



Assemblée générale

Distr. générale
30 août 2013
Français
Original : anglais/espagnol

Soixante-huitième session

Point 82 de l'ordre du jour provisoire*

Protection diplomatique

Protection diplomatique

Observations et informations communiquées par les gouvernements

Rapport du Secrétaire général

Additif

I. Introduction

Au 30 août 2013, le Secrétaire général avait également reçu des observations écrites de la Colombie (datées du 11 juin 2013), d'El Salvador (datées du 16 juillet 2013) et du Portugal (datées du 25 juillet 2013).

II. Observations formulées sur la suite à donner aux articles sur la protection diplomatique

Colombie

[Original : espagnol]
[11 juin 2013]

Les dispositions figurant dans le projet d'articles à l'examen ont un caractère général et, par conséquent, leur application ne concerne pas seulement un cas concret spécifique. En ce sens, elles semblent de prime abord être en mesure de porter création de normes de droit international général.

* A/68/150.



Dès lors, si le traité proposé à l'adoption était ratifié par un grand nombre de pays, les dispositions prévues dans cet instrument international pourraient progressivement devenir, conjointement avec la pratique, une coutume internationale.

El Salvador

[Original : espagnol]
[16 juillet 2013]

En ce qui concerne la forme définitive du projet d'articles sur la question, la République d'El Salvador réitère la position qu'elle avait déjà exprimée lors de sessions précédentes¹, à savoir qu'il convient de s'efforcer de transformer ce projet en instrument international contraignant, dans la mesure où il reconnaît la nécessité d'améliorer la protection universelle des droits de l'homme et de garantir le droit effectif de tous les États de protéger leurs ressortissants ainsi que leurs intérêts légitimes dans la sphère des relations internationales.

En définitive, El Salvador souscrit à l'orientation du projet d'articles et au fait qu'il tende au règlement pacifique des différends internationaux et en appuie donc le contenu, sans écarter, comme il a été indiqué plus haut, la possibilité de débattre de certains ajustements qu'il faudra apporter au texte pour en renforcer l'efficacité et en optimiser l'application.

Portugal

[Original : anglais]
[16 juillet 2013]

La Commission du droit international a achevé la rédaction d'un projet composé de 19 articles relatifs à la protection diplomatique en moins de 10 ans, à compter du moment où il a été estimé que cette question se prêtait à la codification et au développement progressif. Cela prouve, d'une part, que la question était prête à être codifiée et, d'autre part, que la Commission est une entité précieuse dans les relations internationales contemporaines.

Le Portugal a déjà eu l'occasion de saluer l'élaboration du projet d'articles, ainsi que de souscrire à la recommandation de la Commission invitant à élaborer une convention sur la base de ce projet².

Le Portugal approuve le projet d'articles dans son ensemble, ainsi que l'idée qu'il peut servir de base à une convention internationale, même s'il a, lors des débats de la Sixième Commission, exprimé son désaccord eu égard à certains aspects, notamment ceux concernant la portée et le contenu précis des articles³. Ces questions, entre autres, pourraient être abordées au sein de l'organe chargé de rédiger la convention.

¹ Voir [A/C.6/62/SR.10](#), par. 12 et 13 et [A/C.6/65/SR.16](#), par. 16.

² Voir [A/C.6/61/SR.10](#), par. 61 et 71, [A/C.6/62/SR.10](#), par. 6 et 7, [A/C.6/65/SR.16](#), par. 13, [A/62/118](#) et [A/65/182](#).

³ Voir [A/C.6/61/SR.10](#), par. 61 à 70.

Le Portugal estime que les articles sur la protection diplomatique et ceux sur la responsabilité de l'État pourraient être intégrés à des conventions parallèles, ces deux thématiques allant traditionnellement de pair, ainsi que l'a reconnu la Commission du droit international elle-même. Cela constituerait une grande avancée sur la voie de la consolidation du droit relatif à la responsabilité internationale.

