît pas les naturalisations dans toutes les circonstances. C'est ainsi qu'une naturalisation frauduleusement acquise¹⁸¹ ou une naturalisation conférée de manière discriminatoire¹⁸² pour des motifs tenant à la race ou au sexe pourront n'être pas reconnues. Il est probable qu'une nationalité conférée en l'absence de tout lien ou, peut-être, alors que le lien est très ténu, ne sera pas reconnue, car on estimera qu'il y a eu abus de droit de la part de l'État conférant sa nationalité, la naturalisation étant ainsi viciée par la mauvaise foi¹⁸³. La nationalité ne sera pas non plus reconnue dans le cas de naturalisation forcée, qu'il y ait ou non un lien substantiel entre l'État et l'individu¹⁸⁴.

105. On présume néanmoins que l'État est de bonne foi¹⁸⁵. De plus, comme la Cour interaméricaine des droits de l'homme l'a souligné dans l'affaire des *Amendements aux dispositions relatives à la naturali-*

¹⁷² 79 ILR 283, p. 296.

¹⁷³ *Supra* note 47, p. 4.

¹⁷⁴ Brownlie, *Principles*, *supra*, note 39, p. 390 et 391; van Panhuys, *supra*, note 126, p. 160 et 161.

¹⁷⁵ I. Brownlie, « The Relations of Nationality in Public International Law » (1963) 44 *BYIL* 284, p. 302 et 314 (ci-après « Brownlie, The Relations of Nationality »).

¹⁷⁶ Article 20 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme : « Toute personne a le droit d'acquérir la nationalité de l'État sur le territoire duquel elle est née, si elle n'a pas droit à une autre nationalité ».

¹⁷⁷ Affaire *Flegenheimer* (1958), 25 ILR., p. 91.

¹⁷⁸ Pour les circonstances dans lesquelles la nationalité peut être acquise par naturalisation, voir l'article 6 de la Convention européenne sur la nationalité, *supra*, note 165.

¹⁷⁹ Voir Hudson, *supra*, note 169, p. 8.

¹⁸⁰ Voir, d'une manière générale, Brownlie, *Principles*, *supra*, note 39, p. 394 à 397. D. P. O'Connell, *International Law*, 2e éd. (1970), p. 682.

¹⁸¹ Brownlie, *Principles*, *supra* note 39. P. 402; P. Weiss, *Nationality and Statelessness in International Law*, 2e éd. (1979), p. 218 à 220, 244 (ci-après appelé « Weiss, *Nationality and Statelessness* »); Bar-Yaacov, *supra* note 166, p. 143; affaire *Flegenheimer*, *supra* note 177, p. 98 à 101; affaire *Salem* (1932), 2 RIAA, p. 1184; *Esphahanian c. Bank Tejarat* (1983) 2 IUSCTR, p. 166.

¹⁸² *Amendements aux dispositions relatives à la naturalisation de la Constitution politique du Costa Rica*, *supra* note 172, p. 304.

¹⁸³ *Oppenheim's International Law*, *supra*, note 34, p. 855. Voir aussi van Panhuys *supra*, note 126, p. 158 à 165.

¹⁸⁴ G. Fitzmaurice, « The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law » (1957 II) 92 *Recueil des Cours* 1, p. 196 à 201; M. Jones, *British Nationality Law and Practice* (1956), p. 15 (ci-après « Jones, *British Nationality* »).

¹⁸⁵ Brownlie, *Principles*, *supra*, note 39, p. 402 et 403.

sation de la Constitution politique du Costa Rica, on doit laisser à l'État conférant sa nationalité une « marge d'appréciation » lorsqu'il décide des liens qu'il considère nécessaires pour octroyer sa nationalité¹⁸⁶.

106. L'affaire *Nottebohm*¹⁸⁷ est considérée comme le fondement de l'opinion selon laquelle il doit y avoir un lien « effectif » (*genuine and effective*) entre l'individu et l'État de la nationalité, non seulement en cas de double nationalité ou de pluralité de nationalités (l'exigence d'un tel lien est généralement acceptée dans de tels cas¹⁸⁸), mais aussi lorsque le national ne possède qu'une nationalité. C'est ainsi que la Cour internationale de Justice a déclaré :

« Selon la pratique des États, les décisions arbitrales et judiciaires et les opinions doctrinales, la nationalité est un lien juridique ayant à sa base un fait social de rattachement, une solidarité effective d'existence, d'intérêts, de sentiments jointe à une réciprocité de droits et de devoirs. Elle est, peut-on dire, l'expression juridique du fait que l'individu auquel elle est conférée, soit directement par la loi, soit par un acte de l'autorité, en fait, plus étroitement rattachée à la population de l'État qui la lui confère qu'à celle de tout autre État. Conférée par un État, elle ne lui donne titre à l'exercice de la protection vis-à-vis d'un autre État que si elle est la traduction en termes juridiques de l'attachement de l'individu considéré à l'État qui en a fait son national¹⁸⁹. »

107. Avant de se demander si le droit international coutumier exige l'existence d'un lien « effectif » de nationalité aux fins de la protection diplomatique, il faut souligner deux facteurs susceptibles de limiter la jurisprudence *Nottebohm* aux faits de l'affaire en question.

108. Premièrement, il semble que la Cour se soit souciee de la manière dont le Liechtenstein avait conféré sa nationalité à Nottebohm, car, pour tenir compte de l'urgence de la demande de naturalisation de ce dernier, le Liechtenstein l'avait dispensé de satisfaire à certaines de ses propres règles concernant la durée de résidence requise. Devant juger soit que le Liechtenstein avait agi de mauvaise foi en conférant sa nationalité

à Nottebohm, soit que ce dernier n'avait pas de « lien effectif » avec le Liechtenstein, la Cour a préféré cette dernière solution qui la dispensait de condamner le comportement d'un État souverain. Cette opinion, dans une certaine mesure confirmée par les opinions dissidentes¹⁹⁰, suppose l'existence d'une prémisse judiciaire implicite au sein de la majorité des membres de la Cour, et elle ne saurait justifier une limitation de la portée de l'arrêt. Elle donne néanmoins à penser que le principe énoncé dans cet arrêt ne doit pas être appliqué trop systématiquement dans des situations différentes, dans lesquelles il n'y a aucun indice d'irrégularité de la part de l'État de la nationalité.

109. Deuxièmement, la Cour était à l'évidence préoccupée par les liens « extrêmement ténus »¹⁹¹ entre Nottebohm et le Liechtenstein alors que l'intéressé était étroitement lié au Guatemala depuis 34 ans. Elle a donc jugé injuste de permettre au Liechtenstein de protéger Nottebohm contre le Guatemala. Ceci explique pourquoi elle a répété que le Liechtenstein « n'est pas fondé à étendre sa protection à Nottebohm à l'égard du Guatemala¹⁹² ». Le dictum essentiel en l'espèce n'est donc pas celui visé ci-dessus relatif au « lien effectif »¹⁹³, mais bien le passage suivant :

« [Les] faits établissent clairement d'une part l'absence de tout lien de rattachement entre Nottebohm et le Liechtenstein, d'autre part l'existence d'un lien ancien et étroit de rattachement entre lui et le Guatemala, lien que sa naturalisation n'a aucunement affaibli. Cette naturalisation ne repose pas sur un attachement réel au Liechtenstein qui lui soit antérieur et elle n'a rien changé au genre de vie de celui à qui elle a été conférée dans des conditions exceptionnelles de rapidité et de bienveillance. Sous ces deux aspects, elle manque de la sincérité qu'on doit attendre d'un acte aussi grave pour qu'il s'impose au respect d'un État se trouvant dans la situation du Guatemala. Elle a été octroyée sans égard à

¹⁸⁶ *Supra*, note 172, p. 302 et 303.

¹⁸⁷ *Supra*, note 47, p. 4.

¹⁸⁸ Voir articles 6 et 7, *infra*.

¹⁸⁹ *Supra*, note 47, p. 23.

¹⁹⁰ Voir l'opinion de M. Read, *supra*, note 47, p. 37 à 39, et de M. Klaested, *supra*, note 47, p. 29 à 33; J. Kunz, « The Nottebohm Judgment » (1960) 54 *AJIL* p. 548 à 560; C. Parry, « Some considerations upon the Protection of Individuals in International Law » (1956 II) 90 *Recueil des Cours*, p. 707 et 708.

¹⁹¹ *Supra*, note 47 p. 25.

¹⁹² *Ibid.*, p. 26.

¹⁹³ Voir *supra*, note 187 et citation.

l'idée que l'on se fait, dans les rapports internationaux, de la nationalité¹⁹⁴. »

110. La Cour n'entendait pas se prononcer sur le statut de la nationalité liechtensteinaise de Nottebohm vis-à-vis de tous les États. Elle a pris soin de limiter son arrêt au droit du Liechtenstein d'exercer sa protection diplomatique au profit de Nottebohm vis-à-vis du Guatemala. Elle a donc laissé sans réponse la question de savoir si le Liechtenstein aurait pu protéger Nottebohm contre un État avec lequel celui-ci n'avait pas de lien étroit¹⁹⁵. C'est probablement par l'affirmative que l'on doit répondre à cette question, car la Cour n'entendait alors proposer qu'un critère relatif¹⁹⁶, à savoir que les liens étroits de Nottebohm avec le Guatemala l'emportaient sur le lien – la nationalité – plus faible qui l'unissait au Liechtenstein. Dans ces conditions, l'exigence énoncée dans l'arrêt *Nottebohm*, à savoir un « rattachement effectif », ne vaut que pour les faits particuliers de cette espèce et ne doit pas être considérée comme un principe général applicable à tous les cas de protection diplomatique.

111. L'idée que le principe énoncé dans l'affaire *Nottebohm*, à savoir la nécessité d'un lien effectif, constitue une règle du droit international coutumier dans des cas où il y a double nationalité ou pluralité de nationalités n'est guère défendue. L'opinion dissidente de M. Read, à savoir que le principe ne recueille aucun appui en dehors du domaine de la double nationalité¹⁹⁷, a été approuvée peu après par la Commission de conciliation Italie–États-Unis dans l'affaire *Flegenheimer*. Dans cette décision, la Commission a limité l'applicabilité du principe aux affaires de double nationalité, déclarant :

« Lorsqu'une personne n'a qu'une nationalité, acquise *jure sanguinis* ou *jure soli*, ou par une naturalisation valide entraînant la perte de la nationalité antérieure, la théorie de la nationalité effective ne peut être appliquée sans risque de confusion. Il lui manque un fondement suffisamment positif pour qu'on puisse l'appliquer à une

nationalité qui repose sur la législation d'un État¹⁹⁸. »

La Commission a en outre déclaré qu'il était douteux que la Cour internationale de Justice ait « eu l'intention d'établir une règle du droit international général » dans l'affaire *Nottebohm*¹⁹⁹. Le fait que dans la pratique la tentative faite pour appliquer le principe du lien effectif aux navires²⁰⁰, un domaine dans lequel des considérations sociales et économiques justifient probablement une telle règle, ait échoué, atteste que les États ne souhaitent pas souscrire à ce principe. La pratique des États n'est pas non plus très favorable au principe *Nottebohm*²⁰¹.

112. La doctrine est divisée sur cette question. Geck²⁰², Randelzhofer²⁰³, Parry²⁰⁴, Kunz²⁰⁵ et Jones²⁰⁶ estiment que le critère du lien effectif n'est pas une règle du droit international coutumier. Nombre de ces auteurs font observer qu'il y a souvent peu de liens entre l'État et l'individu auquel la nationalité a été octroyée *jure soli* ou *jure sanguinis* et qu'il est difficile de limiter l'application du critère du lien effectif aux affaires de naturalisation. D'autres auteurs²⁰⁷ sont mieux disposés à l'égard du critère du lien effectif.

