

PROTECTION DIPLOMATIQUE

[Point 2 de l'ordre du jour]

DOCUMENT A/CN.4/567

Septième rapport sur la protection diplomatique, par M. John Dugard, Rapporteur spécial

[Original: anglais]
[7 mars 2006]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Pages</i>
Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport.....	4
Ouvrages cités dans le présent rapport.....	4
	<i>Paragraphes</i>
INTRODUCTION.....	1-7 5
<i>Chapitres</i>	
I. EXAMEN DU PROJET D'ARTICLES.....	8-92 6
A. Article 1.....	8-21 6
Protection diplomatique et assistance consulaire.....	15-21 7
B. Article 2.....	22-24 10
C. Article 3.....	25-27 10
D. Article 4.....	28-30 11
E. Article 5.....	31-47 11
F. Article 6.....	48 15
G. Article 7.....	49 15
H. Article 8.....	50-51 15
I. Article 9.....	52-55 16
J. Article 10.....	56-59 17
K. Article 11.....	60-68 18
L. Article 12.....	69 20
M. Article 13.....	70-71 20
N. Article 14.....	72-74 20
O. Article 15.....	75 20
P. Article 16.....	76-81 21
1. Alinéa <i>a</i>	77-78 21
2. Alinéa <i>c</i>	79 22
3. Alinéa <i>d</i>	80-81 22
Q. Articles 17 et 18.....	82-89 22
R. Article 19.....	90-92 24
II. LE DROIT DU NATIONAL LÉSÉ À UNE INDEMNISATION.....	93-103 25
<i>Annexe.</i> Bibliographie sur la protection diplomatique (ouvrages et articles parus après 2000).....	29

Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport

Sources

<p>Traité de paix entre les Puissances alliées et associées et l'Allemagne (Traité de Versailles) [Versailles, 28 juin 1919]</p>	<p>H. Triepel, <i>Nouveau recueil général de traités et autres actes relatifs aux rapports de droit international. Continuation du grand recueil de G. Fr. de Martens</i>, 3^e série, Leipzig, Theodor Weicher, 1922, t. XI, p. 323.</p>
<p>Convention relative au statut des réfugiés (Genève, 28 juillet 1951)</p>	<p>Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i>, vol. 189, n° 2545, p. 137.</p>
<p>Traité instituant la Communauté économique européenne (Rome, 25 mars 1957), intégrant les modifications apportées par le Traité de Nice du 26 février 2001</p>	<p>Ibid., vol. 294, n° 4300, p. 3. Voir aussi la version consolidée du Traité instituant la Communauté européenne, <i>Journal officiel des Communautés européennes</i>, vol. 45, n° C 325 (24 décembre 2002), p. 33.</p>
<p>Convention sur la haute mer (Genève, 29 avril 1958)</p>	<p>Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i>, vol. 450, n° 6465, p. 11.</p>
<p>Convention de Vienne sur les relations diplomatiques (Vienne, 18 avril 1961)</p>	<p>Ibid., vol. 500, n° 7310, p. 95.</p>
<p>Convention de Vienne sur les relations consulaires (Vienne, 24 avril 1963)</p>	<p>Ibid., vol. 596, n° 8638, p. 261.</p>
<p>Protocole de signature facultative à la Convention de Vienne sur les relations consulaires concernant le règlement obligatoire des différends (Vienne, 24 avril 1963)</p>	<p>Ibid., n° 8640, p. 487.</p>
<p>Convention de Vienne sur le droit des traités (Vienne, 23 mai 1969)</p>	<p>Ibid., vol. 1155, n° 18232, p. 331.</p>
<p>Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (New York, 18 décembre 1979)</p>	<p>Ibid., vol. 1249, n° 20378, p. 13.</p>
<p>Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (Montego Bay, 10 décembre 1982)</p>	<p>Ibid., vol. 1834, n° 31363, p. 3.</p>
<p>Traité établissant une Constitution pour l'Europe (Rome, 29 octobre 2004)</p>	<p><i>Journal officiel de l'Union européenne</i>, vol. 47, n° C 310 (16 décembre 2004), p. 1.</p>

Ouvrages cités dans le présent rapport

<p>AMERASINGHE, Chittharanjan Felix «The local remedies rule in appropriate perspective», <i>Heidelberg Journal of International Law</i>, vol. 36 (1976), p. 727 à 759.</p>	<p>«Protection diplomatique des nationaux à l'étranger», <i>Annuaire de l'Institut de droit international</i>, vol. I, session de Cambridge, juillet 1931, p. 256 à 435.</p>
<p>AMERICAN LAW INSTITUTE <i>Restatement of the Law Third: Foreign Relations Law of the United States</i>, vol. 2, St. Paul (Minn.), American Law Institute, 1987.</p>	<p>«The protection of citizens abroad and change of original nationality», <i>Yale Law Journal</i>, vol. XX, n° 4 (janvier 1934), p. 359 à 392.</p>
<p>BARBER, Nick «Citizenship, nationalism and the European Union», <i>European Law Review</i>, Londres, vol. 27 (2002), p. 241 à 259.</p>	<p>BROWNLIE, Ian <i>Principles of Public International Law</i>, 6^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2003.</p>
<p>BEDERMAN, David J. «Interim report on "lump sum agreements and diplomatic protection"», <i>Report of the Seventieth Conference held in New Delhi, 2-6 April 2002</i>, Londres, Association de droit international, 2002, p. 230 à 258.</p>	<p>CARREAU, Dominique <i>Droit international</i>, 7^e éd., Paris, Pedone, 2001.</p>
<p>BERLIA, Georges «Contribution à l'étude de la nature de la protection diplomatique», <i>Annuaire français de droit international</i>, vol. III (1957), p. 63 à 72.</p>	<p>DENZA, Eileen <i>Diplomatic Law: A Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations</i>, 2^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1998.</p>
<p>BOLLECKER-STERN, Brigitte <i>Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale</i>, Paris, Pedone, 1973.</p>	<p>DUBOIS, Louis «La distinction entre le droit de l'État réclamant et le droit du ressortissant dans la protection diplomatique (à propos de l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 14 juin 1977)», <i>Revue critique de droit international privé</i>, Paris, 1978, p. 615 à 640.</p>
<p>BORCHARD, Edwin M. <i>The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims</i>, New York, The Banks Law Publishing Co., 1919.</p>	<p>DUNN, Frederick Sherwood <i>The Protection of Nationals: A Study in the Application of International Law</i>, Baltimore, Johns Hopkins Press, 1932.</p>
	<p>FELLER, A. H. <i>The Mexican Claims Commissions, 1923-1934: A Study in the Law and Procedure of International Tribunals</i>, New York, Macmillan, 1935.</p>

- GARCÍA-AMADOR, F. V., Louis B. SOHN et R. R. BAXTER
Recent Codification of the Law of State Responsibility for Injuries to Aliens, Dobbs Ferry, New York, Oceana, 1974.
- GECK, Wilhelm Karl
 «Diplomatic protection», dans Rudolf Bernhardt (dir. publ.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 1, Amsterdam, Elsevier, 1992, p. 1045 à 1067.
- HACKWORTH, Green Haywood
Digest of International Law, vol. V, Washington, Government Printing Office, 1943.
- HURST, Sir Cecil J. B.
 «Nationality of claims», *British Year Book of International Law*, 1926, vol. 7, p. 163 à 182.
- JENNINGS, Sir Robert et Sir Arthur WATTS (dir. publ.)
Oppenheim's International Law, vol. I: *Peace*, 9^e éd., Harlow, Longman, 1992.
- LEE, Luke T.
Consular Law and Practice, 2^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1991.
- LILLICH, Richard B.
 «The United States-Hungarian Claims Agreement of 1973», *American Journal of International Law*, vol. 69 (1975), p. 534 à 559.
- LILLICH, Richard B. et Burns H. WESTON
International Claims: Their Settlement by Lump Sum Agreements, Charlottesville, University Press of Virginia, 1975.
- MOORE, John Bassett
A Digest of International Law, vol. VI, Washington, Government Printing Office, 1906.
- MUMMERY, David R.
 «The content of the duty to exhaust local judicial remedies», *American Journal of International Law*, vol. 58 (1964), p. 389 à 414.
- NIELSEN, Fred K.
American and British Claims Arbitration: Under the Special Agreement Concluded Between the United States and Great Britain (18 August 1910), Washington, Government Printing Office, 1926.
- RALSTON, Jackson H.
The Law and Procedure of International Tribunals, éd. rev., Palo Alto, Stanford University Press, 1926.
- SCHWARZENBERGER, Georg
International Law, 3^e éd., vol. 1, Londres, Stevens, 1957.
- SHAW, Malcolm N.
International Law, 5^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2003.
- SIMPSON, J. L. et Hazel FOX
International Arbitration: Law and Practice, Londres, Stevens, 1959.
- STEIN, Torsten
 «Interim report on "diplomatic protection under the European Union Treaty"», *Report of the Seventieth Conference held in New Delhi, 2-6 April 2002*, Londres, Association de droit international, 2002, p. 277 à 289.
- WHITEMAN, Marjorie M.
Digest of International Law, vol. 8, Washington, Government Printing Office, 1967.
- ZOUREK, Jaroslav
 «Quelques problèmes théoriques du droit consulaire», *Journal du droit international*, Paris, vol. 90, n^o 1 (1963), p. 4 à 66.

Introduction¹

1. La Commission du droit international a achevé, à sa cinquante-sixième session, tenue en 2004, la première lecture d'une série de 19 projets d'article sur la protection diplomatique². La Commission a ensuite décidé, conformément aux articles 16 et 21 de son statut, de communiquer les projets d'article, par l'intermédiaire du Secrétaire général, aux gouvernements pour les inviter à présenter leurs commentaires et observations au Secrétaire général au plus tard le 1^{er} janvier 2006. Dans une note en date du 19 octobre 2004, le Secrétariat a invité les gouvernements à présenter leurs observations écrites au plus tard le 1^{er} janvier 2006. Le 26 janvier 2006, des observations écrites avaient été reçues des 11 États suivants: Autriche, El Salvador, États-Unis d'Amérique, Guatemala, Maroc, Mexique, Norvège au nom des pays nordiques (Danemark, Finlande, Islande, Norvège et Suède), Ouzbékistan, Panama, Pays-Bas et Qatar³.

2. Depuis 2000, année où le premier projet d'articles sur la protection diplomatique a été adopté par la Commission, une série d'ouvrages (monographies et nouvelles éditions de traités généraux) et d'articles spécialisés consacrés à la protection diplomatique, faisant en particulier référence aux travaux de la Commission, ont été régulièrement publiés. Une bibliographie de ces documents figure dans l'annexe au présent rapport.

3. De nombreuses publications parues après 2000 traitent de la nature de la protection diplomatique et examinent la question de savoir si la protection diplomatique est une procédure destinée à protéger les droits de l'individu ou un mécanisme destiné à protéger les intérêts de l'État exerçant la protection diplomatique. Certains auteurs contestent la validité de la règle établie dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine*, selon laquelle:

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 international⁴.

¹ Le Rapporteur spécial tient à exprimer sa reconnaissance à Annemarieke Künzli, doctorante à l'Université de Leyde (Pays-Bas), à Alex Smithyman, de l'Université de New York, et à Chen Palmer, de Wellington, stagiaire auprès du Rapporteur spécial en 2005, pour l'aide qu'ils lui ont apportée.

² Voir *Annuaire... 2004*, vol. II (2^e partie), p. 18 et suiv., par. 59. Le projet d'articles et les commentaires y relatifs sont reproduits au paragraphe 60.

³ Ces commentaires, ainsi que ceux de la Belgique, de l'Italie et du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, figurent

dans le document A/CN.4/561 et Add.1 et 2, reproduit dans le présent volume. Ceux du Koweït sont également reproduits dans le présent volume (document A/CN.4/575).

⁴ *Concessions Mavrommatis en Palestine*, arrêt n^o 2, 1924, C.P.J.I. série A, n^o 2, p. 12.

Ceux-ci soutiennent à juste titre que plusieurs des conditions de l'exercice de la protection diplomatique, notamment la règle de la continuité de la nationalité, l'épuisement des recours internes et l'évaluation des dommages, indiquent qu'en réalité la réclamation est celle de l'individu, non celle de l'État. Ce raisonnement ne tient toutefois pas compte de la distinction entre règles primaires et règles secondaires du droit international, fondamentale en la matière. L'individu a un droit à ne pas être torturé ou à ne pas être privé de ses biens sans être indemnisé. Il est clair que ces droits ne sont pas les droits d'un État. Ces droits de l'individu, dont la violation peut donner lieu à l'exercice de la protection diplomatique par l'État de sa nationalité, relèvent des règles primaires du droit international. Par contre, le droit de l'État d'exercer sa protection diplomatique en réponse à la violation de cette règle primaire du droit international en faisant sienne la réclamation est une règle secondaire du droit international⁵. Étant donné que la personnalité juridique internationale de l'individu est incomplète, compte tenu de sa capacité limitée de faire valoir ses droits, la fiction inhérente à la décision *Concessions Mavrommatis en Palestine* est le moyen utilisé en droit international – une règle secondaire – pour imposer la règle primaire, qui protège le droit incontesté de l'individu. Les projets d'article étant fondés sur la validité (sinon la précision) de la règle Mavrommatis (voir en particulier l'article premier), un examen des critiques de cette règle présenterait peu d'intérêt à ce stade. Ces ouvrages ont toutefois le mérite de souligner que la protection diplomatique est un instrument qui permet à l'État d'intervenir pour protéger un individu et que l'objectif ultime de la protection diplomatique est la protection des droits de l'homme. En ce sens, la protection diplomatique et le droit des droits de l'homme se complètent⁶. Les Pays-Bas défendent vigoureusement cette idée et invitent la Commission à accorder une attention plus marquée à la situation de la personne dans la formulation de ses projets d'article⁷.

⁵ Voir Dominicé, «La prétention de la personne privée dans le système de la responsabilité internationale des États» et «Regard actuel sur la protection diplomatique».

⁶ Voir Condorelli, «L'évolution du champ d'application de la protection diplomatique»; Flauss, «Vers un *aggiornamento* des conditions d'exercice de la protection diplomatique»; Kooijmans, «Is the right to diplomatic protection a human right?»; Ferial Tinta, «Due process and the right to life in the context of the Vienna Convention on Consular Relations: arguing the *LaGrand case*»; et Pinto, «De la protection diplomatique à la protection des droits de l'homme».

⁷ Document A/CN.4/561 et Add.1 et 2 (voir *supra* la note 3), «Observations générales».

4. Certains auteurs critiquent la décision prise par la Commission de ne pas retenir certaines propositions. C'est ainsi qu'on lui reproche de ne pas imposer aux États, dans le cadre du développement progressif, l'obligation d'exercer leur protection diplomatique⁸. Étant donné que ces questions ne peuvent et ne doivent pas être réexaminées en seconde lecture, elles ne sont pas abordées dans le présent rapport.

5. Plusieurs analyses critiquent le libellé ou la teneur de certaines dispositions du projet d'articles. Elles sont envisagées dans le cadre du réexamen de ces dispositions, de même que les observations des États.

6. On n'a pas cherché dans le présent rapport à rédiger des articles traitant de questions telles que la signature, la ratification ou le règlement des différends, qui devront être inclus dans le projet d'articles si celui-ci prend la forme d'un traité. On a, à cet égard, suivi le précédent du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite⁹. Le sort du présent projet d'articles est étroitement lié à celui de ce dernier. Si l'on décide de transformer le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite en un traité, il est probable que le présent projet d'articles sera incorporé dans ce traité et il est souhaitable qu'il le soit. Si, par contre, le projet d'articles sur la responsabilité de l'État conserve son statut actuel en tant que réaffirmation du droit, il semble inévitable que le présent projet d'articles ait la même fonction.

7. Le présent rapport a pour objet d'examiner les projets d'article adoptés par la Commission en première lecture à la lumière des commentaires, des critiques et des suggestions faites à cet égard par les gouvernements et les publicistes. Une disposition modifiée ou nouvelle sera au besoin proposée pour remplacer tel ou tel projet d'article. Une seule innovation importante sera proposée. Certains membres de la Commission, certains États et certains auteurs ont demandé à la Commission d'inclure une disposition traitant du versement par l'État de nationalité à son national de l'indemnisation reçue pour un préjudice causé à celui-ci. On trouvera une proposition à cet effet après l'examen des 19 projets d'article.

⁸ Milano, «Diplomatic protection and human rights before the International Court of Justice: re-fashioning tradition?», p. 94 à 97; et Kooijmans, loc. cit.

⁹ *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 30, par. 76.

CHAPITRE I

Examen du projet d'articles

A. Article 1

Définition et champ d'application

La protection diplomatique consiste dans le recours à une action diplomatique ou à d'autres moyens de règlement pacifique par un État qui prend fait et cause, en son nom propre, pour une personne ayant sa nationalité à raison d'un préjudice subi par cette dernière découlant d'un fait internationalement illicite d'un autre État.

8. Les commentaires sur l'article 1 se divisent en trois catégories: ceux qui demandent davantage de clarté ou des modifications du texte; ceux qui demandent des ajouts au commentaire; et ceux qui demandent une distinction nette entre la protection diplomatique et l'assistance consulaire. Des commentaires entrant dans cette troisième catégorie, certainement la plus importante, feront l'objet d'un examen exhaustif. Il est plus facile d'écarter les autres commentaires et suggestions.

9. L'Ouzbékistan suggère d'inclure dans le projet d'articles une disposition précisant le sens qui est donné à des expressions telles que «nationalité d'une personne juridique», «constitution d'une société» et «dommages causés à des biens¹⁰». Il conteste l'emploi du terme «nationalité» pour les personnes morales au motif que la nationalité est l'attribut de personnes physiques et non morales¹¹. Cela appelle deux commentaires. Tout d'abord, les définitions sont dangereuses car souvent elles créent plus de problèmes qu'elles n'en résolvent¹². Il vaut mieux expliquer le sens des termes dans le contexte de chaque règle – ce que l'on s'efforce de faire dans le projet d'articles. Ensuite, en droit, le terme «nationalité» est employé si fréquemment pour les personnes morales qu'il est impossible d'écarter cette acception.

10. Les Pays-Bas suggèrent de préciser que le projet d'article 1 s'applique aussi aux apatrides et aux réfugiés au sens de l'article 8¹³. Il est proposé d'accepter cette suggestion en apportant une modification au texte.

11. Le Guatemala a proposé de préciser au paragraphe 7 du commentaire de l'article 1 que les agents diplomatiques et consulaires pouvaient bénéficier de la protection diplomatique en dehors de l'exercice de leurs fonctions officielles¹⁴, ce qui sera fait.

12. L'article 1 indique qu'«un fait internationalement illicite d'un autre État» est une condition de la protection diplomatique. Cela n'empêche pas un État de prendre des mesures pour protéger ses nationaux avant qu'un fait illicite ait été commis, mais ces mesures ne relèvent pas de la protection diplomatique¹⁵. Les Pays-Bas ont à juste titre suggéré de le préciser dans le commentaire¹⁶.

13. Il devrait en outre être précisé dans le commentaire que l'expression «une personne ayant sa nationalité», qui figure à l'article premier, vise aussi les groupes de personnes – comme suggéré par Condorelli¹⁷.

14. Plusieurs États ont suggéré que l'article 1 et le commentaire y relatif précisent davantage la signification des expressions «action diplomatique» et «autres moyens de règlement pacifique», et ont estimé qu'il fallait bien distinguer la protection diplomatique de l'assistance consulaire¹⁸. C'est aussi ce que dit la doctrine. Cette question doit donc être soigneusement examinée.

¹⁰ Document A/CN.4/561 et Add.1 et 2 (voir *supra* la note 3), «Autres commentaires et suggestions». Le commentaire intégral de l'Ouzbékistan précise la nature de sa suggestion.

¹¹ *Ibid.*, commentaire relatif au projet d'article 1.

¹² «[U]ne définition [...] crée souvent plus de problèmes qu'elle n'en résout» [Lord Reid dans *Brutus c. Cozens*, *Weekly Law Reports* (1972), vol. 3, p. 525 et 526].

¹³ Document A/CN.4/561 et Add.1 et 2 (voir *supra* la note 3), commentaire relatif au projet d'article 1.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ Cette opinion est contestée par Condorelli («L'évolution du champ d'application...», p. 7).