III. Observations formulées sur les articles sur la protection diplomatique

Colombie

[Original : anglais/espagnol]
[11 juin 2013]

Dans la mesure où ils trouvent un appui suffisant dans la pratique et l'*opinio juris* des États, les articles ci-après du projet à l'examen ont de prime abord un caractère coutumier : articles 1 (Définition et champ d'application); 2 (Droit d'exercer la protection diplomatique); 3 (Protection par l'État de la nationalité); 4 (État de nationalité d'une personne physique); 6 (Multiple nationalité et réclamation à l'encontre d'un État tiers); 7 (Multiple nationalité et réclamation à l'encontre d'un État de nationalité); 9 (État de nationalité d'une société); 10 (Continuité de la nationalité d'une société); 12 (Atteinte directe aux droits des actionnaires); 14 (Épuisement des recours internes); 15, alinéas a), b) et d) (Exceptions à la règle de l'épuisement des recours internes); 16 (Actions ou procédures autres que la protection diplomatique); 17 (Règles spéciales du droit international); et 18 (Protection des équipages des navires).

Par conséquent, la convention envisagée aurait un effet purement déclaratif eu égard aux dispositions citées ci-dessus et ne créerait pas d'obligations nouvelles pour l'État colombien.

Le projet d'articles sur la protection diplomatique comporte une compilation des pratiques générales du droit international en matière de protection diplomatique; cependant, dans le même temps, certains articles du document à l'examen répondent à la volonté de développer progressivement le droit international, fonction assignée à la Commission. On trouvera donc dans les paragraphes qui suivent une analyse juridique des articles comportant des propositions de *lege ferenda* et n'ayant pas de base suffisante dans la pratique et l'*opinio juris* des États.

Article 5, paragraphe 1 Continuité de la nationalité d'une personne physique

Le premier paragraphe de l'article 5 du projet dispose que pour qu'un État soit en droit d'assurer la protection diplomatique d'une personne, il faut que cette dernière ait eu la nationalité de cet État de manière continue depuis la date du préjudice jusqu'à la date de la présentation officielle de la réclamation. Sans préjudice de ce qui précède, la disposition concernée prévoit que la continuité de la nationalité d'une personne est présumée sur le plan juridique si cette nationalité existait à ces deux dates.

Il convient de noter, à cet égard, que, comme l'indique la Commission, les tribunaux internationaux et la doctrine ont seulement exigé que la nationalité soit la

même aux deux dates évoquées, sans envisager la nécessité de vérifier si la personne avait conservé cette nationalité de manière continue.

Ainsi, la Commission fait-elle remarquer, dans les termes qui suivent, que le premier paragraphe de l'article 5 constitue un exercice de développement progressif du droit dont l'objectif est d'apporter une réponse satisfaisant les intérêts en conflit (par. 2 du commentaire de l'article 5) :

Le paragraphe 1 énonce le principe traditionnel selon lequel un État est habilité à exercer sa protection diplomatique au bénéfice d'une personne qui avait sa nationalité tant au moment où le préjudice a été causé qu'à la date à laquelle la réclamation a été officiellement présentée. La pratique des États et la doctrine n'indiquent pas clairement si le national doit conserver la nationalité de l'État qui fait la réclamation entre ces deux dates, en grande partie parce que le problème se pose rarement dans les faits. C'est pour ces raisons que l'Institut de droit international a, en 1965, laissé ouverte la question de savoir si la nationalité doit être continue entre ces deux dates. *Il est toutefois incongru d'exiger que la nationalité soit la même à la date du préjudice et à celle de la présentation officielle de la réclamation sans exiger que la nationalité soit continue entre ces deux dates. Ainsi, dans le cadre du développement progressif du droit international, la règle a été formulée de telle manière qu'il faut que la personne lésée soit continûment un national de la date du préjudice à la date de la présentation officielle de la réclamation. Vu qu'il est difficile de la prouver, la continuité de la nationalité est présumée si l'intéressé possédait la même nationalité à ces deux dates. La présomption est évidemment réfragable⁴.* (Nous soulignons.)

Le développement progressif proposé par la Commission consiste à maintenir la condition de nationalité continue et, en même temps, à reconnaître l'existence d'une présomption de continuité de la nationalité qui devra être réfutée par l'État contre lequel la réclamation est faite, c'est-à-dire celui ayant prétendument causé le préjudice au ressortissant de l'État qui présente la réclamation.

Sans préjudice de ce qui précède, il convient de souligner que cet exercice de développement progressif ne remet pas en cause la pratique traditionnelle en matière de protection diplomatique. En effet, la proposition figurant dans le commentaire consacre une condition enracinée dans la jurisprudence des tribunaux internationaux et a pour objectif de combler le vide juridique reconnu par la doctrine et la jurisprudence internationale. La disposition susmentionnée prévoit donc un développement de moindre envergure afin de préciser la portée d'une condition déjà posée dans la pratique.