¹⁹⁸ *Supra*, note 177, p. 150.

¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 148.

²⁰⁰ Article 91 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982; Convention de 1986 sur les conditions d'enregistrement des navires. Voir art. 3(3) de l'Accord visant à promouvoir le respect des mesures internationales de conservation et de gestion par les navires de pêche en haute mer (1994), 33 I.L.M., p. 968.

²⁰¹ Les règles concernant les réclamations internationales faites par le Gouvernement britannique ne mentionnent pas la nécessité d'un « lien effectif » en relation avec les individus (Règle I) : Warbrick, *supra*, note 133, p. 1006. Voir la règle IV, dans laquelle ce principe est appliqué aux sociétés commerciales.

²⁰² *Supra*, note 28, p. 1050.

²⁰³ « Nationality », 3 E.P.I.L., p. 507.

²⁰⁴ *Supra*, note 190, p. 707.

²⁰⁵ *Supra*, note 190, p. 536.

²⁰⁶ « The Nottebohm case », (1956) 5 I.C.L.Q. p. 239 et 240, 243 et 244 (ci-après « Jones, The Nottebohm case »).

²⁰⁷ Van Panhuys *supra*, note 126, p. 158, 161; Fitzmaurice, *supra*, note 184, p. 206, 207; D. Ruzié, « Nationalité, effectivité et droit communautaire », 1993 *Revue générale de droit international public*, p. 113; F. de Castro « La nationalité, la double et supranationalité » (1961 I), 102 *Recueil des cours* 514, p. 582; J. Bojars, *Grazhdanstvo gosudarstv mira* (1993), p. 308 à 310.

¹⁹⁴ *Supra*, note 47, p. 26.

¹⁹⁵ Voir Leigh, *supra*, note 45 p. 468; van Panhuys, *supra*, note 126 p. 99.

¹⁹⁶ Affaire *Flegenheimer*, *supra*, note 177, p. 91. Affaire de la *Barcelona Traction*, *supra*, note 11, p. 42.

¹⁹⁷ *Supra*, note 47, p. 41 et 42.

Brownlie soutient qu'il est consacré par une doctrine et des décisions judiciaires antérieures à l'affaire *Nottebohm* et qu'il joue un « rôle de principe général avec diverses applications possibles »²⁰⁸ hors du contexte de la double nationalité. Il précise néanmoins que ce principe ne doit pas être appliqué de manière « trop rigoureuse »²⁰⁹.

113. C'est ailleurs que le principe du lien effectif trouve des défenseurs. Plusieurs membres de la Commission du droit international l'ont appuyé lors du débat qui a eu lieu, à la cinquième session, sur la nationalité, y compris l'apatridie²¹⁰. García-Amador a proposé de codifier une règle analogue à l'article 23, paragraphe 3, figurant dans son dernier rapport à la Commission, en 1961 :

« L'État ne peut présenter une réclamation au nom d'un particulier si le lien juridique de la nationalité n'a pas son origine dans un rapport authentique entre lui et l'intéressé²¹¹. »

Plus récemment, l'un des corapporteurs du Comité de la protection diplomatique des personnes et des biens de l'Association de droit international, Francisco Orrego Vicuña, a proposé la disposition ci-après, dont il estime qu'elle reflète les « réalités » et les « tendances » contemporaines :

« Le lien de nationalité avec l'État revendiquant doit être authentique et effectif (genuine and effective). »²¹²

Il reconnaît néanmoins que cette règle devra être appliquée avec « plus de souplesse et être adaptée en fonction de l'évolution des besoins. »²¹³

114. À l'article 19 de son projet d'articles sur la nationalité en relation avec la succession d'États²¹⁴, la

Commission consacre la notion de lien effectif en relation avec la nationalité mais ne porte aucun jugement sur le statut qui est le sien dans le contexte de la protection diplomatique.

115. En 1965, l'Institut de droit international a adopté une résolution sur le caractère national d'une réclamation internationale présentée par un État en raison d'un dommage subi par un individu, qui retient dans une certaine mesure le principe du lien effectif :

« Une réclamation internationale présentée en raison d'un dommage subi par un individu possède le caractère national d'un État lorsque cet individu est un national de cet État ou une personne que cet État est autorisé, en vertu du droit international, à assimiler à ses propres nationaux aux fins de la protection diplomatique. »²¹⁵

116. L'affaire *Nottebohm* a été abondamment citée lors des plaidoiries devant la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la *Barcelona Traction*²¹⁶. Bien que la Cour ait distingué cette affaire de l'affaire *Nottebohm* tant du point de vue des faits que du droit, elle a néanmoins jugé qu'il y avait un « rattachement permanent » entre la société et le Canada²¹⁷. Elle s'est cependant prudemment abstenue d'affirmer que le principe énoncé dans l'affaire *Nottebohm* était un principe du droit international coutumier.

117. Le critère de lien effectif proposé dans l'affaire *Nottebohm* érode sérieusement la doctrine classique de la protection diplomatique si on l'applique strictement, car il exclurait littéralement des millions de personnes du bénéfice de la protection diplomatique. À l'époque actuelle, marquée par la mondialisation de l'économie et les migrations, des millions de personnes se sont éloignées de l'État de leur nationalité pour s'installer dans des États dont ils n'acquièrent jamais la nationalité²¹⁸. De plus, d'autres, innombrables, ont acquis à la

²⁰⁸ *Principles*, *supra*, note 39, p. 412. Voir aussi p. 415. Voir en outre Brownlie, *Relations of Nationality*, *supra*, note 175, p. 349 et 364.

²⁰⁹ *Ibid.*, p. 423. D'autres auteurs soulignent aussi qu'il faut limiter le champ d'application du critère du lien effectif : J. Combacau et S. Sur, *Droit international public*, 4e éd. (1999) p. 325.

²¹⁰ *Annuaire...* 1953, vol. I, p. 180 (par. 24), p. 186 (par. 5, 7), p. 239 (par. 45-46) (Yepes); p. 181 (par. 32, 33), p. 218 (par. 63) (Zourek); p. 184 (par. 57), p. 237 (par. 24) (François); p. 239 (par. 50) (Amado).

²¹¹ Sixième rapport, *Annuaire...* 1961, vol. II, document A/CN.4/134 et Add.1, p. 1.

²¹² *Supra*, note 93, p. 27, clause 6.

²¹³ *Ibid.*, p. 212.

²¹⁴ *Supra*, note 171. L'article 19 est ainsi libellé :

« Aucune disposition des présents articles n'oblige les États à traiter des personnes concernées n'ayant aucun lien effectif avec un État concerné comme des nationaux de cet État, sauf s'il devait en résulter que ces personnes seraient traitées comme des apatrides. »

²¹⁵ Art. 4 c), *supra*, note 103.

²¹⁶ *Supra*, note 11, p. 42.

²¹⁷ *Ibid.*

²¹⁸ Voir K. Hailbronner, « Diplomatischer Schutz bei mehrfacher Staatsangehörigkeit », dans G. Ress et T. Stein (dir. publ.). *Der diplomatische Schutz im Völker- und Europarecht: Aktuelle Probleme und*

naissance, par leur ascendance ou par détermination de la loi, la nationalité d'États avec lesquels ils ont un lien extrêmement ténu. Même les partisans du principe énoncé dans l'affaire *Nottebohm*, comme Brownlie et van Panhuys, acceptent la nécessité d'appliquer ce principe avec souplesse²¹⁹.

118. En droit international coutumier, une nationalité acquise par fraude, négligence ou erreur grave peut n'être pas reconnue²²⁰ et il appartient à un tribunal international, compte dûment tenu de la présomption en faveur de la validité de l'octroi par l'État de sa nationalité²²¹ et en laissant une marge d'appréciation à l'État de la nationalité²²², de mener des investigations et, si nécessaire, de ne pas tenir compte de l'octroi de la nationalité²²³. Ce principe peut être consolidé en une exigence de bonne foi. La nationalité sera reconnue aux fins de la protection diplomatique dès lors qu'elle n'a pas été octroyée de mauvaise foi ; c'est à l'État défendeur qu'il appartient de rapporter la preuve d'une telle mauvaise foi²²⁴.

119. En fait, la résolution 1965 de l'Institut de droit international fait droit à une telle règle, la nationalité conférée en l'absence de « tout lien de rattachement »²²⁵ étant de prime abord conférée de mauvaise foi.

120. Dans l'affaire *Nottebohm*, la Cour était confrontée à une situation extrême, à savoir que le lien entre l'État défendeur et l'individu était très fort, alors que le lien de celui-ci avec l'État demandeur était très faible, avec la possibilité que la nationalité ait été octroyée de

mauvaise foi. Il est donc plus sage de limiter la règle énoncée dans cette affaire aux faits particuliers de l'espèce et d'adopter une règle permettant de contester la nationalité au motif qu'elle a été octroyée de mauvaise foi.

Article 6

Sous réserve des dispositions du paragraphe 4 de l'article 9²²⁶, l'État de nationalité peut exercer sa protection diplomatique à l'égard d'un national qui a subi un préjudice à l'encontre d'un État dont la victime du préjudice est également un national lorsque la nationalité [dominante] [effective] de celui-ci est celle du premier État en question.

Commentaire

121. La dualité ou la pluralité de nationalités est un fait de la vie internationale. Un individu peut acquérir plus d'une nationalité par le jeu simultané des principes du *jus soli* et du *jus sanguinis* et de l'acquisition de la nationalité par naturalisation, qui n'entraîne pas la renonciation à la nationalité antérieure. Ce phénomène a donné lieu à des difficultés quant au respect des obligations militaires et à la protection diplomatique, lorsqu'un État cherche à protéger un double national contre un autre État dont l'intéressé a aussi la nationalité.

122. À l'issue de la Conférence pour la codification du droit international, tenue à La Haye en 1930, il a été décidé de restreindre ou d'abolir la dualité ou la pluralité de nationalités²²⁷ mais l'on a aussi fini par reconnaître leur existence à l'article 3 de la Convention de La Haye concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité²²⁸, qui dispose que :

« ... un individu possédant deux ou plusieurs nationalités pourra être considéré, par chacun des

Entwicklungstendenzen (1996), p. 36.

²¹⁹ Brownlie, *Principles*, *supra*, note 39, p. 423; van Panhuys, *supra*, note 126, p. 99 et 158.

²²⁰ Affaire *Flegenheimer*, *supra*, note 177, p. 112 et 153; affaire *Salem*, *supra*, note 181, p. 1185; Brownlie, *Principles*, *supra*, note 39, p. 422; R. Y. Jennings, « General Course on Principles of International Law » (1967 II) 121, *Recueil des Cours*, p. 458. Voir aussi la note 181 ci-dessus. Bar-Yaacov, *supra*, note 166, p. 150 à 152 et 158.

²²¹ *Supra*, notes 170 et 185; Jennings, *supra*, note 220, p. 459.

²²² *Supra*, note 186.

²²³ Affaire *Flegenheimer*, *supra*, note 177, p. 96 à 112, en particulier p. 98, 103, 104, 106; affaire *Flutie* citée dans Ralston et Doyle, *Venezuelan Arbitrations of 1903*, p. 34; van Panhuys, *supra*, note 126, p. 153 à 155.

²²⁴ Affaire *Flegenheimer*, *supra*, note 177, p. 99, 107 et 110.

²²⁵ *Supra*, note 215.