¹⁶ Document A/CN.4/561 et Add.1 et 2 (voir *supra* la note 3), commentaire relatif au projet d'article 1.

¹⁷ «L'évolution du champ d'application...», p. 6 et 7.

¹⁸ Document A/CN.4/561 et Add.1 et 2 (voir *supra* la note 3), commentaire relatif au projet d'article 1 (Autriche, Pays-Bas et Panama) et «Observations générales» (El Salvador).

15. En droit international, les États peuvent exercer deux types de protection au profit de leurs nationaux: l'assistance consulaire et la protection diplomatique¹⁹. Mais il existe des différences fondamentales entre les deux et la question de savoir quelles activités des gouvernements relèvent ou non de la protection diplomatique continue de susciter débats et controverses. Ces débats sont alimentés par un malentendu également persistant au sujet de la définition du terme «action» aux fins de la protection diplomatique, qui amène à considérer à tort certaines actions comme relevant de l'exercice de l'assistance consulaire. Le problème ne tient pas tant à la nature de l'assistance consulaire qu'à la définition de l'action aux fins de la protection diplomatique, à l'exclusion de l'assistance consulaire.

16. On considère souvent que la protection diplomatique implique des poursuites judiciaires. Parfois les interventions extrajudiciaires en faveur de nationaux sont considérées comme relevant non de la protection diplomatique mais de l'assistance consulaire. Cette conception de la protection diplomatique est toutefois trop étroite. Toute intervention, y compris la négociation, au niveau interétatique en faveur d'un national vis-à-vis d'un État étranger devrait être considérée comme relevant de la protection diplomatique (et non de l'assistance consulaire), pourvu que les conditions générales de la protection diplomatique soient réunies, c'est-à-dire, à condition qu'il y ait eu une violation du droit international dont l'État défendeur peut être tenu responsable, que les recours internes aient été épuisés et que l'individu concerné ait la nationalité de l'État qui intervient. Cette conception large de l'«action» dans le contexte de la protection diplomatique est validée par la doctrine²⁰ et par la jurisprudence internationale²¹ et nationale²². L'article 1 et le commentaire y relatif vont clairement dans le sens de cette interprétation large de l'action diplomatique. L'article 1 dispose que la

¹⁹ La représentation diplomatique et la protection diplomatique sont une autre source de confusion. Elles sont cependant très différentes de par leur nature, comme Warbrick et McGoldrick l'indiquent: «La représentation diplomatique couvre une grande variété de communications d'un gouvernement à un autre, dans lesquelles l'un exprime sa désapprobation à l'égard d'une action ou d'une inaction de l'autre. Cela n'impute pas nécessairement une conduite illicite à l'autre État» – une condition de l'exercice de la protection diplomatique («Current developments: public international law», p. 724).

²⁰ Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, p. 439; Dunn, *The Protection of Nationals*, p. 18 et 19; Condorelli, «L'évolution du champ d'application...», p. 5 et 6.

²¹ Dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine*, la Cour permanente de justice internationale a déclaré que les États pourraient prendre fait et cause pour un de leurs ressortissants «en mettant en mouvement en sa faveur l'action diplomatique ou* l'action judiciaire internationale» (voir *supra* la note 4). Voir également les affaires suivantes: *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, arrêt, 1939, C.P.J.I. série A/B, n° 76, p. 16; *Nottebohm (deuxième phase)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1955, p. 24; et *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1949, p. 177.

²² Dans l'affaire *Rudolf Hess*, par exemple, la Cour constitutionnelle fédérale a estimé que les démarches diplomatiques entreprises par le Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne donnaient la preuve qu'il s'était acquitté de ses obligations en vertu de la Constitution, qui donne aux citoyens allemands le droit à la protection diplomatique [*International Law Reports*, vol. 90 (1992), p. 396]. Voir aussi *Kaunda and Others v. President of the Republic of South Africa and Others*, *South African Law Reports* [2005 (4)], p. 235; et *International Legal Materials*, vol. 44 (janvier 2005), p. 173.

protection diplomatique consiste dans le «recours à une action diplomatique ou à d'autres moyens de règlement», et il est indiqué au paragraphe 5 du commentaire ceci :

L'«action diplomatique» s'entend de toutes les procédures licites employées par les États pour s'informer mutuellement de leurs vues et préoccupations, y compris la protestation, la demande d'enquête et les négociations visant à régler les différends. L'expression «autres moyens de règlement pacifique» englobe toutes les formes licites de règlement des différends, qui vont de la négociation, la médiation et la conciliation à l'arbitrage et au règlement judiciaires²³.

Il serait difficile de rédiger une disposition et un commentaire plus exhaustifs sur le sens de l'«action» diplomatique dans le contexte de la protection diplomatique. Il est donc proposé de ne pas reformuler le présent projet d'article. Cette disposition n'exclut toutefois pas expressément l'assistance consulaire et c'est une question qui doit être examinée.

17. Malheureusement, ni les représentants des gouvernements ni les publicistes²⁴ n'établissent une distinction nette entre protection diplomatique et assistance consulaire. Il existe pourtant trois différences structurelles qui devraient donner des indications à cet égard. Premièrement, les fonctions consulaires telles qu'énoncées dans la Convention de Vienne sur les relations consulaires (ci-après dénommée «la Convention de Vienne de 1963») sont limitées par rapport à celles des diplomates telles qu'énoncées dans la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques; deuxièmement, les niveaux de représentation de l'assistance consulaire et de la protection diplomatique sont différents; et, troisièmement, le caractère préventif de l'assistance consulaire s'oppose au caractère correctif de la protection diplomatique. L'action que les consuls peuvent engager pour protéger leurs ressortissants est très limitée par l'article 55 de la Convention de Vienne de 1963, premier paragraphe, qui dispose que les consuls ont «le devoir de ne pas s'immiscer dans les affaires intérieures de cet État». Cela signifie, d'après Shaw, qu'«ils ont un rôle particulier à jouer pour aider leurs ressortissants en détresse, s'agissant par exemple de leur trouver un avocat, de leur rendre visite en prison et de prendre contact avec les autorités locales», mais qu'«ils ne peuvent s'immiscer dans le processus judiciaire ou dans les affaires intérieures de l'État de réception, ni donner des conseils juridiques ou enquêter sur une infraction²⁵». Cela signifie que les consuls sont autorisés à représenter les intérêts du national mais non ceux qu'a l'État dans la protection de ce national; cela relève des services diplomatiques. Un autre élément distingue la protection diplomatique de l'assistance consulaire: l'assistance consulaire a un caractère largement préventif et s'exerce avant que les voies de recours interne aient été épuisées ou qu'une violation du droit international ait eu lieu. L'assistance consulaire peut ainsi être à la fois moins formelle et plus acceptable pour l'État accréditaire²⁶. Elle vise avant tout à protéger les droits de l'individu et exige

le consentement de celui-ci²⁷. En effet, aux termes du paragraphe 1, alinéa *b*, de l'article 36 de la Convention de Vienne de 1963, l'assistance consulaire n'est fournie que si l'intéressé en fait la demande. Par contre, une démarche diplomatique est destinée à porter l'affaire au niveau international ou interétatique et peut aboutir à une instance internationale. De plus, l'individu concerné ne peut empêcher l'État dont il a la nationalité de prendre fait et cause pour lui ou de poursuivre l'action engagée dans l'exercice de la protection diplomatique.

18. À cet égard, il y a lieu de mentionner les affaires *LaGrand* et *Avena*²⁸, qui concernaient aussi bien l'assistance consulaire que la protection diplomatique. Dans ces affaires, l'Allemagne et le Mexique, respectivement, ont introduit une instance contre les États-Unis pour violation de la Convention de Vienne de 1963 en leur nom propre et dans l'exercice de leur protection diplomatique, leurs ressortissants ayant subi un préjudice personnel du fait du non-respect de la Convention. C'est ainsi que le fond des affaires portées devant la Cour internationale de Justice concernait l'exercice de l'assistance consulaire, tandis que le mécanisme utilisé pour saisir la Cour était dans les deux cas l'exercice de la protection diplomatique. Dans l'affaire *LaGrand*, la Cour internationale de Justice a accepté la requête de l'Allemagne (en partie) comme un exercice de sa protection diplomatique et jugé que l'État allemand et ses ressortissants avaient été lésés du fait qu'ils n'avaient pas pu bénéficier de l'assistance consulaire²⁹. Toutefois, dans le cas du Mexique, la Cour en a décidé autrement et a jugé que les violations de la Convention avait causé un préjudice direct au Mexique, de sorte que le recours à la protection diplomatique n'était pas nécessaire pour introduire une requête. L'affaire *LaGrand* revêt une importance particulière. La requête que l'Allemagne a introduite devant la Cour internationale de Justice reposait sur le fait que les États-Unis n'avaient pas informé sans retard les *LaGrand* de leur droit à une assistance consulaire et n'avaient pas averti les autorités allemandes de l'arrestation et de la détention de ses nationaux, deux obligations découlant du paragraphe 1 de l'article 36 de la Convention. L'Allemagne a fait valoir qu'elle aurait pu, dans le cadre de l'assistance consulaire, fournir aux *LaGrand* l'assistance juridique voulue et les informations nécessaires, ce qui aurait peut-être pu leur éviter d'être condamnés à mort³⁰. L'Allemagne a introduit la requête en son nom propre et dans l'exercice de sa protection diplomatique en faveur de ses nationaux³¹. Les États-Unis ont contesté la prétention allemande fondée sur la protection diplomatique et tenté de convaincre la Cour que l'Allemagne confondait protection diplomatique et assistance consulaire, et que la Cour devait donc déclarer la prétention allemande irrecevable. Ils ont fait valoir que la Convention ne traitait pas de la protection diplomatique mais seulement de l'assistance consulaire. Ils ont en outre soutenu que, contrairement aux affirmations de l'Allemagne, la Convention ne protégeait pas les droits de

²³ *Annuaire... 2004*, vol. II (2^e partie), p. 21, par. 60.

²⁴ Voir Denza, *Diplomatic Law: A Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, p. 33; et Lee, *Consular Law and Practice*, p. 138, 148 à 151, 155 et 167. Voir de manière générale sur le sujet, Künzli, «Exercising diplomatic protection: the fine line between litigation, démarches and consular assistance».

²⁵ Shaw, *International Law*, p. 688.

²⁶ Voir Caflisch, «La pratique suisse de la protection diplomatique», p. 77.

²⁷ Zourek, «Quelques problèmes théoriques du droit consulaire», p. 54.

²⁸ *LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2001, p. 466, et *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2004, p. 12.

²⁹ C.I.J. Recueil 2001 (note 28 *supra*), p. 494, par. 77.

³⁰ *Ibid.*, p. 491, par. 71.

³¹ *Ibid.*, p. 481, par. 38, et p. 489, par. 65.

l'individu et que l'exercice de la protection diplomatique ne devait donc pas être accepté³².

La Cour a rejeté les objections présentées par les États-Unis et décidé qu'elle était compétente pour connaître de la demande fondée sur des préjudices directs et indirects. Elle a indiqué clairement que la clause de compétence générale du Protocole de signature facultative à la Convention de Vienne sur les relations consulaires concernant le règlement obligatoire des différends «ne fait pas obstacle à ce qu'un État partie à un traité qui crée des droits pour les individus puisse prendre fait et cause pour l'un de ses ressortissants et mettre en mouvement l'action judiciaire internationale en faveur de ce ressortissant³³». La Cour a distingué nettement entre assistance consulaire et protection diplomatique, en acceptant que des droits individuels découlant d'un traité sur les relations consulaires puissent être invoqués par le biais de la protection diplomatique³⁴. La protection diplomatique est un mécanisme auquel on peut recourir lorsqu'un fait internationalement illicite a eu lieu, causant un préjudice à un étranger. Le non-respect par les États-Unis de la Convention de Vienne de 1963 ayant entraîné un préjudice pour les ressortissants allemands par suite d'une violation de leurs droits découlant de cette convention, l'Allemagne a invoqué la procédure voulue pour demander réparation du préjudice.

19. L'article I-10 du Traité établissant une Constitution pour l'Europe (ci-après dénommée «la Constitution»), qui correspond à l'article 46 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne³⁵ et à l'article 20 du Traité instituant la Communauté européenne, est une source particulière de confusion s'agissant de la protection diplomatique et de l'assistance consulaire. L'alinéa c du paragraphe 2 de l'article dispose:

Les citoyens de l'Union [...] ont [...] le droit de bénéficier, sur le territoire d'un pays tiers où l'État membre dont ils sont ressortissants n'est pas représenté, de la protection des autorités diplomatiques et consulaires de tout État membre dans les mêmes conditions que les ressortissants de cet État³⁶.

À première vue, cette disposition peut sembler ne poser aucun problème. Elle exprime le principe de la non-discrimination, qui est fondamental pour l'Union européenne. La discrimination en raison de la nationalité étant interdite dans l'Union, il n'est pas surprenant que les citoyens de l'Union bénéficient d'une protection égale en dehors de l'Union. Cependant, en prévoyant à la fois l'assistance consulaire et la protection diplomatique, cette disposition méconnaît les différences fondamentales existant entre ces deux mécanismes. De plus, elle est particulièrement problématique eu égard aux conditions d'exercice de la protection diplomatique.

³² Ibid., p. 482, par. 40.

³³ Ibid., p. 483, par. 42; voir aussi Spiermann, «The *LaGrand* case and the individual as a subject of international law».

³⁴ C.I.J. *Recueil* 2001 (voir *supra* la note 28), p. 492 à 494, par. 75 à 77.

³⁵ *Journal officiel de l'Union européenne*, vol. 43, n° C 364 (18 décembre 2000), p. 19.

³⁶ Bien que la Constitution ne soit pas (encore) entrée en vigueur et ne soit donc pas encore un document contraignant, c'est le document le plus récent qui énonce le droit à la protection diplomatique. Il convient de se rappeler que cette disposition est littéralement la même que la disposition du Traité instituant la Communauté européenne qui, naturellement, lie les États membres de l'Union européenne.

La principale objection à cette disposition est qu'elle va à l'encontre du principe *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*. Les traités européens sont des traités de droit international et sont par conséquent régis par l'article 34 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, qui dispose qu'un traité n'est applicable qu'entre les parties et ne lie pas les États tiers. Ainsi, les dispositions d'un traité, d'une charte ou d'une constitution de l'Union européenne ne lient pas les États qui ne sont pas membres de l'Union. Les États tiers ne sont pas tenus de respecter les dispositions des traités et conventions en vigueur dans l'Union et ne sont pas obligés – ou susceptibles, dans le cas de la protection diplomatique – d'accepter qu'une protection soit exercée au profit d'un citoyen de l'Union par des États qui ne sont pas l'État de sa nationalité³⁷.

Un «citoyen» de l'Union européenne n'est pas un national de tous les États membres de l'Union, ce qui signifie que la citoyenneté de l'Union ne satisfait pas à la condition de nationalité des réclamations aux fins de la protection diplomatique. Ainsi, les dispositions des traités de l'Union visant à conférer à tous les citoyens de l'Union le droit à la protection diplomatique de tous les États membres de l'Union sont par conséquent défectueuses – à moins qu'elles ne soient interprétées comme s'appliquant uniquement à l'assistance consulaire. Et telle semble être en effet l'intention³⁸. Bien que l'assistance consulaire ne s'exerce habituellement qu'au profit d'un national, le droit international n'interdit pas qu'une assistance consulaire soit fournie à des nationaux d'un autre État. Étant donné que l'assistance consulaire ne consiste pas à protéger les droits d'un État ni à endosser une réclamation, il n'est pas nécessaire d'appliquer le critère de la nationalité de manière aussi stricte que dans le cas de la protection diplomatique.

20. En théorie, la distinction entre protection diplomatique et assistance consulaire est claire. La protection diplomatique est une intervention interétatique menée par des agents diplomatiques ou des représentants du gouvernement relevant du ministère des affaires étrangères qui a lieu lorsqu'un national lésé par le fait internationalement illicite d'un autre État a épuisé tous les moyens de recours internes. C'est une intervention visant à obtenir réparation pour le dommage causé par le fait internationalement illicite, qui peut prendre de nombreuses formes, dont la protestation, la négociation ou le règlement judiciaire. L'assistance consulaire, quant à elle, consiste, pour des consuls ou des consuls honoraires n'ayant aucune fonction de représentation politique, à prêter assistance à des nationaux (et éventuellement à des non-nationaux) qui se trouvent en difficulté dans un État étranger. Cette assistance est préventive en ce qu'elle vise à prévenir la commission d'un fait internationalement illicite. Des conseils et une assistance juridique sont dispensés au national pour qu'il bénéficie d'un procès équitable (s'il est accusé d'une infraction pénale) ou pour protéger ses intérêts personnels ou patrimoniaux dans l'État d'accueil. Malgré la distinction nette qui existe en théorie entre les deux institutions, parfois elles

³⁷ Voir Storost, *Diplomatischer Schutz durch EG und EU?*, p. 148 et 149.

³⁸ Stein, «Interim report on “diplomatic protection under the European Union Treaty”», p. 278, 283 et 284.

se chevauchent (comme on a pu le constater avec les affaires *LaGrand* et *Avena*) ou sont confondues (comme le montrent les traités de l'Union européenne). Dans ces conditions, peut-être faut-il indiquer à l'article 1 que la Commission est consciente de cette distinction et souhaite la maintenir. Ce point sera aussi traité dans le commentaire.

21. Il est proposé de modifier comme suit l'article 1:

«1. La protection diplomatique consiste dans le recours à une action diplomatique ou à d'autres moyens de règlement pacifique par un État qui prend fait et cause, en son nom propre, pour un de ses nationaux ou une personne visée à l'article 8 à raison d'un préjudice découlant pour ce national ou cette personne d'un fait internationalement illicite d'un autre État.

«2. La protection diplomatique ne s'entend pas de l'exercice de l'assistance consulaire conformément au droit international.»

B. Article 2

Droit d'exercer la protection diplomatique

Un État a le droit d'exercer la protection diplomatique conformément au présent projet d'articles.

22. Cette disposition a suscité peu d'observations. Les Pays-Bas suggèrent que le paragraphe 3 du commentaire soit supprimé ou précisé³⁹. Il est vrai qu'il semble superflu et il devrait être supprimé.

23. Le paragraphe 2 du commentaire précise que si un État a effectivement le droit d'exercer la protection diplomatique au profit d'un de ses nationaux, il n'a cependant ni le devoir ni l'obligation de le faire. Cette question a fait l'objet de plusieurs décisions nationales depuis que la Commission a décidé de ne pas faire obligation aux États d'exercer leur protection diplomatique: *Abbasi and another v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and another*⁴⁰; *Kaunda and Others v. President of the Republic of South Africa and Others*⁴¹; et *Van Zyl and Others v. Government of the Republic of South Africa and Others*⁴². Le commentaire devrait passer en revue ces décisions, qui accréditent dans une certaine mesure l'idée que le droit national voit l'exercice de la protection diplomatique comme un devoir.

24. Dans ses observations générales sur le projet d'articles, l'Autriche déclare:

La Commission semble avoir concentré son attention sur un seul aspect de la protection diplomatique, à savoir le droit d'un État de présenter certaines réclamations dans l'intérêt de ses nationaux. Ce droit a toutefois pour contrepartie l'obligation correspondante des autres États d'accepter de telles réclamations de la part d'un État. Le régime

juridique relatif à la protection diplomatique prévoit en outre les conditions à remplir pour qu'un État soit dans l'obligation d'accepter pareille intervention d'un autre État. Un tel point de vue éclaire, à n'en pas douter, ce régime juridique d'un jour nouveau et en révèle des aspects différents, qui ne sont pas suffisamment pris en compte dans le texte de la Commission⁴³.

Il semble que l'article 2 soit l'endroit idoine où constater l'existence d'une telle obligation de la part des États. L'article 2 pourrait donc être amendé en conséquence et se lire comme suit:

«1. Un État a le droit d'exercer la protection diplomatique conformément au présent projet d'articles.

«2. Un État a l'obligation de recevoir les actions en protection diplomatique formées en conformité avec le présent projet d'articles.»