Article 8

Apatrides et réfugiés

L'article 8 du projet a pour objectif de rendre compte des avancées du droit international en ce qui concerne la reconnaissance juridique et la protection des apatrides et réfugiés, sur la base des dispositions des instruments internationaux les plus pertinents en la matière, notamment la Convention relative au statut des

⁴ Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 10 (A/61/10)*, par. 49.

réfugiés de 1951, la Convention relative au statut des apatrides de 1954 et la Convention sur la réduction des cas d'apatridie de 1961.

Cet article entend ainsi réglementer un phénomène moderne n'ayant pas été étudié par les tribunaux qui traditionnellement se sont occupés des réclamations relatives à la protection diplomatique. La disposition susmentionnée n'étant pas suffisamment étayée par la pratique des États et l'*opinio juris*, elle entre dans le cadre de la fonction de développement progressif du droit assignée à la Commission du droit international.

Sur ce point, il faut noter que la proposition de développement progressif figurant à l'article 8 est celle qui s'éloigne le plus résolument du droit coutumier régissant l'exercice de la protection diplomatique. En effet, en prévoyant que les apatrides et réfugiés pourront bénéficier de la protection diplomatique, l'article 8 écarte l'une des conditions essentielles posées à l'exercice de cette protection, la nationalité.

Sans préjudice de ce qui précède, il faut signaler que l'extension de cette prérogative de l'État à des personnes ne possédant pas la nationalité de cet État est subordonnée à la réalisation des conditions particulières suivantes.

En premier lieu, l'exercice de la protection diplomatique est subordonné à la constatation de la résidence légale et habituelle du réfugié ou de la personne en situation d'apatridie, condition qui remplace la condition de nationalité. En second lieu, et en ce qui concerne les réfugiés, il faut que l'État d'accueil ait reconnu à cette personne la qualité de réfugié, conformément à son droit interne d'une part et au droit international en vigueur d'autre part.

Par ailleurs, le troisième paragraphe de l'article 8 du projet dispose clairement que l'État d'accueil ne peut pas exercer sa protection diplomatique en faveur d'un réfugié contre l'État de nationalité de ce dernier. Comme l'explique la Commission dans ses commentaires du projet :

« ... Le lui permettre aurait été en contradiction avec le raisonnement qui sous-tend le présent projet d'articles, à savoir que la nationalité est le critère prépondérant pour l'exercice de la protection diplomatique. Ce paragraphe répond également à des considérations pratiques. La plupart des réfugiés ont à se plaindre du traitement que leur a réservé leur État national, qu'ils ont fui pour échapper à des persécutions. Autoriser l'exercice de la protection diplomatique en pareils cas reviendrait à ouvrir la porte à d'innombrables réclamations internationales. De plus, la crainte que les réfugiés ne les pressent d'intenter une action en leur nom risquerait de dissuader les États d'accepter des réfugiés sur leur territoire. »⁵

L'interdiction susdite s'appuie elle-même sur le troisième paragraphe de l'article 5, qui rendrait impossible l'exercice de la protection diplomatique à l'égard de l'État de nationalité du réfugié, ainsi que sur l'article 7.

Sans préjudice de ce qui précède, il faut noter que la notion de « nationalité prépondérante », prévue à l'article 7, et celle de « date du préjudice », consacrée à l'article 5, pourraient favoriser des demandes de protection diplomatique contre

⁵ Ibid., par. 10 du commentaire relatif à l'article 8.

l'État de nationalité du réfugié de la part de l'État qui, après avoir accordé le statut de réfugié à une personne, a décidé de lui accorder la nationalité.

Cette situation se produirait dans les cas où le préjudice résulte de plusieurs faits ou d'un fait continu. En effet, comme l'indique la Commission, dans le cas où le préjudice résulte d'un fait continu, la date du préjudice n'a pas à être une date précise⁶. Il peut s'agir d'une période. Ainsi, il serait plausible de considérer que le réfugié ayant obtenu une nouvelle nationalité continue à subir le préjudice causé par les actes de l'État de sa nationalité d'origine.

À cet égard, il faut rappeler que pour qu'un État puisse exercer sa protection diplomatique à l'égard d'un réfugié, il faut que la résidence légale et habituelle du réfugié dans cet État soit avérée. Par ailleurs, il faut souligner que la résidence habituelle constitue en elle-même un critère permettant d'établir le caractère prédominant de la nationalité d'un État sur la nationalité d'un autre État.