²²⁶ Dont le texte se lira comme suit : « Un nouvel État de nationalité ne pourra exercer sa protection diplomatique à l'encontre d'un État de nationalité antérieur dans le cas d'un préjudice subi au cours de la période durant laquelle l'intéressé était un national de ce dernier État seulement. » Voir également Fitzmaurice, *supra*, note 184, p. 193.

²²⁷ M. O. Hudson, « The First Conference for the Codification of International Law », 24 *A.J.I.L.*, p. 450 et 451 (1930).

²²⁸ *Supra*, note 164.

États dont il a la nationalité, comme son ressortissant. »

Diverses tentatives ultérieures de la communauté internationale tendant à supprimer la dualité et la pluralité de nationalités ont également échoué. Ainsi, en 1963, les États européens ont adopté la Convention sur la réduction des cas de pluralité de nationalités et sur les obligations militaires en cas de pluralité de nationalités²²⁹ dont le préambule reconnaît que « le cumul des nationalités est une source de difficultés, et qu'une action commune en vue de réduire autant que possible, dans les relations entre États membres, les cas de pluralité de nationalités, répond au but poursuivi par le Conseil ». Une fois encore, l'objectif n'a pas été atteint. Les travaux sur la question ont continué au cours des décennies qui ont suivi, pour aboutir en 1997 à la Convention européenne sur la nationalité²³⁰, qui traite de la double nationalité d'une manière plus libérale, reflétant la division des intérêts au sein du Conseil, dont les membres sont de plus en plus nombreux à accepter le phénomène.

123. Bien que de nombreux pays interdisent à leurs nationaux d'avoir la nationalité [de détenir le passeport?] d'autres pays, le droit international ne prévoit aucune interdiction de cette nature. Il est donc nécessaire de déterminer si un État de nationalité peut exercer sa protection diplomatique à l'encontre d'un autre État de nationalité à l'égard d'un national qui possède deux ou plusieurs nationalités. Cette question est envisagée différemment selon qu'il s'agit des efforts de codification, de la pratique des États, des décisions des tribunaux ou de la doctrine, mais les textes semblent aller davantage dans le sens de la règle préconisée à l'article 6.

124. Le projet de convention de Harvard relatif à la responsabilité internationale des États à raison des dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers (1929) dispose que :

« Un État n'encourt aucune responsabilité si la personne lésée ou celle pour le compte de qui

la réclamation est présentée était ou est un de ses ressortissants²³¹. »

Ce principe a été entériné par la Convention de La Haye concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité (1930), dont l'article 4 stipule que :

« Un État ne peut exercer sa protection diplomatique au profit d'un de ses nationaux à l'encontre d'un État dont celui-ci est aussi le national²³². »

Des opinions divergentes ont cependant été exprimées lors de la Conférence de codification. La proposition qui tendait à préciser la disposition susmentionnée en y ajoutant l'expression « s'il réside habituellement dans ce dernier État » a été rejetée par la majorité des participants. Certaines délégations auraient préféré que la disposition soit purement et simplement omise. Certaines propositions ont aussi été avancées qui, si elles avaient été adoptées, auraient rendu l'exercice de la protection diplomatique possible lorsque des intérêts humanitaires la justifiaient. La règle en question était donc le fruit d'un difficile compromis²³³.

125. L'article 5 de la Convention de La Haye indique clairement que le critère de nationalité dominante ou effective doit être pris en considération dans le cas des doubles nationaux :

« Dans un État tiers, l'individu possédant plusieurs nationalités devra être traité comme s'il n'en avait qu'une. Sans préjudice des règles de droit appliquées dans l'État tiers en matière de statut personnel et sous réserve des conventions en vigueur, cet État pourra, sur son territoire, reconnaître exclusivement, parmi les nationalités que possède un tel individu, soit la nationalité du pays dans lequel il a sa résidence habituelle et principale, soit la nationalité de celui auquel, d'après les circonstances, il apparaît comme se rattachant le plus en fait. »

Bien que ce traité soit entré en vigueur en 1937, une vingtaine d'États seulement y sont parties.

²²⁹ T. S. No 88 (1971), E.T.S. No 43. La Ligue des États arabes a fait des efforts dans le même sens avec la Convention sur la nationalité de 1954. Voir Brownlie, *Relations of Nationality*, *supra*, note 175, p. 351.

²³⁰ *Supra*, note 165, chapitre V.

²³¹ Article 16 a). *Supra*, note 100, p. 22.

²³² *Supra*, note 164.

²³³ R. B. Flourney, Jr., « Nationality Convention, Protocols and Recommendations Adopted by the First Conference on the codification of International Law » (1930) 24 *A.J.I.L.*, p. 471; (1930), *A.J.I.L.*, p. 192 à 233.

126. Le projet de convention de Harvard de 1960 relatif à la responsabilité internationale des États à raison des dommages causés sur leur territoire à la personne des étrangers²³⁴ ne reconnaît ni ne dénie clairement le droit d'un État de nationalité à intenter un recours au nom d'un double national à l'encontre d'un autre État de nationalité²³⁵, mais tend à favoriser l'idée d'un tel recours en stipulant que :

« Un État peut présenter une réclamation de l'un de ses nationaux du fait du décès d'un tiers seulement si ce dernier n'était pas un national de l'État dont la responsabilité se trouverait engagée²³⁶. »

127. En 1965, l'Institut de droit international a lui aussi tenté d'énoncer une règle à ce sujet. L'article 4 a) de la résolution adoptée lors de la session tenue à Varsovie disposait que :

« Une réclamation internationale présentée par un État en raison d'un dommage subi par un individu qui possède en même temps la nationalité de l'État requérant et celle de l'État requis, peut être rejetée par celui-ci et est irrecevable devant la juridiction saisie²³⁷. »

Il est intéressant de noter que, bien que la réclamation soit irrecevable devant une juridiction, l'exercice de la protection diplomatique, par la voie diplomatique ou consulaire, par l'un des États de nationalité à l'encontre d'un autre n'est apparemment pas exclu en principe. La signification pratique de cette distance prise par rapport aux termes de l'article 4 de la Convention de 1930 est toutefois limitée.

128. Avant 1930, un large courant était favorable à l'application du principe de la nationalité dominante dans les procédures d'arbitrage concernant des doubles nationaux²³⁸. La première réclamation pour laquelle

une décision a été prise sur la base de la nationalité dominante concernait l'affaire *James Louis Drummond*; Drummond, qui avait la double nationalité française et britannique, avait été dépossédé de ses biens par le Gouvernement français en 1792. Dans la décision qu'il a rendue en 1834, le Conseil privé britannique a rejeté la réclamation de Drummond en alléguant que :

« Techniquement, Drummond était un sujet britannique, mais il était de fait un sujet français, était domicilié (au moment de la saisie de ses biens) en France, et avait toutes les caractéristiques et les attributs d'un Français... L'acte de violence qui a été commis contre lui a été perpétré par le Gouvernement français dans l'exercice de son autorité municipale sur ses propres sujets²³⁹. »

129. L'affaire de *Brissot et de Hammer*, relative aux dommages versés aux veuves et aux enfants de deux nationaux américains tués par des rebelles vénézuéliens, est également souvent citée. Les réclamations des veuves (vénézuéliennes de naissance et américaines par mariage) et de leurs enfants (qui possédaient la double nationalité du fait qu'ils étaient nés de père américain et de mère vénézuélienne au Venezuela) ont été rejetées par la Commission des réclamations États-Unis d'Amérique-Venezuela en 1885 au motif qu'en cas de conflit entre plusieurs nationalités, la nationalité acquise du fait de la naissance sur le territoire et de la domiciliation devait être considérée comme décisive²⁴⁰.

130. Les décisions prises entre 1903 et 1905 par les Commissions d'arbitrage du Venezuela dans les affaires *Milani*, *Brignone*, *Stevenson et Mathinson* favorisent également le principe de la nationalité dominante. L'affaire *Mathinson* avait trait à une réclamation présentée à la Commission mixte de réclamations Grande-Bretagne-Venezuela par une personne possédant les nationalités britannique et vénézuélienne, en raison de pertes causées par le Gouvernement vénézuélien. *Umpire Plumley*, ayant établi le fait que Mathinson était un national britannique, a déclaré ceci :

and the Doctrine of Dominant Nationality » (1959) 53 *A.J.I.L.*, p. 140 et 141; Weis, *Nationality and Statelessness*, *supra*, note 181, p. 160 à 176.

²³⁹ 2 Knapp, *P. C. Rep.* p. 295, 12 *Eng. Rep.* p. 492. Non souligné dans le texte.

²⁴⁰ 3 Moore, *International Arbitrations*, p. 2456 à 2459

²³⁴ Sohn et Baxter, *supra* note 37.

²³⁵ La définition du terme « national » visée à l'article 21 3) a) est suffisamment large pour inclure les nationaux qui possèdent deux ou plusieurs nationalités et l'article 23 1), relatif aux recours intentés par l'État, ne dit rien des recours intentés au nom des nationaux possédant plusieurs nationalités à l'encontre d'un État de l'une de ces nationalités.

²³⁶ *Ibid.*, article 23 5).

²³⁷ *Supra*, note 103.

²³⁸ Voir Joseph, *supra*, note 34, p. 19 à 21; Leigh, *supra*, note 45, p. 462 à 464; Brownlie, *Principles*, *supra*, note 39, p. 403 et 404; Z. R. Rode, « Dual Nationals

« Il est admis que s'il est aussi vénézuélien en vertu des lois du Venezuela, alors la loi de l'État de domicile prévaut et le demandeur n'a pas sa place devant cette Commission mixte²⁴¹. »

131. L'affaire *Canevaro*²⁴², tranchée par la Cour permanente d'arbitrage en 1912, peut également être citée à l'appui du principe de la nationalité dominante. Dans cette affaire, il était demandé à la Cour permanente d'arbitrage si le Gouvernement italien pouvait présenter une réclamation à caractère financier au nom de Rafael Canevaro, de nationalités italienne et péruvienne, au motif de dommages résultant du défaut de paiement de chèques par le Gouvernement péruvien. Après avoir examiné le passé de Canevaro et découvert qu'il avait plusieurs fois agi en tant que national péruvien et avait même été candidat au Sénat et Consul général du Pérou aux Pays-Bas, la Cour permanente d'arbitrage a conclu que le Gouvernement péruvien était en droit de rejeter la réclamation présentée par le Gouvernement italien.

132. L'affaire *Hein* concernait une réclamation présentée aux fins du dédommagement de Hein, ressortissant britannique mais ancien citoyen allemand, pour les dommages qu'il avait subis. À l'argument allemand selon lequel Hein était de nationalité allemande, ce qui dégageait la responsabilité de l'Allemagne sur le plan international pour les dommages qu'il avait subis, le Tribunal arbitral mixte Allemagne-Angleterre a maintenu que le fait que Hein soit encore ou ne soit plus un citoyen allemand n'avait aucune pertinence en l'occurrence, étant donné que :

« il était devenu citoyen britannique, et puisqu'il résidait en Grande-Bretagne au moment de l'entrée en vigueur du Traité, il avait acquis le droit de présenter une réclamation²⁴³. »

133. La question s'est de nouveau posée en 1923, cette fois devant le Tribunal arbitral mixte France-Allemagne, dans le cadre de l'affaire *Blumenthal*, à l'issue de laquelle le Tribunal était arrivé à une conclu-

sion analogue²⁴⁴. En 1925, il a été demandé au Tribunal de décider si un État pouvait réclamer que des dommages soient versés à un de ses nationaux qui était aussi un national de l'État défendeur. L'affaire en question concernait une réclamation présentée par Mme Barthez de Monfort, citoyenne française de naissance devenue allemande par mariage. La Commission a estimé qu'elle était compétente pour connaître la demande puisque la requérante n'avait « jamais abandonné son domicile français » et que

« le principe de la nationalité active, c'est-à-dire la détermination de la nationalité par divers éléments de fait et de droit, devait être appliqué par un tribunal international, et ... [que] la requérante était donc une citoyenne française et pouvait prétendre à un jugement en conséquence²⁴⁵. »

134. La Commission mixte de réclamations France-Mexique a été saisie de la question du droit du Gouvernement mexicain à présenter une réclamation au nom de Georges Pinson, né au Mexique mais naturalisé Français par la suite. Les faits montrant que le Gouvernement mexicain avait toujours traité Pinson comme un citoyen français avant le dépôt de la réclamation, la Commission a conclu que même si la double nationalité de l'intéressé pouvait être établie, le Gouvernement mexicain ne serait pas habilité à intenter une action en son nom²⁴⁶.