C. Article 3

Protection par l'État de la nationalité

1. L'État en droit d'exercer la protection diplomatique est l'État de la nationalité.

2. Nonobstant le paragraphe 1, la protection diplomatique peut être exercée par un État à l'égard d'une personne qui n'a pas sa nationalité, conformément à l'article 8.

25. Les Pays-Bas proposent de remanier le paragraphe 1 comme suit: «L'État de la nationalité est l'État en droit d'exercer la protection diplomatique.» On voit mal en quoi ce libellé «met davantage l'accent sur le point de vue de la personne⁴⁴», comme le prétendent les Pays-Bas, mais c'est une formulation plus élégante que celle de l'actuel article 3, et il est recommandé de l'adopter.

26. Les Pays-Bas déclarent aussi, sans fournir d'explications, qu'il importe de «voir le projet d'article 3 dans la perspective de la citoyenneté européenne». Comme il a été montré plus haut, il y a une différence entre la «citoyenneté» européenne et la nationalité des États membres. Dans la directive 2004/38/CE⁴⁵, la notion de citoyenneté européenne est définie. Bien que cette directive concerne principalement la circulation et le séjour à l'intérieur de l'Union européenne des personnes justifiant de la citoyenneté de l'Union, certaines de ses dispositions intéressent la question de leur protection à l'extérieur de l'Union. En effet, si l'alinéa 3 du préambule assure que «[l]a citoyenneté de l'Union devrait constituer le statut de base des ressortissants des États membres lorsqu'ils exercent leur droit de circuler et de séjourner librement», le dispositif donne comme définition du citoyen de l'Union «toute personne ayant la nationalité d'un État membre» (art. 2, par. 1), ce qui fait de la nationalité une condition préalable à la citoyenneté de l'Union. Il est énoncé au paragraphe 1

³⁹ Document A/CN.4/561 et Add.1 et 2 (voir *supra* la note 3), commentaire relatif au projet d'article 2.

⁴⁰ [2002] EWCA Civ 1598; [2002] All ER (D) 70 (Nov); *International Legal Materials*, vol. 42, n° 2 (mars 2003), p. 358.

⁴¹ Voir *supra* la note 22.

⁴² Arrêt du 20 juillet 2005, affaire n° 20320/2002 [2005] 4 All SA 96 (T).

⁴³ Document A/CN.4/561 et Add.1 et 2 (voir *supra* la note 3), «Observations générales».

⁴⁴ *Ibid.*, commentaire relatif au projet d'article 3.

⁴⁵ Directive 2004/38/CE du 29 avril 2004 du Parlement européen et du Conseil relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, *Journal officiel de l'Union européenne*, vol. 47, n° L 158 (30 avril 2004), p. 77 à 123.

de l'article I-10 de la Constitution que «[l]a citoyenneté de l'Union s'ajoute à la citoyenneté nationale et ne la remplace pas⁴⁶». Il ressort clairement de ces dispositions que la citoyenneté ne peut pas être assimilée à la nationalité et que la citoyenneté de l'Union ne doit pas s'interpréter comme une négation de la nationalité des États considérés individuellement ou de la capacité des États membres de l'Union à choisir leur droit de la nationalité et leurs critères de naturalisation. Dans ces conditions, on voit difficilement comment la citoyenneté de l'Union peut avoir une influence quelconque sur la nationalité.

27. Il est proposé de modifier l'article 3 comme suit:

«1. *L'État de la nationalité est l'État en droit d'exercer la protection diplomatique.*

«2. Nonobstant le paragraphe 1, la protection diplomatique peut être exercée par un État à l'égard d'une personne qui n'a pas sa nationalité, conformément à l'article 8.»

D. Article 4

État de nationalité d'une personne physique

Aux fins de la protection diplomatique des personnes physiques, on entend par État de nationalité un État dont l'individu objet de la protection a acquis la nationalité par sa naissance, par son ascendance, par succession d'États, par naturalisation, ou de toute autre manière non contraire au droit international.

28. L'article 4 a été critiqué au motif qu'il ne manifesterait pas clairement que la nationalité est déterminée par le droit interne et national, à condition qu'il ne soit pas contraire au droit international⁴⁷. La Commission pensait manifestement que cela était implicite dans la formulation de l'article, et elle ne laisse aucun doute là-dessus au paragraphe 1 du commentaire. On peut toutefois le dire explicitement dans l'article lui-même.

29. L'Autriche élève une objection au libellé actuel de l'article 4 au motif que «la nationalité ne s'acquiert pas par succession d'États mais par suite de la succession d'États⁴⁸» et suggère qu'il soit reformulé en conséquence.

30. Pour répondre à ces critiques, l'article 4 pourrait être modifié comme suit:

«Aux fins de la protection diplomatique des personnes physiques, on entend par État de nationalité un État dont l'individu objet de la protection a acquis la nationalité par

sa naissance, par son ascendance *ou par naturalisation, ou comme conséquence d'une succession d'États ou de toute autre manière reconnue par le droit de cet État à condition qu'elle ne soit pas contraire au droit international.*»

E. Article 5

Continuité de la nationalité

1. Un État est en droit d'exercer la protection diplomatique à l'égard d'une personne qui avait sa nationalité au moment où le préjudice a été causé et a cette nationalité à la date de la présentation officielle de la réclamation.

2. Nonobstant le paragraphe 1, un État peut exercer la protection diplomatique à l'égard d'une personne qui a sa nationalité à la date de la présentation officielle de la réclamation mais qui n'avait pas cette nationalité au moment où le préjudice a été causé, pour autant que la personne lésée a perdu sa première nationalité et qu'elle a acquis, pour une raison sans rapport avec la formulation de la réclamation, la nationalité de l'État réclamant d'une manière non contraire au droit international.

3. Le nouvel État de nationalité ne peut exercer la protection diplomatique à l'égard d'une personne contre un ancien État de nationalité de cette personne à raison d'un préjudice subi alors que celle-ci avait la nationalité de l'ancien État de nationalité et non du nouvel État de nationalité.

31. C'est l'article 5 qui a suscité le plus grand nombre d'observations et de critiques de la part des États. Les principaux sujets de critique sont le *dies ad quem* (la date de la présentation officielle de la réclamation) et le paragraphe 2. Ils seront examinés plus loin de façon approfondie, mais il convient tout d'abord d'examiner un certain nombre de suggestions de rédaction qui ont été formulées.

32. L'Autriche élève une objection à l'encontre de l'expression *bringing of the claim* («formulation de la réclamation» en français), dans le paragraphe 2 du texte anglais du projet d'article 5, au motif qu'elle évoque une procédure judiciaire et qu'elle introduit donc une restriction par rapport au sens plus large que le projet d'article 1 donne à la protection diplomatique⁴⁹. Il semble cependant que le commentaire établit clairement que cette restriction n'existe pas – si du moins le paragraphe 2 est conservé.

33. Les Pays-Bas suggèrent de remplacer, au paragraphe 3, «dans la version anglaise [...], le verbe *shall* par le verbe *may*, qui rend mieux compte du pouvoir discrétionnaire des États en matière d'exercice de la protection diplomatique⁵⁰». Or en anglais *may not* n'est pas plus «discrétionnaire» que *shall not*, en conséquence de quoi cette suggestion n'a pas lieu d'être retenue. Les Pays-Bas suggèrent aussi, pour aligner la formulation du paragraphe 3 de l'article 5 sur celle des autres articles du projet, de remplacer le mot «subi» par le mot «causé». Cela semble justifié.

⁴⁶ Voir Barber, «Citizenship, nationalism and the European Union», qui écrit: «[O]n entendait que la citoyenneté européenne complète, et non remplace, la nationalité» (p. 241).

⁴⁷ Voir les observations de l'Ouzbékistan, document A/CN.4/561 et Add.1 et 2 (voir *supra* la note 3), commentaire relatif au projet d'article 4. Santulli suggère que l'article soit reformulé de la façon suivante: «L'État de nationalité est l'État dont l'individu [objet de la protection diplomatique] bénéficie de la nationalité de bonne foi conformément à son droit interne» [«Travaux de la Commission du droit international» (2001), p. 371].

⁴⁸ Document A/CN.4/561 et Add.1 et 2 (voir *supra* la note 3), commentaire relatif au projet d'article 4.

⁴⁹ *Ibid.*, commentaire relatif au projet d'article 5.

⁵⁰ *Ibid.*

34. Les États-Unis suggèrent d'ajouter la négation «ne [...] que» au libellé du premier paragraphe («Un État n'est en droit d'exercer la protection diplomatique *qu**' à l'égard d'une personne»), pour bien mettre en évidence que ce paragraphe entend limiter le droit à la protection diplomatique prévu aux articles 2 et 3 aux personnes qui satisfont à la condition de la continuité de la nationalité⁵¹. Cette suggestion devrait être adoptée.

35. Plusieurs États ont soulevé des objections au paragraphe 2⁵². Les critiques les plus utiles ont été formulées par les États-Unis, qui font valoir que le paragraphe 2 a principalement pour objet de protéger les personnes dont la nationalité change en raison d'une succession d'États. Les États-Unis révoquent aussi en doute l'idée que des lois prévoient la perte de la nationalité en cas de mariage avec un étranger ou d'adoption par un étranger. De fait, ils auraient pu ajouter que l'interdiction du changement automatique de la nationalité de la femme en cas de mariage avec un étranger qui est formulée dans la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes⁵³ réduit encore plus la probabilité que des femmes perdent leur nationalité de ce fait. Les États-Unis considèrent en outre que le droit d'exercer la protection diplomatique se transmet par succession d'États et que, dans une situation de ce genre, il ne devrait pas être considéré comme une exception à la règle générale. Ils proposent donc d'insérer une référence à l'«État prédécesseur» dans le paragraphe 1 du projet d'article 5. Le Rapporteur spécial souscrit à cette proposition.

36. Il n'existe pratiquement rien dans la pratique des États qui permette d'ériger en condition la continuité ininterrompue de la nationalité depuis la date de survenance du préjudice jusqu'à la date de présentation ou de règlement de la réclamation⁵⁴. Cela dit, comme le font observer les États-Unis⁵⁵, il y aurait une grande incohérence à rédiger une règle sur la continuité de la nationalité qui ne tiendrait pas compte de la période entre le *dies a quo* et le *dies ad quem*. Il est donc recommandé que le paragraphe 1 de l'article 5 soit modifié en conséquence. C'est peut-être un acte de développement progressif, mais il semble justifié.

37. Le point le plus controversé de la règle de la continuité de la nationalité est celui du *dies ad quem*, à savoir la date ou la phase ultime de la procédure à laquelle l'individu lésé doit encore être national de l'État demandeur. La Commission, se fondant sur son interprétation de la pratique des États, a choisi la date de la présentation officielle de la réclamation. Cette position est appuyée par plusieurs États⁵⁶. En revanche, elle fait l'objet d'une vigoureuse opposition de la part des États-Unis, qui préconisent de retenir la date de la décision concernant la réclamation, c'est-à-dire le moment où la sentence est prononcée⁵⁷.

38. Les États-Unis s'appuient largement sur la sentence du tribunal arbitral du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements dans l'affaire *Loewen*. On peut lire dans cette sentence:

Selon le droit international, la nationalité doit rester la même depuis la date des faits qui sont à l'origine de la réclamation, désignée par l'expression *dies a quo*, jusqu'à la date de la décision concernant la réclamation, désignée comme *dies ad quem*⁵⁸.

Les États-Unis considèrent que cette sentence est confirmée par un certain nombre d'autres sentences arbitrales et réclamations présentées par la voie diplomatique dans lesquelles la personne au nom de qui la réclamation a été introduite avait changé de nationalité *après* la présentation officielle de ladite réclamation, mais *avant* la décision définitive. Dans chacune de ces affaires, la réclamation internationale a été rejetée ou retirée au vu du fait qu'elle était présentée au nom d'un national d'un État qui n'était pas l'État réclameur. Les États-Unis prétendent que ces cas d'espèce indiquent clairement qu'il existe une pratique constante des États qui constitue une règle de droit international coutumier. Ils prétendent aussi que cette règle serait préférable par principe, car elle permet d'éviter une situation où l'État défendeur a une obligation envers l'État réclameur pour un préjudice causé à une personne qui ne dépend plus juridiquement de celui-ci.

39. Les travaux universitaires n'éclaircissent guère la question. Certains auteurs préconisent la date de présentation de la réclamation⁵⁹, d'autres la date de décision⁶⁰. La plupart reconnaissent cependant que le *dies ad quem* est incertain du fait que chacune de ces deux positions a ses partisans⁶¹. La pratique des États n'éclaire pas plus la question, du fait que leurs traités ne donnent pas le même sens au *dies ad quem*⁶². Bien que la Conférence de codification du droit international (La Haye, 1930) soit souvent citée à l'appui de la date de la décision⁶³, il convient de rappeler que cet «appui» se fonde exclusivement sur une

⁵⁸ *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*, n° ARB(AF)/98/3, *ICSID Reports*, vol. 7, p. 485, par. 225. Voir aussi *Journal du droit international*, vol. 131 (2004), p. 219.

⁵⁹ Borchard, *op. cit.*, p. 666.

⁶⁰ Jennings et Watts, *Oppenheim's International Law*, p. 512; Hurst, «Nationality of claims», p. 163; García-Amador, Sohn et Baxter, *Recent Codification of the Law of State Responsibility for Injuries to Aliens*, p. 82.

⁶¹ Jennings et Watts (*op. cit.*, p. 512, note 6) tempèrent le choix qu'ils font de la date de la sentence en précisant que, dans certains cas, la date de présentation de la réclamation suffira. Voir aussi Schwarzenberger, *International Law*, p. 597; Brownlie, *Principles of Public International Law*, p. 461; Feller, *The Mexican Claims Commissions, 1923-1934*, p. 86, 96 et 97; l'opinion individuelle du juge Jessup dans l'affaire *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (deuxième phase)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1970*, p. 202 et 203; Borchard, «The protection of citizens abroad and change of original nationality», p. 377 et 378; et «Protection diplomatique des nationaux à l'étranger», p. 256 et 284; Hurst, *loc. cit.*, p. 179 et 180; Duchesne, «The continuous-nationality-of-claims principle: its historical development and current relevance to investor-State investment disputes», p. 799 à 802; et Paulsson, *Denial of Justice in International Law*, p. 183.

⁶² Voir le commentaire du surarbitre Parker dans la *Décision administrative n° V* (31 octobre 1924), Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VII (numéro de vente: 1956.V.5), p. 143. Voir également Ralston, *The Law and Procedure of International Tribunals*, p. 164 et 165, et Hackworth, *Digest of International Law*, p. 807 et 808.

⁶³ Voir l'affaire *Minnie Stevens Eschauzier (Great Britain) v. United Mexican States* (24 juin 1931), Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V (numéro de vente: 1952.V.3), p. 210 et 211.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² *Ibid.* (El Salvador, Qatar et États-Unis.)

⁵³ Art. 9, par. 1.

⁵⁴ Voir *Annuaire... 2000*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/506 et Add.1, p. 260 et 261, par. 200 à 205.

⁵⁵ Document A/CN.4/561 et Add.1 et 2 (voir *supra* la note 3), commentaire relatif au projet d'article 5.

⁵⁶ *Ibid.* (Autriche, Pays-Bas et Norvège, au nom des pays nordiques.)

⁵⁷ *Ibid.*

enquête destinée à recueillir les avis des États et que, sur les 20 États qui ont répondu à l'enquête, huit ont rejeté la règle de la continuité de la nationalité, trois se sont abstenus et neuf ont voté pour (dont le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et quatre de ses dominions)⁶⁴!

40. Les décisions judiciaires sur cette question sont trop incertaines pour établir l'existence d'une règle de droit international coutumier. Les divergences que l'on constate entre elles peuvent être attribuées aux divergences entre les conventions d'arbitrage applicables aux réclamations en cause. Comme le surarbitre Parker le dit dans la *Décision administrative n° V*:

Lorsque l'on en vient à analyser les décisions prises à la majorité dans de telles affaires, il apparaît clairement que chacune était gouvernée par le texte du protocole particulier qui régissait le tribunal appelé à trancher, lequel texte limitait la compétence de celui-ci aux réclamations ayant la nationalité de la nation qui les faisait valoir, non seulement à l'origine, mais aussi sans interruption jusqu'à, dans certains cas, la date où la réclamation était déposée, dans d'autres la date à laquelle elle était présentée au tribunal, dans d'autres encore la date où le jugement était rendu, et dans certains enfin, la date du règlement. Ces disparités dans la période pendant laquelle la nationalité doit avoir été continue pour que la compétence puisse s'exercer font que chaque affaire est régie par les formules employées dans la convention particulière s'appliquant en l'espèce⁶⁵.

Dans ces conditions, il n'est pas étonnant que certaines décisions retiennent la date de la présentation⁶⁶, d'autres la date du jugement⁶⁷, et que d'autres encore ne tranchent pas⁶⁸. Fait à noter, beaucoup des décisions qui retiennent la date de la décision et sur lesquelles les États-Unis s'appuient, concernent des affaires dans lesquelles le national a changé de nationalité et a adopté celle de l'État défendeur après la présentation de la réclamation et avant la sentence. Dans ce cas, on ne peut guère s'attendre à ce qu'il soit donné droit à sa réclamation, car cela voudrait dire que l'État défendeur indemniserait l'autre État à raison

⁶⁴ Voir l'historique de cette enquête donné par Duchesne, loc. cit., p. 794 à 797.

⁶⁵ *Décision administrative n° V* (voir *supra* la note 62).

⁶⁶ Affaire *Captain W. H. Gleadell (Great Britain) v. United Mexican States*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V (numéro de vente: 1952.V.3), p. 44, également rapportée dans Hackworth, op. cit., p. 805; et affaire *F. W. Flack, on behalf of the estate of the Late D. L. Flack (Great Britain) v. United Mexican States*, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V, p. 61, également rapportée dans Feller, op. cit., p. 96.

⁶⁷ Affaires suivantes: *Minnie Stevens Eschauzier* (voir *supra* la note 63), p. 207; *Benchiton, Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol (Espagne c. Royaume-Uni)*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (numéro de vente: 1949.V.1), p. 615 [voir également *Annual Digest of Public International Law Cases, years 1923 to 1924* (London, Longmans, Green, 1933), p. 189]; *Maria Guadalupe A. Vve Markassuza* (non publié), rapportée dans Feller, op. cit., p. 97; et *Loewen* (voir *supra* la note 58).

⁶⁸ *Exors. of F. Lederer (deceased) v. German Government*, Tribunal arbitral mixte anglo-allemand, *Recueil des décisions des tribunaux arbitraux mixtes institués par les traités de paix*, t. III (Paris, Sirey, 1924), p. 762 (en grande partie une question d'interprétation des traités); *F. H. Redward and Others (Great Britain) v. United States (Hawaiian Claims)* [10 novembre 1925], Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VI (numéro de vente: 1955.V.3), également rapportée dans Nielsen, *American and British Claims Arbitration*, p. 30 (réclamations retirées); *Chopin*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. X (numéro de vente: 1955.V.3), p. 68, et *Commission franco-américaine des réclamations, 1880-1884*, vol. 60, *Recueil des réclamations* (réclamation retirée); *Maud T. de Gennes*, rapportée dans Ralston, op. cit., p. 165; et *Kren Claim*, *International Law Reports*, vol. 20 (1953), p. 233.

d'un préjudice causé à son propre national⁶⁹! Or c'est ce qui est arrivé avec les affaires *Ebenezer Barstow*⁷⁰, *Exors. of F. Lederer*⁷¹, *Hawaiian Claims*⁷², *Chopin*⁷³, *Gribble*⁷⁴ et, bien entendu, *Loewen*⁷⁵.