Conformément à ce qui précède, dans le cas d'une violation continue des droits d'un réfugié auquel une nouvelle nationalité a été accordée, l'État d'accueil du réfugié serait en mesure de présenter une réclamation et d'exercer sa protection diplomatique à l'encontre de l'État de première nationalité, ce qui serait en contradiction flagrante avec le principe général qui veut que l'on ne puisse exercer ce droit à l'encontre de l'État de nationalité de la personne.

Article 15

Exceptions à la règle de l'épuisement des recours internes

L'article 15 du projet présente les exceptions à l'une des conditions essentielles de l'exercice de la protection diplomatique : l'épuisement des recours internes.

D'après les commentaires relatifs au projet, l'alinéa c) traite des cas dans lesquels un individu a assumé volontairement le risque d'être soumis à la justice de l'État d'accueil dans le cas où il subirait un préjudice. Cependant, cette disposition ne s'appuie sur aucun exemple tiré de la pratique des États et entre par conséquent dans le cadre de la fonction de développement progressif du droit de la Commission. Il convient de signaler par ailleurs qu'après examen des commentaires relatifs à l'alinéa susmentionné, il s'avère difficile de discerner clairement la raison de son inclusion.

La Commission reconnaît, dans les termes repris ci-après, que l'alinéa d) de l'article 15 a pour objectif de développer progressivement l'une des exceptions à la règle de l'épuisement des recours internes, afin de clarifier les situations qui constituent des cas d'impossibilité manifeste d'accéder à ces recours :

« Cet alinéa, qui relève du développement progressif, doit être interprété de manière stricte et il appartient à la personne lésée de prouver non seulement qu'il existe des obstacles et des difficultés sérieux s'agissant d'épuiser les recours internes *mais qu'elle est "manifestement" empêchée d'exercer ces*

⁶ « La première condition est que le national lésé ait été un national de l'État réclamaire à la date du préjudice. La date du préjudice n'a pas à être une date précise. Il peut s'agir d'une période si le préjudice résulte de plusieurs faits ou d'un fait continu commis sur une certaine période. » (Nous soulignons.) Ibid., par. 3 du commentaire relatif à l'article 5.

recours. On n'a pas tenté d'établir une liste exhaustive des facteurs susceptibles de constituer cette exception. »⁷ (Nous soulignons.)

Comme il est possible de le voir, cet alinéa recourt au développement progressif pour clarifier l'aspect procédural de la réclamation sans créer de nouvelles obligations substantielles en ce qui concerne l'exercice de la protection diplomatique.

Article 19

Pratique recommandée

L'article 19 est un exemple d'article assez atypique dans un traité multilatéral, dans la mesure où il formule des exhortations ou recommandations, sans consacrer d'obligations juridiquement contraignantes pour les États.

Il faut signaler qu'alors même que le droit international n'oblige pas les États à exercer une protection diplomatique, la disposition à l'examen codifie un devoir fait à l'État de prendre dûment en considération la possibilité d'exercer cette protection⁸.

Il convient ainsi d'analyser avec prudence la possibilité que cette règle devienne une obligation pour l'État colombien d'étudier toutes les demandes de protection diplomatique en fonction de critères n'ayant pas encore été définis.

El Salvador

[Original : espagnol]

[16 juillet 2013]

La République d'El Salvador accorde une grande importance au projet d'articles sur la protection diplomatique, fruit du travail approfondi mené par la Commission du droit international afin de contribuer à la codification et au développement progressif desdits articles; pour ce faire, il a été élaboré des dispositions reflétant la pratique des États, mais également des dispositions qui abordent de nouveaux problèmes se rapportant à ce thème.

La protection diplomatique est un élément classique du droit international, mais sa configuration doit être cohérente et compatible avec le système normatif dans lequel elle s'insère maintenant, à savoir une réglementation internationale composée d'un ensemble de principes et de règles régissant les rapports de coopération entre États, ainsi que la condition d'autres sujets du droit international.

En effet, la protection diplomatique a joué dès le début un rôle essentiel, car elle est née de l'affirmation de l'égalité des États à une époque où l'on ne reconnaissait aux personnes aucun droit dans la sphère du droit international : elle est ainsi devenue le seul élément viable permettant de garantir la reconnaissance et la réparation du préjudice causé par un autre État.

⁷ Ibid., par. 11 du commentaire relatif à l'article 15.