135. Dans l'affaire *Tellech*, tranchée en 1928 par la Commission des réclamations tripartite des États-Unis d'Amérique, de l'Autriche et de la Hongrie, les États-Unis avaient présenté une réclamation au nom d'Alexander Tellech pour obtenir que ce dernier soit dédommagé d'avoir été soumis au service militaire obligatoire en Autriche. La réclamation avait été rejetée au motif que Tellech avait passé en Autriche 28 des 33 années de sa vie et qu'en résidant volontairement en Autriche, en tant que double national, il avait pris le risque d'avoir à s'acquitter des obligations qui lui incombaient en vertu des lois autrichiennes²⁴⁷.

(1898).

²⁴¹ Affaire *Mathinson*, in Ralston, *Venezuelan Arbitrations of 1903*, p. 429 à 438. Non souligné dans le texte. Voir également les affaires *Brignone*, *Milani* et *Stevenson*, *ibid.*, p. 710, 754 à 761 et 438 à 455, respectivement.

²⁴² Scott, *The Hague Court Reports*, vol. I, p. 284.

²⁴³ *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases 1919-22*, affaire No 148, p. 216. Non souligné dans le texte.

²⁴⁴ *Recueil des décisions des tribunaux mixtes*, vol. 3 (1924), p. 616.

²⁴⁵ *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases 1925-26*, affaire No 206, p. 279. Non souligné dans le texte.

²⁴⁶ *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases 1927-28*, affaires No 194 et 195, p. 297 à 301.

²⁴⁷ (1928) 2 R.I.A.A., p. 248 et 249.

136. L'interprétation de ces décisions a été remise en question par les juges iraniens du Tribunal des réclamations République islamique d'Iran-États-Unis d'Amérique : ils ont conclu que l'interprétation correcte de certaines des affaires citées plus haut (y compris celles pouvant être interprétées comme allant dans le sens du principe de la nationalité dominante) allait dans le sens du principe de la non-responsabilité de l'État dans les réclamations présentées par des doubles nationaux. Ils ont estimé en outre que les autres décisions n'étaient pas pertinentes car elles émanaient de commissions et de tribunaux constitués par une Puissance victorieuse et un État vaincu sur la base de traités, d'où une assymétrie fondamentale entre leurs juridictions respectives²⁴⁸. Il est cependant indéniable, comme le prouve l'affaire *de Brissot et de Hammer*, que certaines décisions dans lesquelles le principe de la nationalité dominante a été retenu ont conduit au rejet des réclamations introduites par des nationaux de puissances victorieuses.

137. La règle de la non-responsabilité des États dans les réclamations présentées par des doubles nationaux a toutefois bénéficié d'un appui juridictionnel dans les décisions antérieures à l'affaire *Nottebohm*.

138. L'une des plus célèbres a pour contexte l'affaire *Alexander*, qui concernait une réclamation présentée par un individu possédant la double nationalité britannique et américaine devant la Commission des réclamations Grande-Bretagne-États-Unis d'Amérique en vertu du Traité de Washington de 1871. Une fois établie la double nationalité d'*Alexander*, le Tribunal a rejeté sa demande au motif que :

« Considérer sa plainte à l'encontre de cet autre État souverain comme une question internationale reviendrait à lui reconnaître une juridiction équivalente à celle de l'autre nation dont il est aussi un sujet. Il en résulterait inévitablement des complications, car aucun gouvernement ne reconnaîtrait à un autre le droit d'intervenir dans ses affaires au nom d'un individu qu'il

considère lui-même comme l'un de ses sujets²⁴⁹. »

139. De la même manière, dans les affaires *Oldenbourg* et *Honey* jugées par la Commission des réclamations Grande-Bretagne-Mexique en 1929 et 1931 respectivement, la Commission a rejeté les réclamations présentées en se référant au principe, qu'elle a ensuite considéré comme une « règle acceptée en droit international », selon lequel

« un individu possédant une double nationalité ne peut faire de l'un des pays auquel il doit allégeance un défendeur devant un tribunal international²⁵⁰. »

Le représentant de la Grande-Bretagne a accepté cet avis et retiré toutes les réclamations présentées au nom de demandeurs ayant la double nationalité²⁵¹. La même Commission est parvenue à des conclusions similaires dans l'affaire *Adams et Blackmore*, en 1931²⁵².

140. Dans un contexte assez différent, le Tribunal arbitral saisi de l'affaire *Salem* devait examiner la réclamation d'une personne née en Égypte, qui avait acquis la nationalité américaine par naturalisation. Bien que Salem fût né en Égypte, les faits prouvaient qu'il était né national perse et était par conséquent Perse plutôt qu'Égyptien de naissance. L'Égypte, qui était le défendeur dans cette affaire, arguait néanmoins du fait que le Tribunal n'était pas compétent du fait que la nationalité effective de l'intéressé était la nationalité égyptienne. Le Tribunal a fait la réponse suivante :

« Le principe de la "nationalité effective" auquel se réfère le Gouvernement égyptien ne semble pas suffisamment établi en droit international. Il a été utilisé dans la célèbre affaire *Canevaro*, mais la décision du Tribunal arbitral nommé à cette occasion demeure un fait ponctuel. Il est donc inutile que le Gouvernement égyptien se réfère à la règle de la "nationalité effective" pour s'élever contre la demande présentée par les

²⁴⁸ Opinion dissidente du juge Shafie Shafeiei sur la question de la double nationalité (affaires No 157 et 211), 2 I.U.S.C.T.R. p. 194. Cette opinion est partagée par Bar-Yaacov, *supra*, note 166, p. 214, 226 et 223 à 235.

²⁴⁹ (1898) 3 Moore, *International Arbitrations*, p. 2529. Non souligné dans le texte.

²⁵⁰ Affaire *Oldenbourg*, Décisions et avis des membres de la Commission, 5 octobre 1929-15 février 1930, p. 97, et affaire *Honey*, Autres décisions et avis des membres de la Commission, après le 15 février 1930, p. 13. Cité dans Rode, *supra*, note 238, p. 141.

²⁵¹ Bar-Yaacov, *supra*, note 166, p. 212.

²⁵² 5 R.I.A.A., 216 et 217.

États-Unis d'Amérique s'il peut uniquement prouver que Salem était un sujet égyptien²⁵³. »

141. En 1949, dans l'avis consultatif qu'elle a rendu dans l'affaire des *Réparations pour dommages subis au service des Nations Unies*, la Cour internationale de Justice a qualifié de « pratique courante »²⁵⁴ la pratique des États consistant à ne pas protéger leurs nationaux contre un autre État de nationalité.

142. Les décisions rendues dans les affaires *Nottebohm* et *Mergé*²⁵⁵ sont celles qui sont les plus favorables à l'application du principe de la nationalité dominante ou effective dans les demandes impliquant des doubles nationaux.

143. L'affaire *Nottebohm*, dans laquelle la Cour a tenu que la nationalité de l'État demandeur devait être effective et se fonder sur « un fait social de rattachement, une solidarité effective d'existence, d'intérêts, de sentiments, jointe à une réciprocité de droit et de devoirs »²⁵⁶, est examinée en détail dans le commentaire de l'article 5. Bien que l'affaire en question soit un cas de simple nationalité, la Cour a essentiellement fondé son arrêt sur des précédents relatifs à des cas de double nationalité. La Cour a conclu :

²⁵³ *Supra*, note 181, p. 1187.

²⁵⁴ *Supra*, note 54, p. 186.

²⁵⁵ Selon P. de Visser (« Cours général de droit international public », 1972 II) 136, *Recueil des cours* 1, p. 163)

« C'est dans la matière de la protection diplomatique des doubles nationaux que la théorie du lien, conçue comme exigence propre du droit international, s'est frayée lentement et progressivement son chemin. »

Voir aussi P. Klein « La protection diplomatique des doubles nationaux : Reconsidération des fondements de la règle de non-responsabilité » (1988) 21 *Revue belge de droit international*, p. 184; G.I. Tunkin, *et al. Nezhdunarodnoie pravo* (1974), p. 221.

Selon Leigh, la décision rendue dans l'affaire *Nottebohm*

« aura peut-être pour effet de garantir qu'un État puisse présenter une réclamation au nom d'un national qui lui est effectivement rattaché, même si la réclamation est dirigée contre un autre État dont l'individu est aussi un national. Dans pareils cas, le principe de la nationalité effective permet de présenter les réclamations, alors que le principe de l'égalité des nationalités aurait fait obstacle à cette démarche. »

Supra, note 45, p. 469.

²⁵⁶ Voir *supra*, note 47, p. 23.

« L'arbitre international a tranché de la même façon de nombreux cas de double nationalité où la question se posait à propos de l'exercice de la protection. Il a fait prévaloir la nationalité effective, celle concordant avec la situation de fait, celle reposant sur un lien de fait supérieur entre l'intéressé et l'un des États dont la nationalité était en cause. Les éléments pris en considération sont divers et leur importance varie d'un cas à l'autre : le domicile de l'intéressé y tient une grande place, mais il y a aussi le siège de ses intérêts, ses liens de famille, sa participation à la vie publique, l'attachement à tel pays par lui manifesté et inculqué à ses enfants, etc.²⁵⁷. »

Dans son opinion dissidente, le juge Read a fait valoir que le critère du rattachement effectif ne jouait que dans les affaires de double nationalité²⁵⁸.

144. L'application du principe exposé dans l'affaire *Nottebohm* à des cas de double nationalité a été confirmée la même année par la Commission de conciliation italo-américaine dans l'affaire *Mergé*. Florence Mergé, citoyenne américaine de naissance ayant acquis la nationalité italienne par mariage, prétendait être indemnisée pour la perte, qui était imputable à l'Italie, d'un piano et d'autres biens personnels, qui était imputable à l'Italie. La Commission a tenu que :

« Le principe fondé sur l'égalité souveraine des États, qui exclut la protection diplomatique en cas de double nationalité, doit céder le pas devant le principe de la nationalité effective lorsque celle-ci coïncide avec celle de l'État demandeur. Il n'en va pas de même lorsqu'une telle prédominance n'est pas établie, car le premier est un principe généralement reconnu, qui peut servir, dans la pratique, à éliminer toute incertitude éventuelle²⁵⁹. »

Dans l'avis qu'elle a rendu, la Commission a fait apparaître clairement que le principe de la nationalité effective et la notion de nationalité dominante n'étaient que les deux faces d'une même médaille. La règle ainsi adoptée et le critère susmentionné ont été appliqués par la Commission de conciliation italo-américaine dans plus de 50 autres affaires impliquant des binationaux.

²⁵⁷ *Ibid.*, p. 22.

²⁵⁸ *Ibid.*, p. 41 et 42.

²⁵⁹ (1955) 22 I.L.R., p. 455 (par. V.5). Voir aussi (1955) 16 R.I.A.A. p. 247.