41. Les États-Unis se reposent largement sur la sentence rendue dans l'affaire *Loewen* qui est, sur ce point précis, très mal fondée. En effet, alors que, dans sa plus grande partie, elle s'appuie sur une recherche et des arguments solides (sur les recours internes, par exemple), la question centrale dont est saisi le tribunal, à savoir celle du *dies ad quem*, y est réglée d'une façon qui ne laisse nullement croire qu'il y ait réfléchi le moins du monde. Le tribunal se contente en effet d'affirmer, sans se référer à aucun précédent (alors même que le conseiller de la défense les lui avait signalés), qu'en droit international coutumier «il doit y avoir continuité de l'identité nationale depuis la date des faits qui ont donné naissance à la réclamation [...] jusqu'à la date de la décision concernant cette réclamation⁷⁶». Le tribunal note que «la Commission du droit international a publié un rapport dans lequel il est proposé d'éliminer la règle de la continuité de la nationalité même dans les affaires de protection diplomatique»; que «le rapport lui-même a suscité des critiques un peu partout»; et que la Commission «est loin d'approuver quelque recodification que ce soit si l'on en juge par son rapport⁷⁷». Si le tribunal avait lu le rapport⁷⁸, il aurait été au fait de la controverse dont le *dies ad quem* fait l'objet car elle y est abondamment évoquée. De plus, s'il s'était informé – avant de rendre sa sentence le 26 juin 2003 – des travaux réalisés par la Commission sur le sujet, il aurait appris que celle-ci avait adopté un projet d'article sur la continuité de la nationalité selon lequel le *dies ad quem* était la date à laquelle la réclamation est officiellement présentée⁷⁹. Or, il s'est abstenu de le faire. Si le tribunal avait pris la peine de s'informer de la controverse suscitée par la question du *dies ad quem* dans le cadre de la continuité de la nationalité, on peut penser qu'il se serait efforcé de formuler une règle moins restrictive et plus respectueuse des faits dont il était saisi, c'est-à-dire une règle qui se limiterait à interdire à un État de présenter une réclamation au nom d'un national lorsque ce national, postérieurement à l'introduction de la réclamation, a acquis la nationalité de l'État défendeur.

42. La sentence *Loewen* a fait à bon droit l'objet de vigoureuses critiques. Paulsson écrit par exemple:

La façon dont le tribunal a traité la question de la continuité de la nationalité, quand on considère sa conclusion – à savoir qu'elle a un effet déterminant –, est d'une brièveté confondante⁸⁰.

⁶⁹ Voir le commentaire à cet effet de la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Burthe v. Denis*, 133 U.S. (1890), p. 520 et 521.

⁷⁰ Voir Hackworth, op. cit., p. 805.

⁷¹ Voir *supra* la note 68.

⁷² *Ibid.*

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ Voir le rapport de Robert S. Hale, *Papers relating to the Treaty of Washington*, vol. VI (Washington, Government Printing Office, 1874), p. 14.

⁷⁵ Voir *supra* la note 58.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ *Ibid.*, par. 236.

⁷⁸ Voir *supra* la note 54.

⁷⁹ *Annuaire... 2002*, vol. II (2^e partie), p. 71, par. 280.

⁸⁰ Paulsson, «Continuous nationality in *Loewen*», p. 214.

Rien dans la sentence n'indique que les arbitres aient tenu compte de l'additif sur «la continuité de la nationalité et la cessibilité des réclamations» publié au début de 2000 par le Rapporteur spécial de la Commission du droit international sur la protection diplomatique, le professeur Dugard. Ils se contentent d'écrire que Loewen avait *prétendu* que ce rapport avait été publié, et avait suscité des critiques. Il suffit pourtant de lire le rapport pour voir que l'examen approfondi des précédents auquel s'est livré le professeur Dugard l'a convaincu qu'il n'existait pas de règle établie dans ce domaine. La définition du *dies ad quem* retenue par les arbitres de l'affaire *Loewen* était peut-être la moins vraisemblable d'une longue série de solutions possibles⁸¹.

¹⁸ Parmi ces solutions, on mentionnera: i) la date à laquelle un gouvernement épouse la revendication de son national; ii) la date à laquelle s'engagent des négociations diplomatiques; iii) la date à laquelle la réclamation est formellement déposée; iv) la date de la signature de la convention d'arbitrage du litige; v) la date de la ratification de ladite convention; vi) la date de l'entrée en vigueur de ladite convention; vii) la date de la présentation de la réclamation; viii) la date de la conclusion de la procédure orale; ix) la date du jugement (solution retenue par la sentence *Loewen*); et x) la date du règlement (solution la plus extrême).

Apparemment à leur insu, les arbitres de l'affaire *Loewen* ont adopté le raisonnement appliqué dans l'affaire *Minnie Stevens Eschauzier (Great Britain) v. United Mexican States* du 24 juin 1931 (Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V, p. 207); la demanderesse avait été déboutée de sa réclamation parce qu'elle avait perdu sa nationalité britannique en épousant un Américain entre la date de la conclusion de la procédure orale et celle du jugement. Comme le surarbitre (Edwin P. Parker) le relève dans la *Décision administrative n° V* du 31 octobre 1924 (Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VII, p. 119): a) si la naturalisation est un transfert d'allégeance, elle n'emporte pas le transfert des obligations d'État existantes; et b) de toute façon, la plupart des décisions sont dictées par la *lex specialis* de la convention d'arbitrage et, par conséquent, ne sont pas l'expression d'un principe général; en réalité, il est douteux que cette prétendue règle [de la continuité de la nationalité] ait fait l'objet d'une approbation assez universelle pour justifier l'affirmation générale selon laquelle elle constituerait une règle constante de droit international⁸¹.

Dans une veine similaire, Duchesne déclare qu'il existe «de bonnes raisons de mettre en doute l'autorité» de la sentence *Loewen*. Il s'explique:

Quelles que soient les autres réactions que la décision du tribunal dans l'affaire *Loewen* pourra susciter, son examen de la «règle» de la continuité de la nationalité est pour le moins précipité, pour ne pas dire bâclé. [...] [C]et examen se résume à la simple affirmation de l'existence d'une «règle», sans citation à l'appui ni même discussion. Le tribunal va jusqu'à affirmer: «L'exigence de continuité de la nationalité jusqu'au terme de la procédure internationale engagée a une histoire qui n'est guère controversée.» Or [...] même les précédents qui voient dans la continuité de la nationalité une «règle» des conventions d'arbitrage reconnaissent que la question de la date jusqu'à laquelle la nationalité d'origine doit être conservée se caractérise par une grande confusion et une absence de consensus. Le fait que les arbitres de l'affaire *Loewen* aient refusé de reconnaître, et a fortiori de réfuter, les précédents en sens contraire, alors même qu'ils en avaient été substantiellement informés par les parties au litige et qu'une audience contradictoire avait été consacrée à la question, donne fortement à penser [...] qu'ils ont abordé cette question avec une idée préconçue du droit international coutumier et ne se sont guère souciés de la soumettre à une analyse véritable⁸².

On ne s'étonnera guère dans ces conditions que les Pays-Bas estiment qu'«on ne peut affirmer que l'affaire *Loewen* reflète véritablement l'état actuel du droit⁸³».

43. Dans le contexte des incertitudes qui entourent le *dies ad quem*, la Commission est appelée à faire un choix entre la date de la présentation officielle de la réclamation et la date de la décision la concernant. La

doctrine et les précédents ne sont pas concluants, et les réponses des États, bien que peu nombreuses, penchent en faveur de la date de présentation de la réclamation. Dans ces conditions, le choix de la Commission doit être guidé par des considérations de principe et de politique. Les considérations de principe militent en faveur de la date de présentation de la réclamation, car c'est elle qui défend le mieux les intérêts de l'individu. Il en est de même des considérations de politique, si du moins on assimile la politique à l'équité. En effet, il peut s'écouler de nombreuses années entre la présentation d'une réclamation et le prononcé de la sentence définitive et ce serait manquer à l'équité que de refuser à l'individu le droit de changer de nationalité, que ce soit par mariage ou par naturalisation, pendant cette période. De surcroît, la date de la présentation est importante puisque c'est la date à laquelle l'État de nationalité manifeste clairement qu'il entend exercer sa protection diplomatique – ce fait étant resté jusqu'alors incertain. C'est peut-être l'affaire *Minnie Stevens Eschauzier* (sur laquelle les États-Unis fondent leur position) qui fournit l'argument politique le plus fort:

On pourrait faire valoir que cela compliquerait considérablement la détermination de la compétence internationale si le tribunal devait tenir compte des changements intervenus dans l'intervalle entre le dépôt de la réclamation et la date du jugement. Ces changements peuvent en effet être nombreux, voire s'annuler les uns les autres. Des naturalisations peuvent être sollicitées, obtenues et perdues volontairement. Des mariages peuvent être contractés et dissous. Dans la majorité des cas, les changements d'identité ou de nationalité échapperont à la connaissance du tribunal, et souvent aussi des agents. Il sera extrêmement difficile, sinon impossible, de s'assurer qu'à la date de la décision tous les éléments personnels seront les mêmes que ce qu'ils étaient lorsque la réclamation a été présentée. Les questions de compétence seraient sans aucun doute simplifiées si la date du dépôt était acceptée comme concluante, sans que l'on ait besoin de retracer jusqu'à la date de la sentence les événements qui sont très souvent susceptibles de se produire postérieurement à la date de dépôt.

On ne s'étonnera donc pas que tant Borchard ([*The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*] p. 664 et 666) que Ralston ([*The Law and Procedure of International Tribunals*, p. 161] sect. 293) affirment qu'une jurisprudence arbitrale étendue a établi qu'une réclamation doit être restée sans interruption, jusqu'au *moment de sa présentation*, le fait d'un national de l'État demandeur⁸⁴.

44. Les considérations de politique qui s'appliquent sont différentes lorsque le national au nom de qui la réclamation est formée acquiert la nationalité de l'État défendeur après la présentation de sa réclamation, comme ce fut le cas dans l'affaire *Loewen* et plusieurs autres affaires sur lesquelles s'appuient les États-Unis. Dans ces conditions en effet, l'équité impose de choisir la date de la sentence comme *dies ad quem*, car, comme il est dit dans la sentence *Loewen*, une position contraire «produirait un résultat si injuste qu'il ne pourrait se justifier que fondé sur une logique irréfutable ou des précédents indiscutables, ce qui n'est pas le cas ici⁸⁵».

45. Il est donc proposé que la Commission conserve la date de la présentation officielle de la réclamation comme *dies ad quem* pour la règle de la continuité de la nationalité, mais qu'une exception soit prévue dans les cas où le

⁸¹ Paulsson, *Denial of Justice in International Law*, p. 183 et 184.

⁸² Duchesne, loc. cit., p. 808 et 809. Il convient de noter que l'auteur est intervenu dans l'affaire *Loewen*.

⁸³ Document A/CN.4/561 et Add.1 et 2 (voir *supra* la note 3), commentaire relatif au projet d'article 5.

⁸⁴ Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V, p. 209.

⁸⁵ *International Legal Materials*, vol. 42, n° 4 (juillet 2003), p. 848, par. 232.

national au nom de qui la réclamation est formée acquiert la nationalité de l'État défendeur après la présentation de la réclamation. Dans ces cas, le *dies ad quem* serait la date de la sentence.

46. D'aucuns diront que le paragraphe 3 du projet d'article 5 a été rendu caduc par l'abandon du paragraphe 2 de ce projet d'article. Or, il peut être utile en cas de changement de nationalité consécutif à une succession d'États. Par conséquent, il est proposé de le conserver.

47. On propose pour l'article 5 le libellé suivant:

«1. Un État n'est en droit d'exercer la protection diplomatique qu'à l'égard d'une personne qui a eu sa nationalité ou celle d'un État prédécesseur de façon continue depuis la date où le préjudice a été causé jusqu'à la date de la présentation officielle de la réclamation.

«2. Un État n'est pas en droit d'exercer la protection diplomatique à l'égard d'une personne qui acquiert postérieurement à la présentation de la réclamation la nationalité de l'État contre qui cette réclamation est formée.

«3. Le nouvel État de nationalité ne peut exercer la protection diplomatique à l'égard d'une personne contre un ancien État de nationalité de cette personne à raison d'un préjudice causé alors que celle-ci avait la nationalité de l'ancien État de nationalité et non du nouvel État de nationalité.»

F. Article 6

Multiple nationalité et réclamation à l'encontre d'un État tiers

1. Tout État dont une personne ayant une double ou multiple nationalité a la nationalité peut exercer la 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 dont une personne ayant une double ou multiple nationalité a la nationalité peuvent exercer conjointement la protection diplomatique à l'égard de cette personne.

48. L'Autriche estime que le paragraphe 2 est superflu «car il ne fait aucun doute que deux ou plusieurs États peuvent exercer conjointement leur droit de protection diplomatique». Même sans cette disposition, «l'État auquel la réclamation est présentée doit accepter une démarche conjointe⁸⁶». L'Autriche prévient que ce paragraphe ne manquera pas de soulever des questions difficiles quant aux modalités de la démarche conjointe et à l'État qui aura priorité pour présenter la réclamation. La justesse de cet avis est étayée par les observations formulées par El Salvador, le Guatemala, le Qatar et l'Ouzbékistan⁸⁷. Dans ces circonstances, il vaudrait mieux ne retenir que le paragraphe 1 de l'article 6.

⁸⁶ Document A/CN.4/561 et Add.1 et 2 (voir *supra* la note 3), commentaire relatif au projet d'article 6.

⁸⁷ Ibid.

G. Article 7

Multiple nationalité et réclamation à l'encontre d'un État de nationalité

Un État de nationalité ne peut exercer la protection diplomatique à l'égard d'une personne contre un État dont cette personne a également la nationalité, à moins que la nationalité prépondérante de celle-ci soit celle du premier État en question, tant au moment où le préjudice a été causé qu'à la date de la présentation officielle de la réclamation.

49. Cette disposition n'a guère suscité de critiques de la part de spécialistes⁸⁸ ou d'États. L'Autriche et la Norvège (au nom des pays nordiques) l'ont accueillie favorablement⁸⁹. Alors que certains États se demandent si elle constitue une règle de droit international coutumier⁹⁰, la Norvège déclare qu'elle «constitue la codification d'une règle existante de droit international coutumier⁹¹». Certains États souhaitent avoir des précisions concernant le mot «prépondérant⁹²», qui est expliqué dans le commentaire, tandis que le Maroc lui préfère le mot «effectif⁹³». La Commission a toutefois clairement indiqué dans le commentaire que sa préférence va au mot «prépondérant», qui traduit l'élément de relativité et indique que l'individu a des liens plus forts avec un État qu'avec l'autre⁹⁴.

Il est proposé de retenir l'article 7 sous sa forme actuelle.

H. Article 8

Apatrides et réfugiés

1. Un État peut exercer la protection diplomatique à l'égard d'une personne apatride si celle-ci, au moment où le préjudice a été causé et à la date de la présentation officielle de la réclamation, a sa résidence légale et habituelle sur son territoire.

2. Un État peut exercer la protection diplomatique à l'égard d'une personne à laquelle il reconnaît la qualité de réfugié si cette personne, au moment où le préjudice a été causé et à la date de la présentation officielle de la réclamation, a sa résidence légale et habituelle sur son territoire.

3. Le paragraphe 2 ne s'applique pas dans le cas d'un préjudice dû à un fait internationalement illicite commis par l'État de nationalité du réfugié.

⁸⁸ Voir Santulli, «Travaux de la Commission du droit international» (2001), p. 369 à 378.

⁸⁹ Document A/CN.4/561 et Add.1 et 2 (voir *supra* la note 3), commentaire relatif au projet d'article 7.

⁹⁰ Ibid. (Qatar et peut-être Maroc.)

⁹¹ Ibid.

⁹² Ibid. (El Salvador et Ouzbékistan.)

⁹³ Ibid.

⁹⁴ *Annuaire... 2004*, vol. II (2^e partie), p. 28, par. 5 du commentaire relatif au projet d'article 7.

50. L'article 8, qui relève clairement du développement progressif du droit⁹⁵, bénéficie, à des degrés divers, d'un vaste appui. Étant donné qu'il s'agit de développement progressif, il serait sage de faire preuve de prudence, voire de retenir des critères stricts dans la définition des conditions d'exercice de la protection diplomatique. Aussi a-t-il été recommandé que la Commission ne suive pas la proposition de l'Autriche tendant à ce qu'un réfugié bénéficie de la protection diplomatique si, dès lors que sa qualité de réfugié est reconnue dans un État européen, l'intéressé établit sa résidence légale sur le territoire d'un autre État européen⁹⁶. Pour la même raison, il est recommandé que la proposition des pays nordiques⁹⁷ tendant à ce que l'expression «résidence légale et habituelle» soit remplacée par l'expression «résidant régulièrement» ne soit pas adoptée. En revanche, la proposition de l'Ouzbékistan⁹⁸ tendant à ce que la «résidence légale et permanente» soit un critère va trop loin dans le sens opposé et ne devrait pas être acceptée non plus.

51. La décision prise par la Commission de faire preuve de souplesse quant au sens du terme «réfugié» et de ne pas se confiner à la définition retenue dans la Convention relative au statut des réfugiés⁹⁹ a donné lieu à controverse. L'Autriche soutient qu'on ne peut s'attendre à ce qu'un État intimé accepte une réclamation de protection diplomatique au nom d'une personne qualifiée de réfugié par l'État réclamant sans tenir dûment compte de la définition internationale¹⁰⁰. En revanche, les pays nordiques estiment qu'«un État peut exercer une protection diplomatique en faveur des personnes qui satisfont au critère du rattachement territorial à cet État et qui, de l'avis de l'État, ont clairement besoin de protection, sans remplir nécessairement toutes les conditions voulues pour bénéficier du statut de réfugié¹⁰¹». Bien que cette question ne concerne que le commentaire et non la formulation de l'article 8, il s'agit d'une importante question de principe. Les pays nordiques la perçoivent entièrement sous l'angle de l'État réclamant alors que l'Autriche, sagement, prévient que l'État intimé peut refuser de reconnaître le droit d'un État d'exercer la protection diplomatique en faveur d'un réfugié qui ne remplit pas strictement les conditions voulues pour bénéficier du statut de réfugié. Le Rapporteur spécial souhaiterait avoir l'avis de la Commission sur ce sujet.

⁹⁵ Les États-Unis ont demandé [document A/CN.4/561 et Add.1 et 2 (voir *supra* la note 3), «Autres commentaires et suggestions»] qu'il soit indiqué clairement qu'il s'agit d'un exercice de développement progressif du droit, ce qui a été fait au paragraphe 2 du commentaire relatif au projet d'article 8 [*Annuaire... 2004*, vol. II (2^e partie), p. 28].

⁹⁶ Document A/CN.4/561 et Add.1 et 2 (voir *supra* la note 3), commentaire relatif au projet d'article 8.

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ *Ibid.* En outre, il n'est pas nécessaire d'examiner l'autre suggestion de l'Ouzbékistan, selon laquelle il conviendrait d'ajouter l'expression «et a accordé l'asile» après l'expression «la qualité de réfugié» au paragraphe 2, d'autant que cette question est déjà prise en compte par le critère de la reconnaissance du statut de réfugié énoncé au même paragraphe.

⁹⁹ Voir *Annuaire... 2004*, vol. II (2^e partie), p. 29, par. 8 du commentaire relatif au projet d'article 8.

¹⁰⁰ Document A/CN.4/561 et Add.1 et 2 (voir *supra* la note 3), commentaire relatif au projet d'article 8. Voir également les observations d'El Salvador et du Qatar (*ibid.*).

¹⁰¹ *Ibid.*

I. Article 9

État de nationalité d'une société

Aux fins de la protection diplomatique des sociétés, on entend par État de nationalité l'État sous la loi duquel la société a été constituée et sur le territoire duquel elle a son siège ou sa direction, ou avec le territoire duquel elle a un lien similaire.

52. Les observations concernant cette disposition soulèvent deux importantes questions. Premièrement, le dernier membre de phrase «ou avec le territoire duquel elle a un lien similaire» peut être interprété comme une exigence d'un lien effectif entre la société et l'État exerçant la protection diplomatique. Deuxièmement, il se pose le problème d'une société «établie» (constituée) dans un État mais ayant son siège social dans un autre État. Dans ce cas, lequel des deux États peut exercer la protection diplomatique?

53. Dans le commentaire relatif à l'article 9, la Commission indique que

le siège, la direction «ou [...] un lien similaire» ne doivent donc pas être considérés comme des formes de lien effectif.

Le membre de phrase «ou [...] un lien similaire» doit être replacé dans le contexte de «son siège ou sa direction», suivant la règle d'interprétation *ejusdem generis*, qui exige qu'une proposition générale de ce genre soit interprétée restrictivement pour cadrer avec celle qui la précède. Cela veut dire qu'elle n'aura pas de vie propre. Elle doit nécessairement désigner un lien semblable à celui que constitue le «siège» ou la «direction»¹⁰².