⁸ Sur ce point, Malcolm Shaw précise : « Le droit international n'impose cependant aux États aucune obligation de fournir une protection diplomatique à leurs nationaux à l'étranger, même s'il est possible d'affirmer que ces nationaux ont le droit de réclamer cette protection à leur gouvernement, lequel a le devoir de prendre dûment en considération cette demande ». *International Law*, 6^e éd. (Cambridge, Cambridge University Press, 2008), p. 809.

Toutefois, de nos jours, la protection diplomatique doit être comprise comme étant l'un des divers moyens disponibles pour garantir les droits des personnes dans la sphère internationale et assurer la protection des intérêts des États, comme le sont également d'autres éléments tels que les règles relatives à la responsabilité des États et la juridiction des tribunaux internationaux, sans que ces éléments soient incompatibles entre eux. C'est cette fonction essentielle de tutelle qui fait qu'en définitive, la protection diplomatique demeure un instrument essentiel et efficace dans la sphère du droit international.

En vertu de ce qui précède, il est possible d'affirmer que le projet d'articles sur la protection diplomatique ne limite pas la règle fondamentale de la responsabilité internationale des États, laquelle consiste à reconnaître que chaque fois qu'un État commettra un fait internationalement illicite, sa responsabilité internationale sera engagée et qu'en conséquence, si le fait en question prend la forme d'un acte illicite portant préjudice à un étranger, cet État devra immédiatement mettre fin au comportement illicite et réparer intégralement le préjudice causé, la réparation pouvant prendre la forme de la restitution, de l'indemnisation ou de la satisfaction.

Il importe par ailleurs de souligner que le droit interne salvadorien reconnaît l'importance de la protection diplomatique, à tel point qu'elle est inscrite à l'article 99 de la Constitution de la République :

« Les ressortissants étrangers ne pourront recourir à la voie diplomatique que dans les cas de déni de justice et une fois épuisés les recours juridiques qu'ils auront entamés. L'expression "déni de justice" ne s'applique pas à un jugement exécutoire défavorable au requérant. »

Dans cette disposition constitutionnelle, la référence au déni de justice comme élément pouvant donner lieu à l'application de la protection diplomatique réaffirme que cette dernière est une procédure à visée fondamentalement réparatrice ou corrective, qui peut s'exercer après que l'acte illicite a été commis par l'État impliqué.

De la même façon, il est possible de mettre sur le même plan la condition exigeant que tous les recours internes aient été épuisés et le contenu du projet d'articles élaboré par la Commission, étant donné qu'avant de présenter une réclamation internationale, il faut avoir utilisé les recours disponibles sur le plan national en vue d'obtenir la réparation recherchée. Ce qui précède est sans préjudice des exceptions à la règle reconnues sur le plan international et annulant cette condition de façon légitime, telles que le retard abusif, l'inexistence de recours internes disponibles, le fait que la personne lésée soit manifestement empêchée d'exercer les recours disponibles, voire le fait que l'État prétendument responsable a renoncé à exiger que les recours internes soient épuisés.

En ce qui concerne le fonctionnement de la protection diplomatique, il est essentiel d'analyser, au cas par cas, les diverses circonstances factuelles donnant lieu à l'exercice de la protection, notamment la gravité du préjudice causé et les vues des personnes lésées quant au recours à la protection diplomatique et à la réparation à réclamer, comme le dispose l'article 19 du projet.

Bien que la Commission ait indiqué dans les commentaires relatifs au projet d'articles que le pouvoir discrétionnaire qu'ont les États d'exercer leur protection diplomatique doit être lu en conjonction avec le projet d'article 19 (Pratique recommandée), la République d'El Salvador estime que le rapport entre les deux n'a

pas été suffisamment explicité, étant donné que la « pratique recommandée » n'apparaît qu'à la fin du texte et dans la partie intitulée « Dispositions diverses », comme s'il s'agissait d'une disposition de moindre importance.

Si l'objectif est de véritablement parvenir à un équilibre satisfaisant entre caractère discrétionnaire de la protection diplomatique et réglementation des éléments devant en régir l'exercice, il convient de lier le texte de l'article 2 (Droit d'exercer la protection diplomatique) à celui de l'article 19 (Pratique recommandée) et même d'envisager la possibilité de changer ce dernier article de place et de modifier le langage qui y est utilisé, afin de veiller à ce que l'orientation judicieuse donnée par la Commission au projet soit appliquée correctement, conformément aux suggestions formulées dans les commentaires relatifs aux différents articles.