Dans chaque cas, la Commission s'est référée à la décision qu'elle a prise dans l'affaire *Mergé*²⁶⁰.

145. Se fondant sur ces affaires, le Tribunal des réclamations irano-américain a appliqué le principe de la nationalité dominante dans de nombreuses affaires concernant des réclamations introduites par des binationaux (irano-américains) contre l'Iran. Dans sa première affaire de double nationalité, l'affaire *Esphahanian*²⁶¹, dans laquelle le Tribunal a établi pour la première fois sa compétence pour ce genre d'affaires, sa Deuxième Chambre a pris une décision fondée sur la jurisprudence susmentionnée, qui allait dans le sens de la doctrine. Les auteurs invoqués dans l'opinion majoritaire, à savoir Basdevant²⁶², Maury²⁶³, et Paul de Visscher, confirmaient la validité et la prévalence de la théorie de la nationalité dominante²⁶⁴. La décision citait le passage suivant de de Visscher :

« La doctrine du lien effectif ou du rattachement dominant a été régulièrement appliquée au cours du XIXe siècle, mais parce qu'elle le fut généralement pour rejeter les demandes, la doctrine en est venue à enseigner qu'en règle générale les demandes formées au profit des doubles nationaux sont irrecevables ... l'idée s'est implantée que toute demande de protection introduite au profit d'un double national devait être déclarée irrecevable. Cette règle ... que l'Institut de droit international a cru devoir réaffirmer en 1965, n'est pas l'expression correcte du droit en

vigueur ... en prononçant l'arrêt *Nottebohm*, la Cour internationale a bel et bien entendu affirmer un principe général²⁶⁵. »

Se tournant vers des sources plus récentes, la majorité (c'est-à-dire les juges Bellet et Aldrich) a trouvé des éléments à l'appui de la théorie de la nationalité effective dans les travaux de Rousseau²⁶⁶, Batiffol et Lagarde²⁶⁷, Siorat²⁶⁸, Rode²⁶⁹ et de la Commission du droit international²⁷⁰. La majorité a soutenu par ailleurs que les tribunaux s'étaient généralement bornés à conclure qu'un État de nationalité ne pouvait pas introduire une demande au nom d'un binational si celui-ci se trouvait physiquement dans l'État de nationalité défendeur.

146. Dans son opinion dissidente, le juge Shafeiei²⁷¹ a souligné que les juristes étaient divisés quant à l'applicabilité du principe de la nationalité dominante aux affaires impliquant des binationaux, citant, à l'appui du principe de la non-responsabilité, Borchart²⁷², ainsi que le débat qui a eu lieu sur la question à l'Institut de droit international en 1965²⁷³, Oppenheim²⁷⁴, Bar-Yaacov²⁷⁵, Nguyen Quoc Dihn, Dallier et Pellet²⁷⁶ et von Glahn²⁷⁷.

147. La décision prise dans l'affaire *Esphahanian* a été confirmée par le Tribunal Full dans l'affaire

²⁶⁰ Voir, par exemple, l'affaire *Spaulding* (1956) 25 I.L.R., p. 452; affaire *Zangrilli* (1956) 25 I.L.R., p. 454; affaire *Cestra* (1957) 25 I.L.R., p. 454; affaire *Puccini* (1957) 25 I.L.R., p. 454; affaire de la succession *Salvoni* (1957) 25 I.L.R., p. 455; affaire *Ruspoli* (1957) 25 I.L.R., p. 457; affaire *Ganapini* (1959) 30 I.L.R., p. 366; affaire *Turri* (1960) 30 I.L.R., p. 371; affaire *Graniero* (1959) 30 I.L.R., p. 451; affaire *Di Ciccio* (1962) 40 I.L.R., p. 148. Voir aussi *supra*, note 75, Verdross et Simma, p. 791 (par. 1197).

²⁶¹ Voir *supra*, note 181, p. 157 à 170; voir aussi *supra*, note 248, opinion dissidente du juge Shafeiei, p. 178 à 225. Pour une critique de cette décision, voir R. Khan, « The Iran-United States Claims Tribunal: Controversies, Cases and Contribution » (1990), p. 120; J. F. Rezek, « Le droit international de la nationalité » (1986 III) 198 *Recueil des Cours*, p. 368.

²⁶² « Conflits de nationalités dans les arbitrages vénézuéliens de 1903-1905 » (1909), *Revue de droit international privé*, p. 41 à 63.

²⁶³ *Mélanges en l'honneur de G. Scelle*.

²⁶⁴ Affaire *Esphahanian*, voir *supra*, note 181, p. 164.

²⁶⁵ Voir *supra*, note 255, p. 162.

²⁶⁶ *Droit international public*, Précis Dalloz (1976), p. 112.

²⁶⁷ *Droit international privé*, No 82, 7e éd. (1981).

²⁶⁸ *Jurisclasseur droit international*, La protection diplomatique, fascicule 250-B, No 20 (1965).

²⁶⁹ Voir *supra*, note 238, p. 139.

²⁷⁰ García-Amador, sixième rapport, voir *supra*, note 211, p. 46 et 49.

²⁷¹ Voir *supra*, note 248, p. 199 à 201 et 207.

²⁷² (1931) 36-I Ann IDI, p. 289; (1932) 37 Ann IDI, p. 278.

²⁷³ (1965) 51-I et 51-II Ann IDI.

²⁷⁴ *International Law*, 8e éd. (1955), vol. I, p. 348.

²⁷⁵ Voir *supra*, note 166, p. 238.

²⁷⁶ *Droit international public* (1980), p. 711. Voir *supra*, note 75, p. 774, 6e éd. Combacau et Sur doutent eux aussi que la règle traditionnelle exposée dans la Convention de 1930 ait été contredite dans l'affaire *Mergé* : voir *supra*, note 209, p. 327 et 328.

²⁷⁷ *Law Among Nations* (1981), p. 207.

No A/18²⁷⁸. Là encore, la majorité²⁷⁹, constituée de juges non iraniens, comme la minorité²⁸⁰ ont fait appel aux auteurs faisant autorité pour étayer leurs positions respectives.

148. Le Tribunal des réclamations irano-américain, créé par l'Accord d'Alger de 1981²⁸¹, n'est pas censé connaître des réclamations introduites par des États au nom de leurs nationaux.

« Il ne s'agit pas d'un exemple typique de protection diplomatique accordée à des nationaux, où un État, cherchant une forme de réparation internationale pour ses nationaux, crée un tribunal auquel il est lui-même partie, en lieu et place de ses nationaux. Dans ce cas typique, l'État prend fait et cause pour ses nationaux et les dommages pour lesquels il demande réparation sont réputés être des préjudices qu'il a lui-même subis. Ici, le Gouvernement des États-Unis n'est pas partie à l'arbitrage des plaintes introduites par ses nationaux, pas même dans les affaires mineures où il fait office de conseil pour ses nationaux²⁸². »

En dépit de cette particularité institutionnelle, il ne fait aucun doute que la jurisprudence du Tribunal des réclamations irano-américain abonde dans le sens du

principe de la nationalité dominante²⁸³. Le Tribunal a été saisi de quelque 130 affaires impliquant des nationaux²⁸⁴.

149. Une autre institution qui étaye le principe de la nationalité dominante est la Commission d'indemnisation des Nations Unies établie par le Conseil de sécurité pour indemniser ceux qui ont subi des préjudices du fait de l'occupation du Koweït par l'Iraq. La Commission n'examine les plaintes introduites par des ressortissants iraniens que s'ils ont par ailleurs la nationalité dûment établie d'un autre État²⁸⁵.

150. Le principe de la nationalité dominante a été adoptée par García Amador dans ses rapports à la Commission du droit international. Le paragraphe 4 de l'article 21 qu'il propose dans son troisième rapport énonce :

« En cas de nationalité double ou multiple, le droit de présenter une réclamation internationale ne peut être exercé que par l'État avec lequel le ressortissant étranger a les liens juridiques ou autres les plus étroits et les plus authentiques²⁸⁶. »

Le principe a aussi reçu le soutien d'Orrego-Vicuña dans son rapport de 1999 à l'Association de droit international²⁸⁷.

151. La Convention européenne sur la nationalité de 1997²⁸⁸ ne prend pas partie. L'article 17 2) prévoit que ses dispositions relatives à des nationalités multiples n'affectent en rien « les règles du droit international portant sur la protection diplomatique et consulaire

²⁷⁸ Voir *supra*, note 62.

²⁷⁹ La majorité a évoqué les auteurs suivants, qui sont en faveur du principe de la nationalité dominante : Reuter, *Droit international public*, 5e éd. (1976), p. 236; Messia, « La protection diplomatique en cas de double nationalité », *Hommage d'une génération de juristes au Président Basdevant* (1960), p. 556; Donner, *The Regulation of Nationality in International Law* (1983), p. 95; Leigh, voir *supra*, note 45, p. 453, 475; Griffin, mémorandum du Département d'État, 5 novembre 1957.

²⁸⁰ Le volumineux dissentiment des juges iraniens s'appuyait sur les auteurs cités par le juge Shafeiei dans son opinion dissidente dans l'affaire *Esphahanian*, ainsi que sur Fitzmaurice, voir *supra*, note 184, p. 193 et Jessup, voir *supra*, note 101, p. 100. (Voir 5 I.U.S.C.T.R., p. 327 et 328.)

²⁸¹ Déclaration du Gouvernement de la République algérienne démocratique et populaire (1981) 20 I.L.M., p. 224 à 229; déclaration du Gouvernement de la République algérienne populaire et démocratique concernant le règlement des différends entre le Gouvernement des États-Unis d'Amérique et le Gouvernement de la République islamique d'Iran (1981) 20 I.L.M. p. 230 à 233.

²⁸² Affaire *Esphahanian*, *supra*, note 181, p. 165.

²⁸³ Voir G. H. Aldrich, *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal* (1996), p. 44 à 79; et C. N. Brower et J. D. Brueschke, *The Iran-United States Claims Tribunal* (1998), p. 32 à 42, 288 à 323.

²⁸⁴ M. Aghahosseini, « The Claims of Dual Nationals Before the Iran-United States Claims Tribunal : Some Reflections » (1997) 10 L.J.I.L., p. 22.

²⁸⁵ S/AC.26/1991/7/Rev.1, par. 11.

²⁸⁶ García Amador, troisième rapport, *supra*, note 116, p. 61. Voir aussi art. 23 5) dans le cinquième rapport de García Amador, *supra*, note 116, p. 49.

²⁸⁷ Orrego-Vicuña a proposé la règle suivante :
« En cas de nationalité double, le caractère effectif du lien devrait prévaloir sur toute autre considération, en permettant les réclamations à l'encontre d'un État dont l'intéressé est aussi un ressortissant. »
Supra, note 93, p. 27, clause 11.

²⁸⁸ *Supra*, note 165.

d'un État partie en faveur d'un de ses nationaux qui possède simultanément une autre nationalité ».

152. Comme en témoignent les décisions rendues par le Tribunal des réclamations irano-américain, les auteurs sont partagés quant au critère de la nationalité dominante dans des affaires impliquant des binationaux. Cependant, même les auteurs²⁸⁹ qui sont cités comme y étant opposés, acceptent l'utilité d'un tel critère. La dernière édition de *Oppenheim International Law*, qui souscrit à la règle contenue à l'article 4 de la Convention de la Haye de 1930 sur certaines questions relatives aux conflits des lois sur la nationalité (en précisant qu'il s'agit probablement d'une règle du droit international coutumier) concède que le conflit entre les articles 4 et 5 de la Convention de la Haye de 1930 est souvent tranché en faveur de l'article 5 dans les cas impliquant un État de nationalité contre l'autre, pourvu que la nationalité dominante de l'intéressé soit celle de l'État demandeur²⁹⁰.