Malgré cette explication, il semble certain que le membre de phrase «ou [...] un lien similaire» sera interprété comme exigeant une forme de lien effectif. En témoignent les observations de l'Autriche, des Pays-Bas et du Qatar¹⁰³. Il est recommandé que ce membre de phrase soit supprimé car, quelle que soit l'explication qu'on en donnera dans le commentaire, celui-ci ne manquera pas d'être interprété comme étant synonyme de l'exigence d'un lien effectif.

54. Plusieurs États ont soulevé la question de savoir si une société ayant son siège dans un État autre que celui où elle est établie (constituée) pouvait jouir de la protection diplomatique¹⁰⁴. C'est une question qui mérite d'être posée car le libellé actuel de l'article 9 donne à penser que seul l'État où la société est établie et sur le territoire duquel elle a «son siège ou sa direction ou [...] un lien similaire» peut exercer la protection diplomatique. Cette interprétation est confirmée par le fait que l'article 9 parle de «l'État de nationalité» et qu'au paragraphe 7 du commentaire il est indiqué: «Cette formule est utilisée pour éviter de donner à penser qu'une société pourrait avoir une double nationalité¹⁰⁵.» C'est une erreur qui doit être rectifiée. Comme les Pays-Bas l'ont relevé à juste titre¹⁰⁶, les sociétés sont souvent établies dans plus d'un État et ont des sièges dans plus

¹⁰² *Annuaire... 2004*, vol. II (2^e partie), p. 31, par. 5 et 6 du commentaire relatif au projet d'article 9.

¹⁰³ Document A/CN.4/561 et Add.1 et 2 (voir *supra* la note 3), commentaire relatif au projet d'article 9.

¹⁰⁴ *Ibid.* (El Salvador, Guatemala, Maroc et Pays-Bas.)

¹⁰⁵ *Annuaire... 2004*, vol. II (2^e partie), p. 31.

¹⁰⁶ Document A/CN.4/561 et Add.1 et 2 (voir *supra* la note 3), commentaire relatif au projet d'article 9.

d'un État. C'est une réalité du monde des affaires qu'on ne peut ignorer ni passer sous silence. Aussi est-il proposé de réviser substantiellement l'article 9; on a estimé par ailleurs que la proposition du Guatemala pourrait offrir la solution¹⁰⁷. Il s'agirait ainsi de reconnaître la possibilité de la double nationalité des sociétés et d'adopter le critère de «lien le plus étroit», de «nationalité effective» ou de «nationalité prépondérante» (en accord avec l'article 7) pour déterminer l'État qui pourrait exercer la protection diplomatique. (La proposition du Guatemala tendant à ce qu'il soit indiqué clairement que le mot «corporation» s'entend d'une «société à responsabilité limitée dont le capital est représenté par des actions» est déjà prise en compte dans le paragraphe 2 du commentaire.)

55. Il est proposé de modifier le projet d'article 9 comme suit:

«1. L'État est habilité à exercer sa protection diplomatique lorsqu'un préjudice est causé à une société qui a sa nationalité.

«2. Aux fins de la protection diplomatique des sociétés, une société a la nationalité de l'État sous la loi duquel elle a été établie et sur le territoire duquel elle a son siège ou sa direction.

«3. Lorsque, en application du paragraphe 2, deux États sont habilités à exercer la protection diplomatique, l'État avec lequel la société a globalement le lien le plus étroit exerce cette protection.»

J. Article 10

Continuité de la nationalité d'une société

1. Un État est en droit d'exercer sa protection diplomatique au bénéfice d'une société qui avait sa nationalité au moment où le préjudice a été causé ainsi qu'à la date de la présentation officielle de la réclamation.

2. Nonobstant le paragraphe 1, un État reste en droit d'exercer sa protection diplomatique au bénéfice d'une société qui avait sa nationalité au moment du préjudice et qui, du fait de ce préjudice, a cessé d'exister d'après la loi de cet État.

56. La règle de la continuité de la nationalité a déjà fait l'objet d'une analyse approfondie en ce qui concerne l'article 5. Il n'est donc pas nécessaire de reprendre les arguments en faveur de la modification du paragraphe 1 pour y faire figurer les termes «seulement» et «de manière continue» ni de prévoir le cas de l'État prédécesseur¹⁰⁸. Il n'est pas non plus nécessaire de reprendre les arguments tendant à retenir comme *dies ad quem* la date à laquelle la réclamation est officiellement présentée, sauf lorsque la société concernée acquiert la nationalité de l'État après la présentation de la réclamation.

¹⁰⁷ Ibid.

¹⁰⁸ Ibid. La mention de «l'État prédécesseur» répond aux préoccupations de l'Autriche (ibid., commentaire relatif au projet d'article 10) selon lesquelles l'article 10 ne prévoit pas le cas de la succession d'États.

57. Cela étant, les États-Unis s'opposent au paragraphe 2 de l'article 10¹⁰⁹, arguant que la protection des sociétés qui ont cessé d'exister ne devrait pas exiger qu'il soit fait exception à la règle de la continuité de la nationalité. Ils soutiennent ceci:

[U]n État peut continuer d'exercer sa protection en épousant les réclamations d'une société tant que celle-ci conserve la personnalité morale, laquelle peut se limiter au droit d'ester en justice en droit interne. Nombreux sont les systèmes juridiques internes qui permettent aux sociétés de continuer à présenter et à combattre des réclamations qui ont pris naissance du vivant d'une société, durant une période limitée après sa dissolution, ce qui signifie que la personnalité morale subsiste jusqu'à la fin de cette période. Par conséquent, la prise en charge des réclamations d'une société qui a cessé d'exister est un problème qui risque rarement de se poser car, pour la plupart, les réclamations peuvent être examinées alors que la société a encore la personnalité morale¹¹⁰.

Les États-Unis ajoutent qu'il y a des raisons judicieuses de principe pour lesquelles le droit interne permet qu'il soit mis fin à l'existence juridique des sociétés: «Les lois relatives à la survie et à la dissolution des sociétés prévoient une période de fin d'activité d'une durée précise, de façon que tous ceux qui ont affaire à une société sachent avec certitude qu'à l'issue de cette période, plus aucune réclamation pour le compte de la société ou contre celle-ci ne sera admise¹¹¹.» Les États-Unis mentionnent, pour étayer leur argumentation, des lois du Canada, des États-Unis, de la France et du Royaume-Uni, qui permettent aux sociétés d'ester en justice plusieurs années après leur dissolution.

58. Malheureusement, les États-Unis ne tiennent pas compte des préoccupations soulevées à ce propos par des juges (notamment le juge américain Jessup dans l'affaire *Barcelona Traction*¹¹²), des tribunaux et des auteurs, dont il est fait état dans le commentaire et dans le quatrième rapport sur la protection diplomatique¹¹³. Faute d'avoir contesté l'argumentation de ces autorités, voire de l'avoir examinée, et en l'absence d'une étude comparative élargie sur le droit et la pratique des sociétés de façon à établir que de nombreux systèmes juridiques permettent aux sociétés d'ester en justice après leur dissolution, le Rapporteur spécial est porté à croire qu'il convient de retenir le paragraphe 2, quoique *ex abundanti cautela*.

59. L'article 10 révisé devrait donc se lire comme suit:

«1. Un État est en droit d'exercer sa protection diplomatique *seulement* au bénéfice d'une société *qui avait sa nationalité, ou celle d'un État prédécesseur, de manière continue de la date à laquelle le préjudice a été causé jusqu'à la date de la présentation officielle de la réclamation.*

«2. *Un État n'est pas en droit d'exercer sa protection diplomatique au bénéfice d'une société qui acquiert la nationalité de l'État contre lequel la réclamation est présentée après la présentation de ladite réclamation.*

¹⁰⁹ Ibid.

¹¹⁰ Ibid.

¹¹¹ Ibid.

¹¹² C.I.J. *Recueil 1970* (voir *supra* la note 61) p. 193. Voir aussi les opinions des juges Gros (p. 277), Sir Gerald Fitzmaurice (p. 101 et 102) et Riphagen (p. 345).

¹¹³ *Annuaire... 2004*, vol. II (2^e partie), p. 32, par. 4 du commentaire relatif au projet d'article 10, notes 106 à 108; et *Annuaire... 2003*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/530 et Add.1, p. 24 à 27, par. 93 à 105.

«3. Nonobstant le paragraphe 1, un État reste en droit d'exercer sa protection diplomatique au bénéfice d'une société qui avait sa nationalité au moment du préjudice et qui, du fait de ce préjudice, a cessé d'exister d'après la loi de cet État.»

K. Article 11

Protection des actionnaires

L'État de nationalité des actionnaires d'une société ne peut exercer sa protection diplomatique au bénéfice desdits actionnaires lorsqu'un préjudice est causé à la société que:

a) si la société a cessé d'exister d'après la loi de l'État où elle s'est constituée pour un motif sans rapport avec le préjudice; ou

b) si la société a, au moment du préjudice, la nationalité de l'État qui est réputé en être responsable et si sa constitution en vertu de la loi de cet État était une condition exigée par ce dernier pour qu'elle puisse exercer ses activités dans le même État.

60. L'alinéa a de l'article 11 vise à donner effet au *dictum* dans l'arrêt *Barcelona Traction*, dans lequel la Cour internationale de Justice a reconnu l'existence d'une exception à la règle générale selon laquelle seul l'État où une société a été constituée est habilité à protéger la société (et ses actionnaires) lorsque celle-ci a cessé d'exister¹¹⁴. La Commission a restreint la portée de cette exception en exigeant que la société ait cessé d'exister «pour un motif sans rapport avec le préjudice». L'Autriche fait observer, à juste titre, que cette restriction «est pratiquement inopérante puisque l'État ayant dissout la société est différent de celui présumé responsable du préjudice¹¹⁵». Le Rapporteur spécial partage cet avis et propose de supprimer ce membre de phrase.

61. L'autre proposition de l'Autriche tendant à ce qu'à l'alinéa a de l'article 11 «l'État de nationalité» soit remplacé par «l'État où la société s'est constituée¹¹⁶» ne peut être acceptée car l'idée est de souligner que la loi applicable est celle de l'État où la société est constituée. De manière générale, il s'agirait de l'État de nationalité sans pour autant être toujours le cas compte tenu de la révision proposée de l'article 9.

62. Les États-Unis proposent de supprimer l'alinéa a de l'article 11 «puisqu'il crée une situation anormale en conférant le droit de faire siennes les réclamations d'une société à l'État de nationalité des actionnaires davantage qu'à l'État où s'est constituée la société¹¹⁷». Ils déclarent que rien dans le commentaire ne justifie une telle exception. Cela étant, les États-Unis ne tiennent pas compte de l'argumentation de la Cour internationale de Justice en faveur de cette exception¹¹⁸ dans l'affaire *Barcelona Traction*. L'article 11 vise à codifier le droit tel

que défini dans l'arrêt *Barcelona Traction*, ce pourquoi la Commission a été félicitée par d'autres États¹¹⁹. Dans ces circonstances, il est proposé de retenir l'alinéa a de l'article 11, sous réserve de la suppression proposée par l'Autriche.

63. Les États-Unis s'opposent à l'alinéa b de l'article 11 pour des principes de droit et de bien public. S'agissant du droit, ils soutiennent que dans tous les cas cités par la Commission à l'appui de cette exception, on trouve en fait

soit un accord spécial entre deux États donnant aux actionnaires le droit d'agir en réparation, soit un accord offrant des réparations aux actionnaires entre l'État responsable du préjudice et la société ayant sa nationalité. Il en résulte que les cas susmentionnés ne prouvent guère l'existence d'une norme de droit international coutumier autorisant les États à prendre à leur compte les réclamations des actionnaires contre l'État où la société est constituée, lorsque la constitution dans cet État conditionne l'exercice des activités sur son territoire¹²⁰.

S'agissant du principe de bien public, les États-Unis soutiennent que

cette exception créerait un régime dans lequel les actionnaires des sociétés constituées dans un État y auraient plus de droit pour réclamer la protection diplomatique de leurs intérêts que les actionnaires des sociétés de capitaux étrangers, qui ne pourraient compter que sur l'État de nationalité de la société pour faire valoir leur cause. Il n'est pas évident que cette solution soit juste¹²¹.

64. Le Rapporteur spécial ne peut souscrire aux critiques ci-dessus pour les raisons suivantes:

a) Le fait que les cas cités à l'appui de cette exception soient fondés sur des accords spéciaux n'entame pas leur valeur dans le processus de développement du droit. Les deux critères d'établissement d'une norme de droit coutumier sont *usus* et *opinio juris*. Le règlement de réclamations par accord spécial entre l'État où la société s'est constituée et l'État de nationalité des actionnaires témoigne à la fois de la pratique des États (*usus*) et d'un sentiment d'obligation de la part de l'État intimé de régler la réclamation (*opinio juris*).

b) Les États-Unis ne tiennent pas compte de l'ensemble des opinions judiciaires en faveur d'une telle exception, notamment des opinions individuelles des juges Wellington, Koo¹²², Jessup¹²³, Tanaka¹²⁴ et Sir Gerald Fitzmaurice¹²⁵ dans l'affaire *Barcelona Traction*. Ils ne se demandent pas non plus si l'affaire *ELSI*¹²⁶ vient étayer l'exception comme indiqué dans le commentaire¹²⁷ et dans le quatrième rapport sur la protection diplomatique¹²⁸.

¹¹⁹ Document A/CN.4/561 et Add.1 et 2 (voir *supra* la note 3), commentaire relatif au projet d'article 11 (pays nordiques) et 11 b (Pays-Bas).

¹²⁰ *Ibid.*, commentaire relatif au projet d'article 11 b.

¹²¹ *Ibid.*

¹²² *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, objections préliminaires, arrêt, *C.I.J. Recueil 1964*, p. 58, par. 20.

¹²³ *C.I.J. Recueil 1970* (voir *supra* la note 61), p. 191 à 193.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 134.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 72 à 75.

¹²⁶ *Elektronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1989*, p. 15.

¹²⁷ *Annuaire... 2004*, vol. II (2^e partie), p. 34 et 35, par. 10 du commentaire relatif au projet d'article 11.

¹²⁸ *Annuaire... 2003* (voir *supra* la note 113), p. 22, par. 81 et 82.

¹¹⁴ *C.I.J. Recueil 1970* (voir *supra* la note 61), p. 40 et 41, par. 64 à 68.

¹¹⁵ Document A/CN.4/561 et Add.1 et 2 (voir *supra* la note 3), commentaire relatif au projet d'article 11 a.

¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹⁷ *Ibid.*

¹¹⁸ *C.I.J. Recueil 1970* (voir *supra* la note 61), p. 40 et 41, par. 64 à 68.

c) Bien que la doctrine soit divisée sur le sujet, l'exception proposée est fortement étayée.

d) Les projets d'articles 9, 11 et 12 visent à codifier le droit exposé par la Cour internationale de Justice dans l'arrêt *Barcelona Traction*. Cette exception s'inscrit dans le cadre des principes relatifs à cette question qui ont été exposés par la Cour.

e) L'argument des États-Unis est probablement des plus déficients s'agissant du principe de bien public. Comme l'indique la Norvège (au nom des pays nordiques):

Un État ne doit pas être admis à exiger qu'un groupement d'intérêts étranger se constitue en société conformément à son droit interne pour pouvoir exercer son activité, puis invoquer le fait que la société relève de son droit interne pour justifier le rejet de l'exercice de la protection diplomatique par l'État de nationalité du groupement d'intérêts¹²⁹.

Cette position rappelle la réponse que le Royaume-Uni a donnée à l'argument avancé par le Mexique dans l'affaire de la *Mexican Eagle*, selon lequel un État (en l'espèce le Royaume-Uni) ne pouvait intervenir pour le compte de ses ressortissants actionnaires d'une société mexicaine, comme suit:

Si on admettait la théorie selon laquelle un État peut d'abord exiger qu'un groupement d'intérêts étranger se constitue en société conformément à son droit interne pour pouvoir exercer son activité, puis invoque le fait que la société relève de son droit interne pour justifier le rejet de l'intervention diplomatique étrangère, il est clair qu'il y aurait toujours un moyen d'empêcher les États étrangers d'exercer le droit qui est incontestablement le leur en droit international de protéger les intérêts commerciaux de leurs ressortissants à l'étranger¹³⁰.

Lorsqu'une société est tenue de se constituer dans un État comme condition préalable à l'exercice de ses activités sur le territoire de cet État, elle est qualifiée de «société Calvo» car la constitution de la société assure à l'État d'accueil une protection tout aussi solide que la clause Calvo. D'où l'observation des Pays-Bas selon laquelle, «dans le cas des sociétés Calvo, l'État de nationalité de l'actionnaire aurait titre à exercer la protection diplomatique¹³¹». Les considérations de bien public de cette nature ont beaucoup plus de poids que celles évoquées par les États-Unis.

f) La dernière faiblesse de la position des États-Unis tient au fait qu'elle ne fait pas de distinction entre les sociétés qui se sont librement et volontairement constituées dans un État et celles qui ont été contraintes de se constituer dans cet État en vertu de la loi ou sous la pression politique. Les États-Unis ne tiennent pas compte de cette distinction, qui est fondamentale pour l'alinéa *b* de l'article 11¹³².

65. Pour élaborer les présents projets d'article, le Rapporteur spécial s'est inspiré largement de la pratique des États, de décisions judiciaires et de principes généraux. S'agissant de l'alinéa *b* de l'article 11, il a été influencé

dans un sens favorable à cette exception par la pratique des États-Unis (*Delagoa Bay Railway Co.*¹³³ et *El Triunfo*¹³⁴), des décisions judiciaires concernant les États-Unis (affaire *ELSI*¹³⁵), des opinions judiciaires (juge Jessup dans l'arrêt *Barcelona Traction*¹³⁶) et des principes généraux (opposition à la clause Calvo et aux sociétés Calvo). Il trouve par conséquent étrange que les États-Unis dénoncent une exception qui est si fortement étayée par des éléments faisant autorité dans ce pays. En résumé, les motifs avancés pour faire supprimer l'alinéa *b* de l'article 11 ne sont pas convaincants; ces dispositions devraient donc être retenues.

66. Les pays nordiques s'élèvent contre le fait qu'aux termes de l'alinéa *b* de l'article 11, cette exception ne s'applique que lorsqu'il est établi que la constitution de la société «en vertu du droit interne» de l'État en cause est une condition préalable à l'exercice d'une activité. Ils estiment que «suivant le développement progressif du droit international, il y a de bonnes raisons d'étendre cette exception aux cas où la condition de constitution conformément au droit interne n'est pas formelle mais procède d'une pression informelle ou politique sur les intérêts étrangers¹³⁷». Les pays nordiques proposent que cette question soit réglée dans le commentaire. Il est néanmoins recommandé qu'elle soit traitée dans le libellé même de l'alinéa *b* de l'article 11. Dans la plupart des cas, le gouvernement exerce des pressions politiques sur les investisseurs étrangers pour qu'ils se constituent en société dans l'État d'accueil sans que cela soit prévu dans le droit interne. Il va sans dire que ces pressions sont aussi efficaces que la lettre de la loi.

67. Il convient de faire droit à la proposition des Pays-Bas¹³⁸ tendant à harmoniser la formulation des projets d'article et à celle de l'Autriche¹³⁹ selon laquelle des éclaircissements seraient souhaitables dans le commentaire s'agissant de l'alinéa *b* de l'article 11.

68. Il est proposé de réviser l'article 11 comme suit:

«L'État de nationalité des actionnaires d'une société ne peut exercer sa protection diplomatique au bénéfice desdits actionnaires lorsqu'un préjudice est causé à la société que:

«a) si la société a cessé d'exister d'après la loi de l'État où elle s'est constituée [pour un motif sans rapport avec le préjudice]; ou

«b) si la société a, au moment du préjudice, la nationalité de l'État qui est réputé en être responsable et si sa constitution [en vertu de la loi de cet État] était une condition exigée par ce dernier pour qu'elle puisse exercer ses activités dans le même État.»

¹³³ Moore, *Digest of International Law*, p. 647.

¹³⁴ *El Triunfo Company*, décisions des 2 et 8 mai 1902, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XV (numéro de vente: 1966.V.3), p. 467.

¹³⁵ Voir *supra* la note 126.