153. Une des principales objections au principe de la nationalité dominante ou effective est son indétermination. Alors que certains mettent en avant le domicile²⁹¹ ou la résidence²⁹² comme élément déterminant l'existence d'un lien effectif, d'autres soulignent l'importance de l'allégeance²⁹³ ou d'un acte de naturalisation²⁹⁴. La jurisprudence du Tribunal des réclamations irano-américain contribue pour beaucoup à élucider les facteurs à prendre en considération pour déterminer le caractère effectif du lien d'un individu à l'égard de son État de nationalité. Les facteurs qu'il a examinés à la faveur d'un grand nombre d'affaires concernant sur la résidence habituelle, le temps passé dans chacun des pays de nationalité, la date de la naturalisation (durée pendant laquelle l'intéressé a eu la nationalité de l'État exerçant sa protection avant d'introduire la réclamation); l'endroit où l'intéressé a fait ses études, ainsi que le programme et la langue des cours; l'emploi et les

intérêts financiers; l'endroit où vit la famille, les liens familiaux dans chaque pays, la nationalité des autres membres de la famille et l'enregistrement des naissances et des mariages à l'ambassade de l'autre État de nationalité; la participation à la vie sociale et publique; l'utilisation de la langue, l'imposition, le compte en banque, la sécurité sociale, les visites dans l'autre État de nationalité et les autres liens qu'il entretient avec cet État; la possession et l'utilisation d'un passeport de l'autre État; le renoncement à une nationalité; et le service militaire effectué dans un des États. Aucun de ces facteurs n'a été considéré comme décisif, et le poids attribué à chacun varie en fonction des circonstances de l'espèce²⁹⁵. Le Tribunal s'est aussi intéressé aux éléments indiquant une acquisition ou une utilisation abusive de nationalité²⁹⁶.

154. Les cas où un État a accordé sa protection diplomatique à des binationaux contre l'autre État dont ils étaient ressortissants sont rares dans la pratique des États. Toutefois, les documents dont on dispose vont

²⁸⁹ Brownlie, *Principles*, *supra*, note 39; p. 404, Geck, *supra*, note 28, p. 1051; Parry, *supra*, note 190, p. 699.

²⁹⁰ *Supra*, note 34, p. 515.

²⁹¹ Borchard *supra*, note 50, p. 589; Parry, *supra*, note 190, p. 711.

²⁹² Article 5 de la Convention de la Haye de 1930, *supra*, note 164; Bar-Yaacov, *supra*, note 166, p. 136 et 137, 260; Fitzmaurice, *supra*, note 184, p. 193.

²⁹³ Opinion dissidente du Juge Read dans l'affaire *Nottebohm*, *supra*, note 45, p. 44 et 45; Brownlie, *Principles*, *supra*, note 39, p. 422.

²⁹⁴ Jennings, *supra*, note 220, p. 459; Randelzhofer, *supra*, note 203, p. 507.

²⁹⁵ Brower et Brueschke, *supra*, note 283, p. 32 à 42.

²⁹⁶ Pour plus d'informations sur ces facteurs et les précautions à prendre concernant l'acquisition ou l'utilisation frauduleuse de la nationalité, voir, par exemple, affaire *Esphahanian*, *supra*, note 181, p. 166; *Golpira c. Iran* (1983) 2 I.U.S.C.T.R. 171, p. 174; *Danielpour (M.) c. Iran* (1989) 22 I.U.S.C.T.R. 118, p. 121; *Danielpour (S. J.) c. Iran* (1989) 22 I.U.S.C.T.R., p. 126; *Berookhim c. Iran* (1990) 25 I.U.S.C.T.R. 278, p. 285; *Nemazee c. Iran* (1990) 25 I.U.S.C.T.R. 153, p. 159; *Golshani c. Iran* (1989) 22 I.U.S.C.T.R. 155, p. 159; *Etezadi c. Iran* (1990) 25 I.U.S.C.T.R. 264, p. 270; *Hemmat c. Iran* (1989) 22 I.U.S.C.T.R. 129, p. 136; *Ebrahimi c. Iran* (1989) 22 I.U.S.C.T.R. 138, p. 144; *Perry-Rohani c. Iran* (1989) 22 I.U.S.C.T.R. 194, p. 198; *Abrahamian c. Iran* (1989) 23 I.U.S.C.T.R. 285, p. 287; *Ghaffari (A.) c. Nioc* (1990) 25 I.U.S.C.T.R. 178, p. 184; *Mahmoud c. Iran* (1985) 9 I.U.S.C.T.R., p. 350; *Malek c. Iran* (1988) 19 I.U.S.C.T.R. 48, p. 52; *Nourafchan c. Iran* (1989) 23 I.U.S.C.T.R. p. 310; etc. Voir aussi Aldrich, *supra*, note 283, p. 61 à 80; Brower et Brueschke, *supra*, note 283, p. 298 à 305, 315 et 316; D. J. Bederman, « Nationality of Individual Claimants before the Iran-United States Claims Tribunal », (1993) 42 I.C.L.Q. 119, p. 129.

dans le sens d'une acceptation du principe de la nationalité dominante ou effective²⁹⁷.

155. Dans l'ouvrage qu'il a consacré à la double nationalité (1961), Bar-Yaacov indique que la pratique contemporaine des États-Unis consiste à refuser la protection diplomatique aux binationaux qui l'invoquent contre l'autre État de nationalité, surtout si les intéressés résident dans cet État. Aucune protection n'était accordée aux nationaux qui n'avaient pas opté pour la nationalité américaine ou à ceux qui, bien qu'ayant opté pour la nationalité des États-Unis, s'étaient ensuite établis dans leur autre État de nationalité. En ce qui concerne les citoyens naturalisés, la position initiale des États-Unis consistait de ne pas leur accorder protection contre l'État d'origine. Cependant, en 1859, cette politique a été inversée. Rejetant la doctrine de la non-responsabilité, le Département d'État a proclamé qu'une fois qu'un individu devenait citoyen des États-Unis, son alliance avec les États-Unis devenait exclusive. Sur la base de cet argument, le Gouvernement des États-Unis a essayé à plusieurs occasions d'étendre sa protection diplomatique à des citoyens naturalisés américains contre l'État de leur autre nationalité, même quand ils étaient réinstallés dans ce pays²⁹⁸. La pratique du Royaume-Uni paraît analogue. La protection contre l'autre État de nationalité était refusée si l'intéressé résidait dans cet État. Contrairement aux États-Unis, le Royaume-Uni n'étendait pas sa protection aux personnes naturalisées britanniques si elles décidaient de retourner dans leur pays d'origine²⁹⁹.

156. Cependant, comme les États-Unis et le Royaume-Uni ont changé de politique, les conclusions de Bar-Yaacov sont devenues caduques. Actuellement, le Département d'État des États-Unis applique le principe de

la nationalité effective³⁰⁰ et, selon les règles adoptées en 1985,

« le Gouvernement britannique ne reprendra pas normalement à son compte la revendication d'un binational en tant que ressortissant britannique si l'État défendeur est l'État de l'autre nationalité de l'intéressé, mais il peut le faire si le défendeur a, dans les circonstances qui ont donné lieu au préjudice, traité le demandeur comme un national britannique (UN pour U.K. par erreur dans la version anglaise)³⁰¹. »

157. Dans les années 70, le Gouvernement chilien refusait d'étendre sa protection diplomatique à l'encontre d'un autre État de nationalité³⁰². À la même époque, la République fédérale d'Allemagne n'était pas opposée à exercer officiellement une telle protection³⁰³, alors que la Suisse, tout en considérant la non-responsabilité comme la règle générale, ne refusait pas en principe d'étendre sa protection à l'encontre d'un autre État de nationalité dans des cas exceptionnels³⁰⁴.

158. Inévitablement, l'application du principe de la nationalité effective ou dominante à des affaires de double nationalité suppose que l'on jauge la force respective des liens de l'intéressé avec les États de nationalité. Les tribunaux devraient user de la plus grande prudence lorsqu'ils appliquent le principe de la prépondérance dans des affaires où la force des liens que le binational entretient avec ses deux États de nationalité est pratiquement équivalente, car cet exercice comporte un risque sérieux de porter atteinte à l'égalité des deux États de nationalité³⁰⁵.

²⁹⁷ S'agissant de la pratique des États et de l'évolution du droit en ce qui concerne la protection accordée par un État contre l'autre État de nationalité, Hailbronner fait observer que bien que la pratique ne soit pas uniforme dans ce domaine et que la majorité des États soient opposés à la protection dans de tels cas, une lente évolution semble se faire jour dans le sens de l'acceptation du principe de la nationalité effective dans ce contexte. (*Supra*, note 218, p. 30 à 36.) *Sed contra* Lee, *supra*, note 141, p. 159.

²⁹⁸ Bar-Yaacov, *supra*, note 166, p. 64 à 72 et 147 à 155.

²⁹⁹ *Ibid.*, p. 72 à 75 et 155 à 157.

³⁰⁰ Brownlie, *Principles*, *supra*, note 39, p. 404, citant le *Digest of US Practice* (1979). Voir aussi Lee, *supra*, note 141, p. 160. Les Pays-Bas appliquent le même principe, *ibid.*, p. 161.

³⁰¹ Règle III du Règlement applicable aux revendications internationales, citée in Warbrick, *supra*, note 132, p. 1007.

³⁰² Orrego-Vicuña, Chili, *supra*, note 142, p. 141.

³⁰³ Seidl-Hohenveldern, « Federal Republic of Germany » in E. Lauterpacht et J. G. Collier, éd., *Individual Rights and the State in Foreign Affairs: An International Compendium* (1977) 243, p. 247.

³⁰⁴ Caflisch, *supra*, note 148, p. 499.

³⁰⁵ Rezek, *supra*, note 255, p. 266 et 267. Voir aussi Klein, *supra*, note 255, p. 184. C'est dans ce sens que l'affaire *Mergé* [*supra*, note 259, p. 455, par. V.5, cité *supra* dans le commentaire de l'article 6 (par. 91)] a été interprétée : voir van Panhuys (*supra*, note 126, p. 78); Verdross et Simma (*supra*, note 75, p. 905, par. 1338) :

159. On peut trouver un élément utile pour résoudre les différends entre des États de nationalité dans la mise en garde du Tribunal des réclamations irano-américain dans l'affaire No A/18 :

« Dans les cas où le Tribunal établit sa compétence sur la base de la nationalité dominante ou effective du demandeur, l'autre nationalité peut demeurer pertinente quant au fond³⁰⁶. »

Selon cette règle, le Tribunal doit examiner les circonstances de l'espèce lors de l'examen quant au fond. S'il conclut que le binational a utilisé la nationalité de l'État défendeur pour obtenir des avantages auxquels ne peuvent prétendre que des nationaux de cet État, il peut refuser de se prononcer en faveur de l'État demandeur³⁰⁷.

160. Pour la plupart, les auteurs sont en faveur du principe de la nationalité dominante dans les affaires impliquant des binationaux. De plus, les décisions judiciaires comme les écrits des publicistes ont jeté la lumière sur les facteurs à prendre en compte pour déterminer quelle est la nationalité dominante. Le principe contenu à l'article 6 rend correctement compte de l'état actuel du droit international coutumier et est conforme à l'évolution du droit international relatif aux droits de l'homme, qui accorde une protection juridique même à l'encontre de l'État dont les intéressés sont ressortissants³⁰⁸.

Article 7

1. Tout État dont une personne ayant une double ou multiple nationalité a la nationalité, selon les critères énoncés à l'article 5, peut exercer sa protection diplomatique à l'égard de cette personne à l'encontre d'un État dont elle n'a pas la nationalité.

2. Deux ou plusieurs États de nationalité au sens de l'article 5 peuvent exercer conjointement leur protection diplomatique à l'égard

d'une personne ayant une double ou multiple nationalité.

Commentaire

161. Le principe de la nationalité effective ou dominante est également appliqué aux cas où un des États dont un binational a la nationalité veut le protéger contre un État tiers. Dans l'affaire *de Born*, sur laquelle a statué le Tribunal d'arbitrage mixte yougoslave-hongrois en 1926, et qui opposait un national germano-hongrois à la Yougoslavie, le Tribunal a conclu à sa compétence, attendu que :

« Il était du devoir du tribunal d'examiner dans lequel des deux pays existaient les éléments de droit et de fait créant une relation effective, et pas seulement théorique, de nationalité, et il était du devoir d'un tribunal à compétence internationale de résoudre les conflits de nationalité. À cet effet, il devait prendre en compte le pays où le requérant était domicilié, travaillait et exerçait ses droits politiques. La nationalité déterminée selon ce critère était considérée comme dominante³⁰⁹. »

162. Ce principe a été repris en partie par l'article 5 de la Convention de La Haye de 1930 concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité³¹⁰, qui dispose :

« Dans un État tiers, l'individu possédant plusieurs nationalités devra être traité comme s'il n'en avait qu'une. Sans préjudice des règles de droit appliquées dans l'État tiers en matière de statut personnel et sous réserve des conventions en vigueur, cet État pourra, sur son territoire, reconnaître exclusivement, parmi les nationalités que possède un tel individu, soit la nationalité du pays dans lequel il a sa résidence habituelle et principale, soit la nationalité de celui auquel, d'après les circonstances, il apparaît comme se rattachant le plus en fait. »

Bien que cet article ne fasse pas spécifiquement mention de la protection diplomatique, il peut être appliqué à la protection des personnes ayant une double nationalité.

Jürgens (*Diplomatischer Schutz und Staatenlose* (1987), p. 206) et Leigh (*supra*, note 45, p. 472).

³⁰⁶ *Supra*, note 62, p. 265 et 266.

³⁰⁷ Voir *Khosrowshahi (F. L.) c. Iran* (1990) 24 I.U.S.C.T.R. p. 45; *Saghi (J.) c. Iran* (1993), sentence No 544-298-2. Voir aussi, Aldrich, *supra*, note 283, p. 76 à 79; Brower et Brueschke, *supra*, note 283, p. 296 à 322.

³⁰⁸ Voir Hailbronner, *supra*, note 218, p. 35.

³⁰⁹ *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases* 1925-26, case No 205.

³¹⁰ Voir *supra*, note 164.

163. Les propositions de codification formulées par la suite suivaient une approche analogue. En 1965, l'Institut de droit international, à sa session de Varsovie, a adopté une résolution qui précise en son article 4 b) :

« Une réclamation internationale présentée par un État en raison d'un dommage subi par un individu qui possède, en plus de la nationalité de l'État requérant, celle d'un autre État que l'État requis, peut être rejetée par celui-ci et est irrecevable devant la juridiction saisie, à moins qu'il puisse être établi que l'intéressé possède un lien de rattachement prépondérant avec l'État requérant³¹¹. »

164. Le projet de Convention de Harvard de 1960 sur la responsabilité internationale des États pour les dommages causés aux étrangers³¹² appuie implicitement cette règle dans la mesure où la reconnaissance du principe de la nationalité effective peut être interprétée comme s'appliquant à tous les cas concernant la protection diplomatique de binationaux. García Amador a adopté une approche assez semblable dans son troisième rapport de 1958, dans lequel il propose que les personnes ayant une double ou multiple nationalité ne puissent faire l'objet d'une protection diplomatique sauf lorsqu'il peut être démontré que l'intéressé a des « liens plus forts et plus authentiques » avec l'État offrant une telle protection qu'avec tout autre État³¹³.

165. La jurisprudence va à l'encontre de la condition de nationalité dominante ou effective lorsque la procédure est menée au nom d'un binational à l'encontre d'un État tiers dont il n'a pas la nationalité.

166. Dans l'affaire *Salem*, le Tribunal d'arbitrage a conclu que l'Égypte ne pouvait opposer à une réclamation des États-Unis, dont la personne lésée avait aussi la nationalité, le fait que l'intéressé avait pour nationalité effective la nationalité perse. Il a statué que :

« La règle du droit international [veut] que, dans les cas de double nationalité, une puissance tierce ne soit pas habilitée à contester la réclamation d'une des deux puissances dont l'intéressé a la nationalité en invoquant la nationalité de l'autre puissance³¹⁴. »

167. La Commission de conciliation Italie-États-Unis est arrivée à la même conclusion dans l'affaire *Vereano*, qui concernait une réclamation présentée au nom d'un ressortissant américain ayant acquis la nationalité turque par mariage. La Commission a rappelé sa décision dans l'affaire *Mergé*, décision selon laquelle :

« Les ressortissants des États-Unis qui ne possédaient pas la nationalité italienne mais la nationalité d'un État tiers pouvaient être considérés comme “nationaux des États-Unis”, aux termes du traité, même si leur nationalité dominante était celle d'un État tiers³¹⁵. »

168. En 1958, cette règle a été confirmée par la Commission dans l'affaire *Flegenheimer*³¹⁶.

169. Dans l'affaire *Stankovic*, la même Commission a examiné une réclamation présentée par les États-Unis au nom d'un ressortissant yougoslave qui avait émigré en Suisse après la création de la République fédérale de Yougoslavie et y avait obtenu un passeport d'apatride en 1948. En 1956, il a été naturalisé citoyen des États-Unis. À la suite d'une objection soulevée par les autorités italiennes, la Commission a estimé que les États-Unis avaient le droit de présenter une réclamation au nom de Stankovic même s'il avait aussi la nationalité d'un autre État. Elle a estimé que le passage de la nationalité d'un État Membre des Nations Unies à celle d'un autre État Membre n'affectait pas sa compétence³¹⁷.

170. La meilleure solution au problème du lien effectif dans les cas de double nationalité impliquant des États tiers est un compromis : l'État requérant doit simplement montrer qu'il existe un lien de nationalité manifeste entre lui et la personne ayant subi des dommages. C'est la règle qu'a suivie le Tribunal des réclamations irano-américain dans un certain nombre d'affaires concernant des requérants qui étaient à la fois nationaux des États-Unis et d'un État tiers³¹⁸. Même lorsque la question de la nationalité dominante a été soulevée dans ces affaires, les exigences concernant les preuves étaient considérablement moins rigoureuses que dans les affaires impliquant des binationaux américano-

³¹¹ Voir *Supra*, note 103.

³¹² Article 23 3). Sohn et Baxter. Voir *supra*, note 37.

³¹³ Ibid., article 21 4).

³¹⁴ Voir *supra*, note 181, p. 1188 (1932).

³¹⁵ Affaire *Mergé*, voir *supra*, note 259, p. 456, par. 8, cité dans l'affaire *Vereano* (1957) 25, I.L.R., p. 464 et 465.

³¹⁶ Voir *supra*, note 177, p. 149.

³¹⁷ (1963) 40 I.L.R., p. 155.

³¹⁸ Voir, par exemple, *Dallal c. Iran* (1983) 3 I.U.S.C.T.R. 10, p. 23. Bedeman, voir *supra* note 296.

iraniens³¹⁹. Dans certains cas, le Tribunal a toutefois indiqué que s'il pouvait être prouvé que le requérant possédait aussi la nationalité d'un État tiers, il serait nécessaire de déterminer sa nationalité dominante³²⁰.

171. La Commission d'indemnisation des Nations Unies adopte la même démarche, puisqu'elle n'examine pas les réclamations introduites « au nom de ressortissants iraniens qui n'ont pas par ailleurs la nationalité dûment établie d'un autre État quel qu'il soit », mais ne pose aucune restriction quant aux réclamations faites par des binationaux ressortissants d'États autres que l'Iraq³²¹.

172. Lorsqu'un État présente une réclamation à l'encontre d'un autre État au nom d'un individu qui possède la nationalité de ces deux États, le conflit de lois est évident³²². Le problème ne se pose pas, cependant, lorsqu'un des États de nationalité d'un binational souhaite protéger ce binational contre un État tiers. Il n'y a donc aucune raison d'appliquer le principe de la nationalité dominante ou effective³²³. C'est cette approche qu'a adoptée le Royaume-Uni³²⁴.

³¹⁹ Voir, par exemple, *Saghi (J.M.) c. Iran* (1987) 14 I.U.S.C.T.R. 3, p. 4 et 6; *McHarg, Roberts, Wallace and Todd c. Iran* (1986) 13 I.U.S.C.T.R., p. 289. Voir aussi *Aldrich, supra*, note 283, p. 56 et 57.

³²⁰ *Uiterwyk Corporation c. Iran* (1998) 19 I.U.S.C.T.R. 107, p. 107 et 118 (Aldrich considère que cette affaire montre que les exigences en matière de preuves étaient moins strictes dans ce type d'affaires. *Supra*, note 283, p. 57). *Asghar c. Iran* (1990) 24 I.U.S.C.T.R. p. 242 et 243; *Daley c. Iran* (1998) 18 I.U.S.C.T.R. p. 236 et 237.

³²¹ Voir *supra*, note 285, p. 3.

³²² Parry *supra*, note 190, p. 707.

³²³ Voir, par exemple, *Oppenheim's International Law, supra*, note 34, p. 883. Voir également S. V. Chernichenko, *Mezhdunarodno-pravovye voprosy grazhdanstva* (1968) p. 110 à 112; N. A. Ushakov et al., *Kurs mezhdunarodnogo Prava* (1990) p. 80 à 82; Hailbronner *supra* note 218, p. 36. Selon Lee, la protection consulaire est généralement accordée dans de tels cas sans objection de l'État d'accueil (voir *supra*, note 141, p. 159).

³²⁴ La première phase de l'article III des Règles du Gouvernement britannique applicables aux réclamations internationales, citée par Warbrick, *supra* note 132, p. 1006 et 1007, est la suivante :

« Lorsque le requérant a la double nationalité, le Gouvernement de Sa Majesté peut présenter une réclamation en son nom (le cas échéant, en collaboration avec l'autre gouvernement habilité à le faire) ».

173. L'État requis, en revanche, a le droit d'émettre des objections lorsque la nationalité de l'État requérant a été acquise de mauvaise foi, pour pouvoir entamer la procédure. Il faudrait donc que toute personne ayant plusieurs nationalités puisse bénéficier de la protection diplomatique de n'importe quel État avec lequel elle a un lien de nationalité établi de bonne foi à l'encontre de tout État tiers; qu'elle puisse demander réparation en invoquant l'une quelconque des dispositions autorisant n'importe quel ressortissant d'un État avec lequel elle a un lien de nationalité dûment établi de présenter une réclamation internationale.

174. En principe, il n'y a aucune raison que les États de nationalité ne puissent exercer conjointement un droit qui appartient à chaque État dont l'intéressé a la nationalité. L'exercice conjoint de la protection diplomatique par deux ou plusieurs États avec lesquels la victime a un lien de nationalité dûment établi doit en conséquence être autorisé³²⁵.

Article 8

Un État peut exercer la protection diplomatique à l'égard d'un apatride ou d'un réfugié si l'intéressé réside habituellement et légalement sur le territoire de l'État requérant [et a un lien effectif avec cet État?]; à condition que le dommage ait eu lieu après que l'intéressé est devenu résident légal de l'État requérant.