¹³⁶ *C.I.J. Recueil 1970* (voir *supra* la note 61), p. 191 à 193.

¹³⁷ Document A/CN.4/561 et Add.1 et 2 (voir *supra* la note 3), commentaire relatif au projet d'article 11 *b*.

¹³⁸ *Ibid.*

¹³⁹ *Ibid.*

¹²⁹ Document A/CN.4/561 et Add.1 et 2 (voir *supra* la note 3), commentaire relatif au projet d'article 11 *b*.

¹³⁰ Whiteman, *Digest of International Law*, p. 1273 et 1274.

¹³¹ Document A/CN.4/561 et Add.1 et 2 (voir *supra* la note 3), commentaire relatif au projet d'article 11 *b*.

¹³² Voir *Annuaire... 2004*, vol. II (2^e partie), p. 34, par. 8 du commentaire relatif au projet d'article 11.

L. Article 12

Atteinte directe aux droits des actionnaires

Dans la mesure où un fait internationalement illégitime d'un État porte directement atteinte aux droits des actionnaires en tant que tels, droits qui sont distincts de ceux de la société, l'État de nationalité desdits actionnaires est en droit d'exercer sa protection diplomatique à leur profit.

69. Les États-Unis considèrent cette disposition comme superflue, les droits des actionnaires étant déjà couverts par les articles 2 et 3¹⁴⁰. Cela est exact. Toutefois, si l'on veut que le projet d'articles codifie exhaustivement les principes énoncés dans l'arrêt *Barcelona Traction*¹⁴¹, il faut conserver cette disposition. Une autre raison de la conserver est que son commentaire permet aux commentateurs – et aux projets d'article sur la protection des sociétés et des actionnaires – de donner une image complète du droit sur cet aspect de la protection diplomatique. Le Rapporteur spécial ne fait aucune recommandation à la Commission sur le sujet, mais est enclin à préférer que l'on conserve la disposition.

M. Article 13

Autres personnes morales

Les principes énoncés dans les articles 9 et 10 au sujet des sociétés s'appliquent selon le cas à la protection diplomatique d'autres personnes morales.

70. L'article 13 vise à étendre les principes relatifs à la protection diplomatique des sociétés à d'autres personnes morales. Cette notion exclut les personnes physiques¹⁴². D'autre part, comme le fait observer le Guatemala¹⁴³, des personnes morales ou des entreprises autres que les sociétés commerciales (c'est-à-dire les entreprises à responsabilité limitée qui réalisent les bénéfices et dont le capital est représenté par des actions) peuvent avoir des actionnaires qui répondent des dettes de la société jusqu'à la limite de leur participation au capital, et les principes énoncés aux articles 11 et 12 leur sont également applicables. C'est pourquoi la disposition devrait viser les principes 9 à 12 et pas seulement les principes 9 et 10. Par ailleurs, le Rapporteur spécial ne comprend pas pourquoi l'indépendance des organisations non gouvernementales serait compromise par la protection diplomatique, comme le déclare le Qatar¹⁴⁴.

71. L'article 13 devrait donc être révisé comme suit:

«Les principes énoncés dans les articles 9 à 12 au sujet des sociétés s'appliquent selon le cas à la protection diplomatique d'autres personnes morales.»

¹⁴⁰ Ibid., commentaire relatif au projet d'article 12.

¹⁴¹ C.I.J. Recueil 1970 (voir *supra* la note 61), p. 36, par. 46 et 47.

¹⁴² Voir la suggestion d'El Salvador à cet égard [document A/CN.4/561 et Add.1 et 2 (voir *supra* la note 3), commentaire relatif au projet d'article 13].

¹⁴³ Ibid.

¹⁴⁴ Ibid.

N. Article 14

Épuisement des recours internes

1. L'État de la nationalité ne peut formuler une réclamation internationale à raison d'un préjudice causé à une personne ayant sa nationalité ou à une autre personne visée à l'article 8 avant que la personne lésée ait, sous réserve de l'article 16, épuisé tous les recours internes.

2. Par «recours internes» on entend les recours ouverts à une personne lésée devant les tribunaux ou organes, judiciaires ou administratifs, ordinaires ou spéciaux, de l'État dont il est allégué qu'il est responsable du préjudice.

72. Outre les propositions néerlandaises concernant le remaniement du commentaire¹⁴⁵, la seule observation affectant le paragraphe 1 de l'article 14 émane des États-Unis. Ce pays fait observer que, dans l'affaire *ELSI*, la Cour internationale de Justice a reconnu «qu'un recours pouvait être épuisé au regard du droit international lorsque la substance de la requête avait été examinée par les juridictions internes, indépendamment de la question de savoir si la même personne ou entité bénéficiait ou non d'une protection diplomatique¹⁴⁶». Les États-Unis proposent donc de reformuler le paragraphe 1 en supprimant l'obligation pour la personne lésée d'être la partie qui doit épuiser les recours internes. Le Rapporteur spécial sait gré aux États-Unis de cette proposition utile, et il la recommande donc à la Commission.

73. Les Pays-Bas ont proposé une modification mineure du paragraphe 2 visant à aligner celui-ci sur l'alinéa *b* de l'article 11¹⁴⁷.

74. Il est proposé de réviser l'article 14 comme suit:

«1. Un État ne peut formuler une réclamation internationale au sujet d'un préjudice causé à un de ses nationaux ou à une autre personne visée à l'article 8 tant que les recours internes n'ont pas été épuisés, sous réserve de l'article 16.

«2. Par "recours internes" on entend les recours juridiques ouverts à une personne lésée devant les tribunaux ou organes, judiciaires ou administratifs, ordinaires ou spéciaux, de l'État dont il est allégué qu'il est responsable du préjudice.»

O. Article 15

Catégorie de réclamations

Les recours internes doivent être épuisés lorsqu'une réclamation internationale, ou une demande de jugement déclaratif liée à la réclamation, repose principalement sur un préjudice causé à une personne ayant la nationalité de l'État réclamant ou à une autre personne visée à l'article 8.

¹⁴⁵ Ibid, commentaire relatif au projet d'article 14.

¹⁴⁶ Ibid, par. 4. En ce qui concerne les traités de droits de l'homme, voir Schermers, «Exhaustion of domestic remedies», p. 954 à 958.

¹⁴⁷ Document A/CN.4/561 et Add.1 et 2 (voir *supra* la note 3), commentaire relatif au projet d'article 11 *b*.

75. La décision de la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Avena*¹⁴⁸ explicite considérablement le droit relatif à la distinction entre préjudice direct et préjudice indirect au regard de la règle de l'épuisement des recours internes, mais elle n'affecte pas la validité de la formulation du principe énoncé à l'article 15. À l'évidence, ce principe devra faire l'objet de développements dans le commentaire. L'Autriche pose une question au sujet du titre de l'article 15¹⁴⁹. Le titre «Réclamations mixtes» est peut-être préférable. Aucune modification de l'article 15 lui-même n'est recommandée.

P. Article 16

Exceptions à la règle de l'épuisement des recours internes

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

a) les recours internes n'offrent aucune possibilité raisonnable d'obtenir une mesure de réparation efficace;

b) l'administration du recours subit un retard abusif attribuable à l'État réputé responsable;

c) il n'existe pas de lien pertinent entre la personne lésée et l'État réputé responsable, ou les circonstances de l'espèce font par ailleurs qu'il est déraisonnable d'exiger l'épuisement des recours internes;

d) l'État réputé responsable a renoncé à exiger que les recours internes soient épuisés.

76. Le Mexique fait deux commentaires généraux sur l'article 16¹⁵⁰. D'abord, il appelle l'attention sur l'exception à la règle de l'épuisement des recours internes en cas de répétition prévisible du préjudice. Bien que cette exception arrête l'attention d'Amerasinghe¹⁵¹, elle semble être couverte par l'alinéa *a* et sera traitée dans le commentaire de cet alinéa. Le Mexique propose également d'insérer une disposition sur la charge de la preuve en matière d'épuisement des recours internes. On se souviendra que la Commission a décidé de ne pas inclure de provision de ce type dans le projet¹⁵². Il pourrait toutefois être judicieux d'aborder ce point dans le commentaire.

1. ALINÉA *a*

77. Lorsque la Commission a examiné l'alinéa *a*, elle était confrontée à trois options: futilité évidente, aucune perspective raisonnable de succès et aucune possibilité raisonnable d'obtenir une mesure de réparation

efficace¹⁵³. Elle a préféré la troisième option, consacrée à l'alinéa *a*. Les États-Unis¹⁵⁴ demandent à la Commission de revenir sur sa décision et d'adopter le critère de futilité aux motifs qu'il rend plus exactement compte du droit international coutumier¹⁵⁵ et que des considérations de principe militent en sa faveur, en ce qu'elles exigent que «dans toutes les circonstances, sauf les plus extrêmes, un État ait la possibilité de remédier aux violations du droit international dans le cadre de son propre système juridique¹⁵⁶». Les États-Unis proposent donc la disposition suivante:

Il n'y a pas lieu d'épuiser les recours internes lorsqu'ils sont à l'évidence futiles ou inefficaces. L'épuisement des recours internes n'est pas à l'évidence futile ou inefficace si l'on peut raisonnablement escompter avoir accès à une instance susceptible de fournir une réparation efficace¹⁵⁷.

Le Rapporteur spécial n'est pas favorable à la réouverture du débat sur des questions qui ont déjà été tranchées, mais il rappelle que le critère de la futilité a effectivement bénéficié d'un certain appui à la Commission. Il est donc proposé que la Commission réexamine cette question. Elle devra toutefois être consciente des arguments opposés aux critères de la futilité qui sont visés dans le commentaire¹⁵⁸ et le troisième rapport sur la protection diplomatique¹⁵⁹. Comme indiqué dans ce troisième rapport, le critère de la «futilité manifeste», énoncé pour la première fois dans l'*Arbitrage relatif aux navires finlandais*¹⁶⁰, n'a pas été suivi dans l'affaire *ELSI*¹⁶¹ et a été critiqué par certains auteurs¹⁶². On lui reproche essentiellement de donner à penser que l'inefficacité du recours interne doit être «immédiatement apparente». Pour y remédier, Sir Hersch Lauterpacht a proposé d'y associer l'idée de «possibilité raisonnable» de succès¹⁶³ afin de permettre au tribunal d'examiner si, compte tenu des circonstances de l'espèce, un recours efficace est une possibilité raisonnable. C'est le texte que la Commission a préféré en 2002 et c'est celui que défend toujours le Rapporteur spécial.

78. Si la Commission décide de ne pas retenir la proposition des États-Unis, elle devrait prendre en considération

¹⁵³ Ibid., p. 58, par. 178.

¹⁵⁴ Document A/CN.4/561 et Add.1 et 2 (voir *supra* la note 3), commentaire relatif au projet d'article 16 *a*.

¹⁵⁵ Voir Amerasinghe, op. cit., p. 206: «[L]e critère est la futilité évidente ou l'inefficacité manifeste, et non l'absence d'une perspective raisonnable de succès ou une improbabilité du succès, qui sont tous deux des critères moins rigoureux.»

¹⁵⁶ Document A/CN.4/561 et Add.1 et 2 (voir *supra* la note 3), commentaire relatif au projet d'article 16 *a*.

¹⁵⁷ Ibid.

¹⁵⁸ *Annuaire... 2004*, vol. II (2^e partie), p. 39 et 40, par. 2 et 3 du commentaire relatif au projet d'article 16.

¹⁵⁹ *Annuaire... 2002*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/523 et Add.1, p. 53 à 59, par. 18 à 45.

¹⁶⁰ *Claim of Finnish shipowners against Great Britain in respect of the use of certain Finnish vessels during the war* (1934), Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (numéro de vente: 1949.V.2), p. 1504.

¹⁶¹ *C.I.J. Recueil 1989* (voir *supra* la note 126), p. 46 et 47, par. 59 et 62.

¹⁶² Amerasinghe, «The local remedies rule in appropriate perspective», p. 752; Simpson et Fox, *International Arbitration: Law and Practice*, p. 114; Mummery, «The content of the duty to exhaust local judicial remedies», p. 401.

¹⁶³ *Affaire relative à certains emprunts norvégiens*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1957*, p. 39.

¹⁴⁸ *C.I.J. Recueil 2004* (voir *supra* la note 28), en particulier p. 35 et 36, par. 40. Voir aussi les opinions individuelles des juges Parra-Aranguren (p. 90 et 91, par. 27 et 28) et Vereshchetin (p. 81 à 83, par. 7 à 11). Voir en outre Künzli, «Case concerning Mexican nationals», et Milano, loc. cit., p. 128 à 130.

¹⁴⁹ Document A/CN.4/561 et Add.1 et 2 (voir *supra* la note 3), commentaire relatif au projet d'article 15.

¹⁵⁰ Ibid., commentaire relatif au projet d'article 16.

¹⁵¹ *Local Remedies in International Law*, p. 212.

¹⁵² *Annuaire... 2002*, vol. II (2^e partie), p. 67 et 68, par. 252.

la proposition autrichienne tendant à ce que le mot «disponibles» soit inséré à l'alinéa *a* pour l'aligner sur l'article 44¹⁶⁴ du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite¹⁶⁵.

2. ALINÉA *c*

79. Deux propositions très différentes ont été faites au sujet de l'alinéa *c*. L'Autriche propose de supprimer le premier membre de phrase, l'alinéa ne traitant plus que du cas où les circonstances de l'espèce font qu'il est déraisonnable d'exiger l'épuisement des recours internes¹⁶⁶. Les États-Unis quant à eux proposent de ne conserver que la première partie de l'alinéa, en la remaniant comme suit:

Il n'est pas nécessaire d'épuiser les recours internes lorsqu'il n'y a pas de lien pertinent entre la personne lésée et l'État réputé responsable¹⁶⁷.

Le Rapporteur spécial approuve la proposition des États-Unis. L'objectif principal de l'alinéa *c* est d'instituer une dérogation à la règle de l'épuisement des recours internes lorsque la personne lésée n'a aucun lien volontaire avec l'État désigné comme responsable du préjudice – comme dans le cas de pollution transfrontière ou lorsqu'un avion pénètre par accident dans l'espace aérien d'un autre État¹⁶⁸. Certains membres de la Commission ont évoqué d'autres situations dans lesquelles il peut ne pas être nécessaire d'épuiser les recours internes, comme lorsqu'un État refuse l'entrée de son territoire aux ressortissants d'un autre État ou lorsque l'épuisement des recours internes serait d'un coût prohibitif¹⁶⁹. La deuxième partie de l'alinéa *c* a été adoptée pour tenir compte de telles situations. Toutefois, comme le notent les États-Unis, celles-ci sont déjà couvertes par l'alinéa *a*. Il est donc proposé d'adopter la proposition des États-Unis, moyennant l'insertion d'une clause indiquant que l'absence de lien pertinent s'entend au moment où le préjudice est causé, conformément à la proposition de l'Autriche¹⁷⁰.

3. ALINÉA *d*

80. L'alinéa *d* ne distingue pas entre renonciation expresse et renonciation tacite. Le commentaire, par contre, indique que la renonciation peut être implicite lorsque l'intention de renoncer à la règle de l'épuisement

¹⁶⁴ Document A/CN.4/561 et Add.1 et 2 (voir *supra* la note 3), commentaire relatif au projet d'article 16 *a*.

¹⁶⁵ Aux termes de l'article 44:

«La responsabilité de l'État ne peut pas être invoquée si:

«[...]

«*b*) Toutes les voies de recours internes disponibles et efficaces n'ont pas été épuisées au cas où la demande est soumise à la règle de l'épuisement des voies de recours internes.»

[*Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 30.]

¹⁶⁶ Document A/CN.4/561 et Add.1 et 2 (voir *supra* la note 3), commentaire relatif au projet d'article 16 *c*.

¹⁶⁷ *Ibid.*

¹⁶⁸ Les États-Unis estiment que le commentaire devrait être plus précis en ce qui concerne l'absence de lien pertinent en cas de survol accidentel du territoire d'un autre État (*ibid.*).

¹⁶⁹ Voir *Annuaire... 2004*, vol. II (2^e partie), p. 42, par. 11 du commentaire relatif au projet d'article 16, pour d'autres exemples.

¹⁷⁰ Document A/CN.4/561 et Add.1 et 2 (voir *supra* la note 3), commentaire relatif au projet d'article 16 *c*.

des recours internes est claire¹⁷¹. Ce commentaire sera remanié pour tenir compte de la suggestion utile du Guatemala à ce sujet¹⁷².

81. Il est proposé d'envisager l'article 16 sous la forme suivante:

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

«SOIT

«*a*) les recours internes n'offrent aucune possibilité raisonnable d'obtenir une mesure de réparation *disponible et efficace*;

«SOIT

«*a*) *les recours internes sont à l'évidence futiles ou manifestement inefficaces. L'épuisement des recours internes n'est pas à l'évidence futile ni manifestement inefficace lorsqu'une instance est raisonnablement disponible pour accorder une réparation efficace*;

«*b*) l'administration du recours subit un retard abusif attribuable à l'État réputé responsable;

«*c*) *il n'y avait pas de lien pertinent entre la personne lésée et l'État dont il est allégué qu'il est responsable lorsque le préjudice a été causé*;

«*d*) l'État réputé responsable a renoncé à exiger que les recours internes soient épuisés.»

Q. Articles 17 et 18

Article 17

Actions ou procédures autres que la protection diplomatique

Les présents articles sont sans préjudice du droit des États, des personnes physiques ou d'autres entités d'engager en vertu du droit international des actions ou procédures autres que la protection diplomatique pour assurer la réparation du préjudice subi en raison d'un fait internationalement illicite.

Article 18

Dispositions conventionnelles spéciales

Les présents articles ne s'appliquent pas dans les cas et dans la mesure où ils sont incompatibles avec des dispositions conventionnelles spéciales, y compris celles qui ont trait au règlement des différends opposant des sociétés ou leurs actionnaires à des États.

¹⁷¹ Voir *Annuaire... 2004*, vol. II (2^e partie), p. 42 et 43, par. 16 du commentaire relatif au projet d'article 16. Il n'est donc pas nécessaire d'insérer une disposition expresse sur la renonciation implicite, comme le propose l'Ouzbékistan dans le document A/CN.4/561 et Add.1 et 2 (voir *supra* la note 3), commentaires relatifs à la quatrième partie.

¹⁷² Document A/CN.4/561 et Add.1 et 2 (voir *supra* la note 3), commentaire relatif au projet d'article 16 *d*.

82. L'Ouzbékistan propose d'intituler la quatrième partie «Autres dispositions» au lieu de «Dispositions diverses¹⁷³». Cette proposition devrait être examinée.

83. Comme des propositions en faveur de la réunion des articles 17 et 18 ont été faites¹⁷⁴, ces deux dispositions seront examinées ensemble. Les articles 17 et 18 ont le même objet: indiquer que le projet d'articles n'affecte pas les autres procédures ou mécanismes du droit international coutumier ou conventionnel qui permettent de faire valoir des droits ou de formuler des réclamations, et vice versa. À première vue, il peut sembler judicieux de réunir ces deux dispositions. De fait, cette fusion était recommandée dans le cadre du cinquième rapport sur la protection diplomatique, sous la forme d'un article ainsi libellé:

Les présents articles sont sans préjudice des droits des États ou des personnes d'invoquer des procédures autres que la protection diplomatique pour obtenir réparation du préjudice que leur a causé un fait internationalement illicite [qui peut aussi habiliter l'État national de la personne lésée à exercer sa protection diplomatique]¹⁷⁵.

Toutefois, à la réflexion, il semble qu'il soit plus sage de conserver deux dispositions distinctes, étant donné les intérêts très différents que les articles 17 et 18 servent à protéger.