Commentaire

175. Comme le montrent l'article 1 1) et le commentaire qui s'y rapporte, la protection diplomatique est traditionnellement accordée aux seuls ressortissants³²⁶. Il a été clairement établi qu'elle ne s'étendait pas aux apatrides lors de l'affaire *Dickson Car Wheel Company c. United Mexican States*, dans le cadre de laquelle le Tribunal a conclu :

³²⁵ Van Panhuys, *supra* note 126, p. 180; Ohly *supra* note 162, p. 289; Warbrick, *supra* note 132, p. 1006 et 1007.

³²⁶ À la Conférence de codification de La Haye, en 1930, les Pays-Bas ont proposé que le droit de l'État d'accueil de protéger les réfugiés soit reconnu. Cette proposition n'a pas été retenue. Voir van Panhuys, *supra*, note 126, p. 72.

« Un État ... n'est pas en défaut sur le plan international lorsqu'il porte préjudice à un individu sans nationalité et, en conséquence, aucun État n'a le pouvoir d'intervenir ou de présenter une réclamation au nom dudit individu avant ou après le dommage³²⁷. »

La règle traditionnelle ne tient pas compte de la situation des apatrides et des réfugiés et, en conséquence, est en décalage avec le droit international contemporain, qui accorde de l'importance au statut de ces deux catégories de personnes³²⁸, comme en témoigne l'existence de conventions telles que la Convention sur la réduction des cas d'apatridie (1961)³²⁹ et la Convention relative au statut des réfugiés (1951)³³⁰.

176. Les réfugiés posent un problème particulier, car un réfugié « ne peut ... ou ne veut se réclamer de la protection [du pays dont il a la nationalité]³³¹ ». Si un réfugié demande et obtient la protection de l'État dont il a la nationalité, il perd son statut de réfugié³³². En outre, Grahl-Madsen estime que l'État dont le réfugié est ressortissant perd son droit de protection diplomatique à l'égard du réfugié³³³.

177. Les apatrides et les réfugiés jouissent d'une certaine protection en vertu des instruments relatifs aux droits de l'homme, qui confèrent des droits à toutes les personnes résidant dans un État partie. Cette protection est forcément limitée, puisque la plupart des États ne reconnaissent pas ces instruments ni le droit aux réclamations individuelles.

178. Les conventions relatives aux réfugiés et à l'apatridie ne traitent pas de la protection diplomatique comme il convient. L'annexe à la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés prévoit la délivrance de titres de voyage³³⁴ mais précise que celle-ci ne donne en aucun cas au porteur le droit de se prévaloir de la protection des autorités diplomatiques ou consulaires du pays d'émission et ne confère pas à ces autorités le

droit de protection³³⁵. D'un autre côté, Goodwin-Gill déclare que « dans la pratique ... les États émetteurs accordent souvent non pas une protection totale mais une assistance...³³⁶ ». Selon la Convention de 1954 relative au statut des apatrides³³⁷, les apatrides peuvent être considérés par l'État de résidence comme « ayant les droits et les obligations attachés à la possession de la nationalité de ce pays³³⁸ ». Concernant l'assistance administrative, elle dispose que :

« Lorsque l'exercice d'un droit par un apatride nécessiterait normalement le concours d'autorités étrangères auxquelles il ne peut recourir, les États contractants sur le territoire desquels il réside veilleront à ce que ce concours lui soit fourni par leurs propres autorités³³⁹. »

La Convention de 1961 sur la réduction de l'apatridie³⁴⁰, en revanche, reste muette sur la question de la protection.

179. Partout, on a proposé que l'État sur le territoire duquel le réfugié ou l'apatride réside depuis suffisamment longtemps et avec lequel il a un lien effectif ait le droit de lui accorder sa protection diplomatique³⁴¹. Cette option irait dans le sens de Grahl-Madsen, qui écrit :

« La demande d'asile ou du statut de réfugié n'est pas seulement l'expression d'un désir, mais aussi une démarche juridique précise qui peut aboutir à l'octroi de l'asile ou du statut de réfu-

³²⁷ 4 R.I.A.A. 699, p. 678.

³²⁸ Voir *Oppenheim's International Law*, *supra*, note 34, p. 887.

³²⁹ 989 U.N.T.S., p. 175.

³³⁰ 189 U.N.T.S., p. 150.

³³¹ Article 1 A) 2) de la Convention relative au statut des réfugiés 189 U.N.T.S., p. 137.

³³² Voir A. Grahl-Madsen, « Protection of Refugees by Their Country of Origin », (1986) 11 Yale J.I.L., p. 392.

³³³ Ibid. 389, 391, 394. Sur cette question, voir aussi Lee, *supra*, note 141, p. 352 à 359.

³³⁴ En vertu de l'article 28.

³³⁵ Par. 16.

³³⁶ *The Refugee in International Law*, 2e éd. (1996) p. 305.

La Suisse protège les réfugiés qui ne sont plus attachés de facto à leur État d'origine, avec l'assentiment de l'État contre lequel la réclamation est présentée : note du 26 janvier 1978 [(1978) 34 Schweiz J.I.R., p. 113]. La Belgique fournit une protection administrative et consulaire à l'étranger à ceux qui ont le statut de réfugié en Belgique (Lee, *supra*, note 141, p. 358).

³³⁷ 360 U.N.T.S., p. 117.

³³⁸ Article 1 2) ii).

³³⁹ Ibid., article 25 1). Voir également l'article 14 concernant les droits artistiques et la propriété industrielle.

³⁴⁰ Voir *supra*, note 329.

³⁴¹ Brownlie, *Principles*, *supra*, note 39, p. 423; Ohly, *supra*, note 162, p. 313 fn 81. Voir également *Oppenheim's International Law*, *supra*, note 34, p. 886 et 887; Jürgens, *supra*, note 305, p. 218.

gié. L'obtention de ce statut est comparable à l'acquisition d'une nouvelle nationalité³⁴². »

Lee partage cette opinion :

« De fait, il y a lieu de faire l'analogie entre le statut d'un réfugié et celui d'un ressortissant de l'État d'accueil. En effet, du point de vue du réfugié, la demande d'asile politique montre son intention de mettre fin à sa relation avec son pays d'origine, d'une part, et sa volonté de bénéficier de la protection de l'État d'accueil, de l'autre. L'État d'accueil, en accordant l'asile au réfugié et en lui délivrant des papiers d'identité et des titres de voyage, montre sa volonté de l'accepter et de le protéger³⁴³. »

180. La résidence est un aspect important de la relation avec l'État, comme le montre la jurisprudence du Tribunal des réclamations irano-américain³⁴⁴. La Commission d'indemnisation des Nations Unies³⁴⁵ considère elle aussi la résidence comme une condition de la présentation des réclamations.

181. La Convention européenne de 1967 sur les fonctions consulaires (qui n'est pas encore entrée en vigueur) établit un système similaire de protection des apatrides, qui prend en compte la résidence habituelle plutôt que la nationalité :

« Le fonctionnaire consulaire de l'État où réside habituellement un apatride peut protéger celui-ci d'après les dispositions du paragraphe 1er de l'article 2 de la présente Convention, à moins que cet apatride ne soit un ancien ressortissant de l'État de résidence³⁴⁶. »

Le Protocole à la Convention relatif à la protection des réfugiés établit une règle analogue.

« Le fonctionnaire consulaire de l'État où ce réfugié a sa résidence habituelle a le droit de

protéger celui-ci et de défendre ses droits et intérêts, conformément à la Convention, en consultation, chaque fois que c'est possible, avec le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, ou toute autre institution des Nations Unies qui pourrait lui succéder³⁴⁷. »

182. L'article 8 va donc dans le sens de l'approche actuelle en matière de protection des réfugiés et des apatrides. Il concorde également avec le projet de Convention de Harvard sur la responsabilité internationale des États pour les dommages causés aux étrangers³⁴⁸, pour lequel « un apatride ayant sa résidence habituelle dans cet État » est considéré comme un « national » aux fins de la Convention. Dans son rapport de 1999 à l'Association du droit international³⁴⁹, Orrego-Vicuña recommande également de permettre aux États de présenter des réclamations au nom de personnes non ressortissantes dans le cas de « situations humanitaires où l'intéressé n'aurait pas d'autre moyen de faire valoir ses droits ».

183. L'article 8 relève davantage du développement progressif du droit que de la codification. Pour cette raison, il importe que l'exercice de ce droit soit assorti de conditions. La clause restrictive de l'article 8 limite l'exercice de ce droit aux dommages survenus après que l'intéressé a établi sa résidence dans l'État requérant. La liberté de déplacement à l'étranger d'un réfugié ou apatride étant généralement limitée faute de passeport ou d'un autre titre de voyage valide, c'est un droit qui, dans la pratique, sera peu exercé.

184. La clause restrictive assujettit le droit d'exercer la protection diplomatique à une condition importante : souvent, le réfugié a subi des dommages du fait de l'État dont il a la nationalité et qu'il a fui pour éviter les persécutions. Il ne serait toutefois pas bon que l'État d'accueil accorde sa protection diplomatique au réfugié dans de telles circonstances. L'objection selon laquelle un État dont l'intéressé a acquis la nationalité après coup ne devrait pas avoir le droit de le protéger contre l'État de nationalité antérieur s'applique a fortiori à la protection des réfugiés. Cette question est examinée dans le commentaire portant sur l'article relatif au maintien de la nationalité.

³⁴² Voir *supra*, note 332, p. 381.

³⁴³ Voir *supra*, note 141, p. 358. Voir aussi la décision No. 60 VIII 59 du 4 août 1959 du Verwaltungsgerichtshof Munich.

³⁴⁴ Concernant le lien effectif, voir par. 97, *supra*.

³⁴⁵ L'article 5 a) du Règlement provisoire applicable à la procédure relative aux réclamations stipule qu'un gouvernement « peut présenter des réclamations au nom de ses ressortissants et, s'il le juge bon, d'autres personnes résidant sur son territoire », document des Nations Unies S/AC.26/1992/10.

³⁴⁶ E.T.S. No. 61, article 46 1).

³⁴⁷ E.T.S. No 61 A, article 2 2).

³⁴⁸ Voir Sohn et Baxter, *supra*, note 37, p. 578 [art. 21 3) c)].

³⁴⁹ Voir *supra*, note 93, p. 27, clause 7.

Rapports (et articles) à paraître

185. Deux questions seront traitées dans un rapport à paraître :

a) Le droit d'un État dont la victime n'a pas la nationalité de protéger cette personne dans les cas où les dommages subis sont dus à une violation du *jus cogens* et où l'État de nationalité a refusé sa protection. On examinera la question controversée de savoir si la doctrine des obligations *erga omnes* s'applique de quelque manière que ce soit à la protection diplomatique;

b) La condition de maintien de la nationalité et la cessibilité des réclamations.

186. Les rapports suivants porteront sur :

a) L'épuisement des recours locaux;

b) La levée de la protection diplomatique;

c) Le refus de protection diplomatique;

d) La protection des sociétés.

187. La protection d'un agent d'une organisation internationale par cette organisation (protection des fonctionnaires dans l'exercice de leurs fonctions) soulève des questions particulières, différentes de celles qui se posent en matière de protection diplomatique. Au moment où nous écrivons, le Rapporteur spécial n'a pas encore décidé s'il allait inclure cette question dans son étude. L'avis de la Commission à ce sujet serait précieux.

188. Le déni de justice est une question étroitement liée à la protection diplomatique, mais qui semble constituer une règle primaire plutôt que secondaire. L'avis de la Commission serait également apprécié.