84. L'article 17 vise essentiellement à garantir que l'institution de la protection diplomatique n'entrave pas la protection des droits de l'homme par d'autres moyens ou n'y fasse pas obstacle. La Commission reconnaît que la protection diplomatique n'est qu'un des moyens de protéger les droits de l'homme, et un moyen très limité puisqu'il ne bénéficie qu'aux nationaux. Il y a d'autres procédures de protection des droits de l'homme qui ne sont pas ainsi limitées. Les traités de droits de l'homme confèrent des droits et ouvrent des recours à tous les êtres humains dont les droits de l'homme sont violés, quelle que soit leur nationalité. De plus, l'évolution récente du droit international permet à l'État de protéger – par une protestation, par la négociation, par l'arbitrage ou par une action judiciaire¹⁷⁶ – aussi bien ses nationaux que des non-nationaux victimes de la violation de normes relatives aux droits de l'homme (ayant le statut de *jus cogens*¹⁷⁷ ou qui énoncent des obligations *erga omnes*¹⁷⁸) sur le territoire d'un autre État¹⁷⁹. Le juge Simma l'a récemment souligné dans l'affaire *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du*

Congo c. Ouganda)¹⁸⁰, estimant que cette évolution du droit international aurait permis à l'Ouganda de protéger aussi bien ses nationaux que des non-nationaux dont les droits de l'homme étaient menacés par l'armée de la République démocratique du Congo à l'aéroport de Kinshasa.

85. Malheureusement, l'objet de l'article 17 n'a pas été pleinement compris. Milano a interprété la relation entre le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite adopté en 2001 et le projet d'articles sur la protection diplomatique de 2004 comme signifiant que le droit d'un État d'intervenir en vertu de l'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'article 48 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite au profit de non-nationaux dont des droits relevant du *jus cogens* ont été violés est limité par le projet d'articles sur la protection diplomatique, qui exige la preuve de la nationalité¹⁸¹. Il parvient à cette conclusion en interprétant l'article 48 comme assujéti à l'article 44, qui dispose que la responsabilité de l'État ne peut être invoquée si «la demande n'est pas présentée conformément aux règles applicables en matière de nationalité des réclamations», telle que celles-ci sont maintenant énoncées dans le projet d'articles sur la protection diplomatique. Cela l'amène à conclure que «dans le droit de la responsabilité de l'État, les mécanismes de la protection diplomatique prévalent sur ceux de la protection des droits de l'homme, même si le préjudice est causé à l'individu par une violation de ses droits de l'homme¹⁸²». Il ajoute:

[I] ressort d'une lecture croisée des articles de 2001 sur la responsabilité et des articles de 2004 sur la protection diplomatique qu'il n'est plus guère possible d'exiger l'exécution d'obligations *erga omnes* en matière de droits de l'homme en dehors des mécanismes traditionnels de la protection diplomatique¹⁸³.

86. L'article 17 doit dissiper les doutes de cette espèce en précisant que le projet d'articles ne vise en aucune manière à faire obstacle aux autres procédures de protection des droits de l'homme. La meilleure solution pour cela est une disposition distincte, comme l'article 17. Il semble toutefois, à en juger par l'article de Milano¹⁸⁴, que cet article n'atteigne pas le but souhaité. Peut-être, dans ces conditions, est-il nécessaire de le remanier afin que son objet soit encore plus clair, même si cela semble difficile au Rapporteur spécial. Peut-être qu'on peut le faire en adoptant le remaniement proposé par les Pays-Bas:

Le droit des États, des personnes physiques ou d'autres entités d'engager des actions ou procédures autres que la protection diplomatique en réparation du préjudice subi à raison d'un fait internationalement illicite n'est pas affecté par les présents projets d'article¹⁸⁵.

¹⁷³ Ibid., commentaires relatifs à la quatrième partie.

¹⁷⁴ El Salvador (ibid., commentaire relatif au projet d'article 18) et Qatar (ibid., commentaire relatif au projet d'article 17). Voir également les Pays-Bas (ibid., «Autres commentaires et suggestions»).

¹⁷⁵ *Annuaire... 2004*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/538, chap. IV.B, p. 57.

¹⁷⁶ Sous réserve bien entendu de l'existence d'un lien juridictionnel. Mais cette restriction vaut également pour la protection diplomatique.

¹⁷⁷ Voir les articles 40, 41 et 48 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 29 et 30.

¹⁷⁸ *C.I.J. Recueil 1970* (voir *supra* la note 61), p. 32.

¹⁷⁹ Voir en outre sur ce sujet: Gaja, «Is a State specially affected when its nationals' human rights are infringed?» et «Droits des États et droits des individus dans le cadre de la protection diplomatique»; Condorelli, «L'évolution du champ d'application...»; et Forcese, «Shelter from the storm: rethinking diplomatic protection of dual nationals in modern international law», p. 497 et 498.

¹⁸⁰ Arrêt, *C.I.J. Recueil 2005*, opinion individuelle du juge Simma, p. 339 à 350, par. 17 à 41. Voir également l'opinion dissidente de M. Kateka, juge ad hoc, ibid., p. 381, par. 69.

¹⁸¹ Milano, loc. cit., p. 103 à 108.

¹⁸² Ibid., p. 106.

¹⁸³ Ibid., p. 107. Milano suggère que la relation curieuse qui existe entre l'article 44 et l'article 48 découle peut-être d'une négligence de la Commission, qui aurait omis de préciser que l'article 44 ne s'applique qu'aux demandes relevant de la protection diplomatique et non à l'article 48. Peut-être a-t-il raison!

¹⁸⁴ Ibid. Milano n'est pas convaincu par l'article 17.

¹⁸⁵ Document A/CN.4/561 et Add.1 et 2 (voir *supra* la note 3), commentaire relatif au projet d'article 17.

87. Il est donc proposé de conserver l'article 17 en tant que disposition distincte, ainsi libellé:

«SOIT

«les présents articles sont sans préjudice du droit des États, des personnes physiques ou d'autres entités d'engager [en vertu du droit international¹⁸⁶] des actions ou procédures autres que la protection diplomatique pour assurer la réparation du préjudice subi en raison d'un fait internationalement illicite.

«SOIT

«*le droit des États, des personnes physiques et d'autres entités d'engager des actions ou des procédures autres que la protection diplomatique en réparation du préjudice causé par un fait internationalement illicite n'est pas affecté par les présents articles.*»

88. L'objet de l'article 18 est de préciser que le projet d'articles ne porte pas atteinte aux traités d'investissements bilatéraux et multilatéraux pouvant énoncer des règles différentes en ce qui concerne le traitement des investisseurs, personnes physiques et morales. Comme ces traités sont sensiblement différents, tant par leur matière que par leur forme, de ceux envisagés à l'article 17, il est judicieux de les envisager séparément.

89. L'Autriche et le Maroc critiquent le libellé de l'article 18, et en particulier l'expression «dispositions conventionnelles spéciales¹⁸⁷». Le Maroc fait observer à juste titre que la Convention de Vienne sur le droit des traités ne connaît pas la notion de «conventions spéciales». Il propose donc, et le Rapporteur spécial recommande, que le projet d'article 18 soit reformulé comme suit:

«Les présents articles ne s'appliquent pas dans les cas et dans la mesure où ils sont incompatibles avec les régimes spéciaux prévus par des traités bilatéraux et multilatéraux relatifs à la protection des investissements.»

R. Article 19

Équipage des navires

Le droit qu'a l'État de nationalité des membres de l'équipage d'un navire d'exercer sa protection diplomatique au bénéfice de ces derniers n'est pas affecté par le droit qu'a l'État de nationalité d'un navire de demander réparation au bénéfice de ces membres d'équipage, quelle que soit leur nationalité, lorsqu'ils ont été lésés à la suite d'un préjudice causé au navire par un fait internationalement illicite.

¹⁸⁶ Les Pays-Bas proposent de supprimer cette expression au motif que le droit des États de présenter des conclusions d'*amicus curiae* devant les juridictions internes, comme l'a fait l'Union européenne dans des instances aux États-Unis d'Amérique, doit demeurer inchangé (ibid.).

¹⁸⁷ Ibid., commentaire relatif au projet d'article 18.

90. La plupart des États ayant présenté des observations ont réagi favorablement à l'article 19¹⁸⁸ mais ont fait plusieurs suggestions. L'Autriche signale que la condition attachée à l'exercice de sa protection par l'État du pavillon risque d'être interprétée comme également applicable à l'exercice de la sienne par l'État de nationalité des membres de l'équipage. Ce problème peut être résolu en scindant la disposition en deux phrases, comme proposé ci-dessous. Le Mexique demande à la Commission de résoudre la question des réclamations concurrentes. La Commission ne l'a pas fait pour les réclamations concernant les personnes ayant une double nationalité et il semble qu'il serait également peu judicieux ou utile de le faire en l'espèce. Les Pays-Bas proposent d'incorporer l'article 19 dans l'article 8 parce que ces deux articles iraient de pair. Or cela est inexact. En effet, l'article 8 traite de l'extension du bénéfice de la protection diplomatique aux apatrides et aux réfugiés, alors que l'article 19 reconnaît à l'État de nationalité d'un navire le droit de demander réparation au bénéfice des membres d'équipage mais non celui d'exercer sa protection diplomatique.

91. Les États-Unis souscrivent pleinement aux principes exposés à l'article 19, mais ils font valoir qu'étant donné que le droit de l'État du pavillon de demander réparation au bénéfice des membres de l'équipage ne relève pas de la protection diplomatique, cette disposition devrait être omise¹⁸⁹. Cette question devrait être examinée par la Commission. Par ailleurs, on se souviendra que la Commission a décidé d'inclure l'article 19 dans le projet parce que la protection exercée par l'État du pavillon est analogue à la protection diplomatique, comme le Tribunal international du droit de la mer l'a reconnu dans l'affaire du *Navire «Saiga»* (n° 2)¹⁹⁰, et il est impératif pour des raisons de politique de réaffirmer la légitimité de ces deux types de protection, car les équipages des navires sont vulnérables et doivent être protégés au maximum¹⁹¹.

92. Le Rapporteur spécial propose que, si la Commission décide de conserver l'article 19, elle le conserve sous sa forme actuelle. À défaut, elle pourrait le scinder en deux phrases pour répondre à la critique faite par l'Autriche. Il pourrait ainsi se lire comme suit:

«L'État de nationalité des membres de l'équipage d'un navire a le droit d'exercer sa protection diplomatique au bénéfice de ces derniers. L'État de nationalité d'un navire [État du pavillon?] peut [de même?] demander réparation au nom des membres de l'équipage, quelle que soit leur nationalité, lorsqu'ils ont été lésés à la suite d'un préjudice causé au navire par un fait internationalement illicite.»

Le Rapporteur spécial préfère le texte original, car il ne pense pas qu'il risque d'être interprété comme le craint l'Autriche.

¹⁸⁸ Ibid., commentaire relatif au projet d'article 19: Autriche, Mexique, Norvège (au nom des pays nordiques) et Pays-Bas.

¹⁸⁹ Ibid.

¹⁹⁰ *Navire «Saiga»* (n° 2) (*Saint-Vincent-et-les Grenadines c. Guinée*), arrêt, *TIDM Recueil 1999*, par. 103 à 107.

¹⁹¹ Voir *Annuaire... 2004*, vol. II (2^e partie), p. 45 et 46, commentaire relatif au projet d'article 19.

CHAPITRE II

Le droit du national lésé à une indemnisation

93. Le présent projet d'articles porte seulement sur la nationalité des réclamations et l'épuisement des voies de recours internes, et non sur les règles primaires de la protection diplomatique, à savoir les règles régissant le traitement des étrangers. Il ne traite pas non plus des conséquences de la protection diplomatique. Ce champ d'application limité a fait l'objet d'un débat et a été approuvé par la Commission à ses cinquante-sixième et cinquante-septième sessions, en 2004 et 2005. La décision de ne pas traiter des conséquences de la protection diplomatique peut se justifier par le fait que le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et le commentaire exhaustif qui l'accompagne couvrent la plupart des aspects du sujet¹⁹². Il y a toutefois un aspect des conséquences de la protection diplomatique qui n'est pas envisagé dans les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite: la question de savoir si l'État auteur de la réclamation qui a obtenu satisfaction est tenu de verser au national lésé l'indemnité qu'il peut avoir reçue. La Commission a été critiquée parce qu'elle a laissé passer l'occasion de reconnaître cette règle, ne serait-ce qu'au titre du développement progressif¹⁹³. Dans son intervention à la Sixième Commission, le 24 octobre 2005, le représentant de la France a déclaré que les arguments avancés par le Rapporteur spécial pour expliquer pourquoi il écartait le traitement des conséquences de la protection diplomatique n'étaient pas pleinement convaincants. Même si la protection diplomatique faisait figure d'exception au regard du droit commun de la responsabilité, la question de savoir si un État était tenu de verser à la personne lésée le montant de l'indemnité qu'il avait perçue en exerçant la protection diplomatique était fondamentale¹⁹⁴.

L'Autriche fait une observation similaire dans les commentaires qu'elle a présentés à la Commission:

Une autre question qui mérite un examen attentif est le problème de la relation entre la personne dont les droits sont protégés et l'État qui exerce le droit à la protection diplomatique. Il serait également possible d'examiner le problème du résultat de l'exercice de la protection diplomatique et de l'accès de l'intéressé à ce résultat. D'une part, on pourrait bien entendu soutenir qu'il s'agit là d'une question qui concerne la relation entre l'État et ses nationaux; d'autre part, cependant, il faudrait s'assurer que la personne lésée pour le compte de laquelle la réclamation a été présentée bénéficie de l'exercice de la protection diplomatique¹⁹⁵.

Après réflexion, le Rapporteur spécial estime que la Commission devrait examiner la question même *in extremis*.

94. D'après la règle établie dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine*, l'État jouit d'un pouvoir discrétionnaire absolu s'agissant de verser à son national l'indemnité qu'il a pu recevoir à la suite d'une réclamation qu'il a présentée au bénéfice dudit national. Si, selon

¹⁹² *Annuaire...* 2001, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 93 à 118, art. 28 à 39.

¹⁹³ Milano, loc. cit., p. 108. Voir aussi Gaja, «Droits des États...», p. 69.

¹⁹⁴ Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, Sixième Commission, soixantième session*, 11^e séance (A/C.6/60/SR.11), par. 73.

¹⁹⁵ Document A/CN.4/561 et Add.1 et 2 (voir *supra* la note 3), «Observations générales».

cette règle, «[e]n prenant fait et cause pour l'un des siens [...] cet État fait, à vrai dire, valoir son droit propre» et devient le seul «plaideur¹⁹⁶», il est logiquement difficile de dire que l'État est assujéti à des restrictions dans l'intérêt de l'individu concerné pour ce qui est du règlement de la réclamation ou du versement des éventuelles indemnités. L'État ayant une «liberté d'action totale¹⁹⁷», il n'est pas tenu d'insister pour obtenir réparation de l'intégralité du préjudice subi par le national lésé. Il peut au contraire accepter un règlement partiel, ce qui arrive souvent. Cela signifie qu'en pratique l'intéressé peut ne recevoir que 10 % de la valeur de la réclamation¹⁹⁸. Dans le cadre de l'accord franco-russe conclu en 1998, 99 % des droits patrimoniaux des personnes physiques ou morales ont été concédés¹⁹⁹. En 1994, le Tribunal supérieur de justice de Madrid a débouté un national qui contestait la conclusion d'un accord par lequel l'Espagne et le Maroc étaient convenus d'une indemnisation forfaitaire, faisant valoir que la pratique internationale permettait le versement d'indemnités d'un montant inférieur au préjudice causé²⁰⁰.

95. La Commission a fait de la règle établie dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine* le fondement de son projet d'articles. Elle a pour cette raison rejeté une proposition tendant à obliger l'État à exercer sa protection diplomatique lorsqu'un national était lésé par la violation d'une norme de *jus cogens*. Par ailleurs, la logique de l'arrêt *Mavrommatis* ne l'emporte pas toujours: c'est ainsi que la règle de la nationalité continue et la condition de l'épuisement des recours internes vont à son encontre, car elles montrent qu'un préjudice causé à un de ses nationaux ne confère pas automatiquement à l'État le droit d'exercer sa protection diplomatique. La règle *Mavrommatis* n'est pas non plus appliquée de manière logique et cohérente pour ce qui est de l'évaluation des dommages-intérêts réclamés, l'indemnité étant généralement calculée en fonction du préjudice subi par l'individu. La Cour permanente de justice internationale l'a reconnu dans l'affaire relative à l'*Usine de Chorzów*²⁰¹,

¹⁹⁶ Voir *supra* la note 4.

¹⁹⁷ Dans l'affaire *Barcelona Traction*, la Cour internationale de Justice a déclaré: «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'espèce. Sa demande n'étant pas identique à celle du particulier ou de la société dont il épouse la cause, l'État jouit d'une liberté d'action totale» [C.I.J. Recueil 1970 (voir *supra* la note 61), p. 44].

¹⁹⁸ Geck, «Diplomatic protection», p. 1058; Bederman, «Interim report on "Lump sum agreements and diplomatic protection"»; Lillich, «The United States-Hungarian Claims Agreement of 1973»; Lillich et Weston, *International Claims: Their Settlement by Lump Sum Agreements*.

¹⁹⁹ Carreau, *Droit international*, p. 462, par. 1118.

²⁰⁰ Pastor Ridruejo, «La pratique espagnole de la protection diplomatique», p. 112.

²⁰¹ *Affaire relative à l'usine de Chorzów (fond)*, arrêt n° 13, 1928, C.P.J.I. série A, n° 17, p. 28: «Le dommage subi par le particulier n'est donc jamais identique en substance avec celui que l'État subira; il ne peut que fournir une mesure convenable de la réparation due à l'État.» Dubouis a commenté ce *dictum* dans «La distinction entre le droit de l'État réclamaire et le droit du ressortissant dans la protection diplomatique (à propos de l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 14 juin 1977)», p. 624.

et on considère désormais qu'il s'agit d'une règle du droit international coutumier²⁰². Le juge Morelli a reconnu l'anomalie de cette situation juridique dans l'affaire *Barcelona Traction*, lorsqu'il a déclaré:

La réparation, sur le plan international, est due en tout cas à l'État et non pas au particulier; cela même lorsqu'il s'agit d'un dédommagement et bien que le montant doive en être établi sur la base du préjudice subi par le particulier²⁰³.

Si le dommage subi doit être déterminé «sur la base du préjudice subi par le particulier», il semblerait que l'État requérant soit obligé de consulter la personne lésée à ce sujet, ce qui montre que l'État n'a pas une liberté d'action totale lorsqu'il formule une réclamation.

96. Sur ce sujet, la pratique des États est contradictoire. Si, selon la jurisprudence tant internationale que nationale, le national lésé n'a aucun droit aux indemnités reçues par l'État, certains mécanismes nationaux donnent à penser que les États admettent qu'ils sont dans une certaine mesure tenus de verser au national lésé les sommes qu'ils ont reçues à titre d'indemnisation.

97. Dans la *Décision administrative n° V*, la Commission mixte de réclamations États-Unis-Allemagne a confirmé le large pouvoir discrétionnaire dont jouit l'État:

En exerçant ce contrôle, la nation est gouvernée non seulement par l'intérêt du particulier requérant mais aussi par les intérêts plus larges de l'ensemble de sa population et doit exercer un pouvoir discrétionnaire illimité lorsqu'elle détermine quand et comment la réclamation sera présentée et défendue, ou sera retirée ou fera l'objet d'un compromis, et le propriétaire privé sera lié par l'action engagée. *Même si une somme est versée à titre de dommages-intérêts à la nation qui a fait sienne la réclamation, la nation a la maîtrise totale des fonds ainsi payés et détenus par elle et peut, pour prévenir toute fraude, corriger une faute ou protéger l'honneur national, décider de rendre les fonds à la nation qui les a versés ou en disposer autrement*^{*204}.

Les juridictions nationales ont adopté une position similaire²⁰⁵.

a) Royaume-Uni

Dans l'affaire *Civilian War Claimants Association*²⁰⁶, les requérants ont demandé à la Couronne une partie des réparations versées par l'Allemagne au Gouvernement du Royaume-Uni en vertu du Traité de Versailles pour des dommages causés durant la Première Guerre mondiale. Il a été jugé que lorsque la Couronne négociait un traité avec un autre chef d'État, il était incompatible avec sa souveraineté qu'elle agisse en qualité de représentant ou d'agent de ses nationaux, à moins qu'elle n'ait expressément déclaré qu'elle agissait à ce titre. Rien dans le traité ne le suggérait. Au contraire, le traité laissait aux gouvernements, dans leurs rapports entre eux-mêmes et avec leurs nationaux, toute latitude pour déterminer comment les fonds devaient être répartis. Cette décision a

récemment été affirmée dans l'affaire *Lonrho Exports Ltd v. Export Credits Guarantee Department*²⁰⁷.

b) États-Unis

En droit américain, «les sommes reçues d'un gouvernement étranger par suite d'un jugement rendu par une juridiction internationale ou d'un règlement appartiennent aux États-Unis²⁰⁸» et la répartition des indemnités est laissée à la bonne volonté du Congrès:

Des arrêts rendus par la Cour suprême des États-Unis semblent avoir établi que les fonds reçus de gouvernements étrangers par suite du règlement de réclamations présentées par des citoyens américains sont des fonds nationaux des États-Unis, qu'aucun auteur de réclamation n'a, en droit strict, de droit sur les fonds perçus et que le Congrès n'a aucune obligation juridique de payer les sommes réclamées sur les produits d'un fonds, même si le Gouvernement a sans aucun doute une obligation morale* de remettre des fonds aux personnes qui ont subi des pertes²⁰⁹.

c) France

En France, la protection diplomatique reste un «acte du gouvernement» – dernier bastion d'un domaine échappant au droit – et, par tradition, les procédures d'attribution des indemnités continuent d'échapper au contrôle judiciaire²¹⁰.

98. Malgré les observations qui précèdent sur le droit absolu de l'État de répartir comme il l'entend les sommes perçues à titre d'indemnités, il n'est pas rare de lire que dans un tel cas l'État a normalement pour pratique de verser les sommes perçues à l'individu lésé. Geck soutient par exemple que «l'État requérant remet généralement aux individus lésés les sommes versées par l'État

²⁰⁷ *All England Law Reports* [1996] 4 All ER, p. 687:

«(3) Lorsque la Couronne fait sienne des réclamations (par exemple de nationaux créanciers d'un État ou de ressortissants étrangers) et exerce sa protection diplomatique (par exemple en négociant un traité prévoyant le paiement à la Couronne d'une somme à répartir entre ses nationaux), en droit international, la Couronne fait valoir son droit propre, en son nom propre, d'exercer ce type de protection au bénéfice de ses nationaux. [...]

«(4) Sous réserve du point 5 ci-après, lorsqu'elle contracte et exécute les obligations découlant du traité, la Couronne n'agit pas en qualité d'agent ni de représentant de ses nationaux; et quels que soient les termes du traité et (il me semble) la qualification des paiements prévus dans celui-ci, les sommes versées au Royaume-Uni en vertu de ces traités sont reçues par la Couronne en qualité de souveraine et sont la propriété absolue de l'État.

«[...]»

«(6) Le droit qu'a la Couronne de conserver les sommes qui lui ont été versées n'est pas, en droit anglais, affecté par les termes du traité ou par ce que celui-ci peut prévoir en ce qui concerne leur répartition. Les termes du traité ne peuvent pas non plus affecter ni limiter le caractère souverain de la perception de ces fonds par la Couronne. [...] En droit anglais, la Couronne n'est pas tenue, ni en droit ni en équité, de donner effet aux termes du traité; à cet égard, elle a au plus l'obligation morale de le faire. Si elle ne le fait pas, les seuls recours sont le Parlement ou (à l'initiative du gouvernement étranger) les juridictions internationales. [...]

«(7) La Couronne, lorsqu'elle répartit les sommes qu'elle a perçues en vertu d'un traité, peut déterminer la forme que prendront ces paiements et les attribuer.»

²⁰⁸ American Law Institute, *Restatement of the Law Third: Foreign Relations Law of the United States*, par. 902, p. 348 et 349.

²⁰⁹ *Distribution of Aslop Award by the Secretary of State* (1912), opinion de J. Reuben Clark, avocat du Département d'État, cité dans Hackworth, op. cit., p. 766.

²¹⁰ Bollecker-Stern, op. cit., p. 108.

²⁰² Bollecker-Stern, *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale*, p. 98.

²⁰³ C.I.J. *Recueil* 1970 (voir *supra* la note 61), p. 223.

²⁰⁴ *Décision administrative n° V* (voir *supra* la note 62), p. 152.

²⁰⁵ Voir Jennings et Watts, op. cit., p. 539.

²⁰⁶ *Civilian War Claimants Association v. The King*, Chambre des lords, *Law Reports* (1932), p. 14. Voir aussi *Rustomjee v. The Queen* (1876) 1 Q.B.D., p. 487.

défendeur à titre de dommages-intérêts²¹¹». Le commentaire du projet de convention sur la responsabilité internationale des États en cas de dommages causés à des étrangers, élaboré par la faculté de droit de Harvard, va dans le même sens: «[L]a pratique normale consistant pour l'État requérant à faire tenir au particulier auteur de la réclamation toute réparation qu'il obtient²¹² [...]» Pour comprendre ces déclarations, il faut examiner les mesures que les États ont prises en vue de limiter leur pouvoir discrétionnaire.

99. Au début des années 1950, certains États ont commencé à instituer un contrôle judiciaire des indemnités. Les États-Unis, la France et le Royaume-Uni ont mis en place des commissions chargées de répartir les sommes forfaitaires reçues d'États d'Europe de l'Est à titre d'indemnités après la Deuxième Guerre mondiale. Ce phénomène s'explique par le grand nombre des réclamants en concurrence pour obtenir une part des indemnités reçues, qui étaient très inférieures à la valeur totale des biens privés confisqués ou nationalisés. La répartition des indemnités est devenue une tâche particulièrement délicate et il s'est avéré utile de créer des organismes spécialisés à cette fin. Chaque État a conçu un système différent.

a) *États-Unis*

Après la Deuxième Guerre mondiale, plusieurs règlements généraux ont abouti à la création en 1949, en vertu de l'*International Claims Settlement Act* de 1949, de la Commission internationale d'indemnisation chargée de répartir les indemnités forfaitaires reçues en vertu d'accords conclus avec la Yougoslavie puis avec le Panama, et avec d'autres démocraties populaires qui avaient procédé à des nationalisations. La Commission, rebaptisée *Foreign Claims Settlement Commission of the United States* en 1982, a pour fonctions de répartir les fonds reçus de gouvernements étrangers entre les différents requérants, après avoir examiné chacune des réclamations séparément et décidé de leur validité et du montant dû à chacun des requérants en se fondant sur l'accord en question et en appliquant «les principes applicables

²¹¹ Geck, loc. cit., p. 1057.

²¹² García-Amador, Sohn et Baxter, op. cit., p. 151. Dans la *Décision administrative n° V*, le surarbitre de la Commission mixte de réclamations États-Unis-Allemagne, créée conformément à l'accord du 10 août 1922, a déclaré: «Mais lorsqu'une demande est présentée pour le compte d'un ressortissant qualifié et qu'une décision est rendue et un paiement effectué conformément à la demande précise, les fonds ainsi versés ne sont pas des fonds nationaux au sens où le titre de paiement habilite la nation le recevant libre de toute obligation à en informer le particulier requérant, pour le compte duquel la réclamation a été présentée et payée et qui en est le réel propriétaire. On retrouve des déclarations générales et inexacts susceptibles d'être interprétées de cette manière dans des affaires où un paiement ou une somme forfaitaire a été versé à la nation requérante pour plusieurs réclamations qu'elle a présentées et lorsque le tribunal rendant la décision n'a pas décidé de se prononcer sur chacune des réclamations ou d'attribuer un montant déterminé pour chaque demande. On pense qu'il n'existe aucun cas dans lequel, à la suite d'une décision rendue par un tribunal international en faveur d'une nation ayant présenté une réclamation pour le compte d'un ressortissant qualifié, la nation recevant ce paiement a, en l'absence de fraude ou de faute, hésité à informer ledit ressortissant ou ses ayants droit du montant intégral des dommages-intérêts perçus. En ce qui concerne les États-Unis, il semble que le Congrès a traité les fonds versés à la nation à la suite de l'acceptation de réclamations précises comme étant retenus "en dépôt pour le compte de citoyens des États-Unis ou d'autres pays"» [*Décision administrative n° V* (voir *supra* la note 62), p. 152].

du droit international, de la justice et de l'équité²¹³». La Commission est un organe quasi judiciaire. Il ne peut être fait appel de ses décisions. Un crédit est ouvert en permanence pour la distribution des sommes reçues par les États-Unis de gouvernements étrangers. Ainsi, bien que ces sommes appartiennent au Gouvernement des États-Unis, le Congrès prend habituellement les dispositions voulues pour qu'elles soient versées aux particuliers concernés, notamment ceux dont les réclamations sont réglées par des décisions de la Commission spéciale d'indemnisation des États-Unis répartissant les sommes forfaitaires perçues à titre d'indemnité²¹⁴.

b) *Royaume-Uni*²¹⁵

La *British Foreign Compensation Commission* a été créée par le *Foreign Compensation Act* de 1950, en vue de répartir les indemnités reçues en vertu d'accords conclus avec la Pologne, la Tchécoslovaquie et la Yougoslavie. La Commission fonctionne comme un tribunal ordinaire, et applique le droit interne. Le droit applicable est défini dans des ordonnances (*Orders in Council*), qui souvent reprennent les termes de l'accord en question. Ses décisions sont sans appel.

c) *France*²¹⁶

En France, le système fonctionne au cas par cas, une commission chargée de distribuer les indemnités étant créée depuis 1951 pour chacun des accords conclus. Une telle commission a encore été créée en 1998 pour s'occuper des créanciers victimes de la débâcle des emprunts russes émis à l'époque tsariste²¹⁷. Il n'y a pas de droit général d'appel. Bien que cela ne soit pas précisé, les commissions ont tendance à appliquer le droit international, conventionnel et coutumier.

100. Il ne faut pas accorder trop d'importance à ces développements, qui concernent des institutions juridiques nationales²¹⁸, même si certains auteurs soutiennent qu'elles ont eu une incidence sur le droit international²¹⁹.

101. On peut trouver d'autres preuves de l'érosion du pouvoir discrétionnaire de l'État dans les sentences des tribunaux arbitraux, qui prescrivent comment les indemnités doivent être réparties²²⁰. De plus, en 1994, la Cour européenne des droits de l'homme a décidé en l'affaire *Beaumartin c. France*²²¹ qu'un accord international prévoyant des indemnités pouvait créer un droit à indemnisation au profit des personnes lésées.

²¹³ *Restatement of the Law Third* (voir *supra* la note 208), p. 228 et 229, par. 713.

²¹⁴ *Ibid.*, p. 349, par. 902.

²¹⁵ Berlia, «Contribution à l'étude de la nature de la protection diplomatique», p. 66 à 68.

²¹⁶ *Ibid.*

²¹⁷ Carreau, op. cit., p. 484 et 485, par. 1172.

²¹⁸ *Ibid.*, p. 485, par. 1173; opinion de J. Reuben Clark (voir *supra* la note 209), p. 763.

²¹⁹ Voir, par exemple, Berlia, loc. cit., p. 70.

²²⁰ Bollecker-Stern, op. cit., p. 109.

²²¹ Cour européenne des droits de l'homme, *série A: Arrêts et décisions*, vol. 296-B, affaire *Beaumartin c. France*, arrêt du 24 novembre 1994, p. 50. Voir également, pour la jurisprudence de la Cour, Flauss, «Contentieux européen des droits de l'homme et protection diplomatique», p. 829 et 830.

102. Bien que les législations nationales, la jurisprudence et la doctrine révèlent une tendance à limiter le droit absolu de l'État de ne pas reverser aux personnes lésées les sommes perçues à titre d'indemnités, on ne peut guère affirmer qu'il s'agit d'une pratique établie ou qu'une obligation quelconque limite la liberté d'action des États à cet égard. Même si l'intérêt général, l'équité et le respect des droits de l'homme militent en faveur d'une limitation du pouvoir discrétionnaire de l'État en la matière, il n'existe pas de règle du droit international coutumier en ce sens.

103. Il est proposé, dans ces circonstances, de demander à la Commission d'envisager sérieusement d'adopter une disposition sur le sujet dans le cadre du développement progressif du droit. Elle n'a en effet guère fait œuvre de développement progressif dans le présent projet d'articles, et un certain nombre d'États ayant présenté des observations ont critiqué ce dernier précisément pour cette raison. L'adoption d'une disposition sur le sujet permettrait de remédier à l'un des aspects les plus injustes de la protection diplomatique. La Commission est saisie de la proposition suivante:

«1. Lorsqu'il quantifie sa réclamation dans l'exercice de sa protection diplomatique, l'État tient compte des

conséquences matérielles et morales du préjudice subi par le national au bénéfice duquel il exerce cette protection. [À cette fin, il consulte le national lésé.]»

Commentaire: dans une large mesure, cette disposition ne fait que codifier la pratique existante.

«2. Lorsqu'un État reçoit une indemnisation en règlement total ou partiel d'une réclamation relevant de la protection diplomatique, il doit [devrait] remettre la somme reçue au national au nom duquel il a formulé la réclamation [après déduction des frais occasionnés par la formulation de la réclamation].»

Commentaire: la Commission préférera peut-être employer «devrait» au lieu de «doit» au paragraphe 2. Elle mettrait ainsi une obligation imparfaite à la charge des États, ce qui ne serait pas nouveau en droit international. Ainsi, l'article 3 de la Convention sur la haute mer disposait: «Pour jouir des libertés de la mer à l'égal des États riverains de la mer, les États dépourvus de littoral *devraient** accéder librement à la mer.» (L'article 125 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer énonce: «Les États sans littoral *ont** le droit d'accès à la mer et depuis la mer.»)

Annexe

BIBLIOGRAPHIE SUR LA PROTECTION DIPLOMATIQUE
(OUVRAGES ET ARTICLES PARUS APRÈS 2000)

Ouvrages

AMERASINGHE, Chittharanjan Felix

Local Remedies in International Law, 2^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2004.

FLAUSS, Jean-François (dir. publ.)

La protection diplomatique: mutations contemporaines et pratiques nationales, Bruxelles, Bruylant, 2003.

PAULSSON, Jan

Denial of Justice in International Law, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

STOROST, Christian

Diplomatischer Schutz durch EG und EU? Berlin, Duncker & Humblot, 2005.

TIBURCIO, Carmen

The Human Rights of Aliens under International and Comparative Law, La Haye, Martinus Nijhoff, 2001.

Articles

CAFLISCH, Lucius

«La pratique suisse de la protection diplomatique», dans Jean-François Flauss (dir. publ.), *La protection diplomatique: mutations contemporaines et pratiques nationales*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 73 à 86.

CONDORELLI, Luigi

«L'évolution du champ d'application de la protection diplomatique», dans Jean-François Flauss (dir. publ.), *La protection diplomatique: mutations contemporaines et pratiques nationales*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 3 à 28.«La protection diplomatique et l'évolution de son domaine d'application actuelle», *Rivista di diritto internazionale*, vol. LXXXVI (2003), p. 5 à 26.

DEEN-RACSMÁNY, Zsuzsanna

«Diplomatic protection and the *LaGrand* case», *Leiden Journal of International Law*, vol. 15 (2002), p. 87 à 103.

DOMINICÉ, Christian

«La prétention de la personne privée dans le système de la responsabilité internationale des États», *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Naples, Editoriale Scientifica, 2004, p. 729 à 745.«Regard actuel sur la protection diplomatique», *Liber Amicorum Claude Reymond. Autour de l'arbitrage*, Paris, Éditions du Juris-Classeur, 2004, p. 73 à 81.«L'arrêt AVENA et le sort judiciaire des droits individuels», dans Jürgen Bröhmer *et al.* (dir. publ.), *Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte: Festschrift für Georg Ress*, Carl Heymanns, 2005, p. 55 à 62.

DUCHESNE, Matthew S.

«The continuous-nationality-of-claims principle: its historical development and current relevance to investor-State investment disputes», *George Washington International Law Review*, vol. 36, n° 4 (2004), p. 783 à 815.

DUGARD, John

«Diplomatic protection and human rights: the draft articles of the International Law Commission», *Australian Year Book of International Law*, Canberra, vol. 24 (2005), p. 75 à 91.

ERASMUS, Gerhard et Lyle DAVIDSON

«Do South Africans have a right to diplomatic protection?», *South African Yearbook of International Law*, vol. 25 (2000), p. 113 à 130.

FERIA TINTA, Monica

«Due process and the right to life in the context of the Vienna Convention on Consular Relations: arguing the *LaGrand* case», *European Journal of International Law*, vol. 12 (2001), p. 363 à 366.

FERRARI BRAVO, Luigi

«La pratique italienne de la protection diplomatique», dans Jean-François Flauss (dir. publ.), *La protection diplomatique: mutations contemporaines et pratiques nationales*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 87 à 91.

FLAUSS, Jean-François

«Protection diplomatique et protection internationale des droits de l'homme», *Revue suisse de droit international et européen*, vol. 13 (2003), p. 1 à 37.«Vers un *aggiornamento* des conditions d'exercice de la protection diplomatique?», dans Jean-François Flauss (dir. publ.), *La protection diplomatique: mutations contemporaines et pratiques nationales*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 29 à 62.«Contentieux européen des droits de l'homme et protection diplomatique», *Libertés, Justice, Tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, vol. I, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 813 à 838.«Le contentieux des décisions de refus d'exercice de la protection diplomatique: à propos de l'arrêt du Tribunal fédéral suisse du 2 juillet 2004, *Groupement X c. Conseil fédéral* (1^{er} Cour civile)», *Revue générale de droit international public*, vol. CIX (2005), p. 407 à 419.

FORCESE, Craig

«Shelter from the storm: rethinking diplomatic protection of dual nationals in modern international law», *George Washington International Law Review*, vol. 37, n° 2 (2005), p. 469 à 500.

GAJA, Giorgio

«Droits des États et droits des individus dans le cadre de la protection diplomatique», dans Jean-François Flauss (dir. publ.), *La protection diplomatique: mutations contemporaines et pratiques nationales*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 63 à 69.«Is a State specially affected when its nationals' human rights are infringed?», dans Lal Chand Vorah *et al.* (dir. publ.), *Man's Inhumanity to Man: Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese*, La Haye, Kluwer, 2003, p. 373 à 382.

HOPKINS, Kevin

«Diplomatic protection and the South African Constitution: does a South African citizen have an enforceable constitutional claim against the government?», *SA Public Law*, vol. 16, n° 1 et 2 (2001), p. 387 à 395.

IOVANE, Massimo

«The activity of the International Law Commission during its 55th session», *Italian Yearbook of International Law*, vol. XIII (2003), p. 171 à 188.

KOOIJMANS, Pieter H.

«Is the right to diplomatic protection a human right?», *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Naples, Editoriale Scientifica, 2004, p. 1975 à 1984.

KÜNZLI, Annemarieke

«Case concerning Mexican nationals», *Leiden Journal of International Law*, vol. 18 (2005), p. 49 à 64.

«Exercising diplomatic protection: the fine line between litigation, démarches and consular assistance», *Heidelberg Journal of International Law*, vol. 66 (2006), p. 321 à 350.

MALENOVSKY, Jiri

«La pratique de la protection diplomatique dans les P.E.C.O., en République tchèque en particulier», dans Jean-François Flauss (dir. publ.), *La protection diplomatique: mutations contemporaines et pratiques nationales*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 93 à 107.

MILANO, Enrico

«Diplomatic protection and human rights before the International Court of Justice: re-fashioning tradition?», *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. XXXV (2004), p. 85 à 142.

PASTOR RIDRUEJO, José

«La pratique espagnole de la protection diplomatique», dans Jean-François Flauss (dir. publ.), *La protection diplomatique: mutations contemporaines et pratiques nationales*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 109 à 113.

PAULSSON, Jan

«Continuous nationality in *Loewen*», *Arbitration International*, vol. 20, n° 2 (2004), p. 213 à 215.

PELLET, Alain

«“Human rightism” and international law», *Italian Yearbook of International Law*, vol. X (2000), p. 3 à 16.

PINTO, Mónica

«De la protection diplomatique à la protection des droits de l’homme», *Revue générale de droit international public*, vol. CVI (2002), p. 513 à 547.

PUISSOCHET, Jean-Pierre

«La pratique française de la protection diplomatique», dans Jean-François Flauss (dir. publ.), *La protection diplomatique: mutations contemporaines et pratiques nationales*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 115 à 120.

RESS, Georg

«La pratique allemande de la protection diplomatique» dans Jean-François Flauss (dir. publ.), *La protection diplomatique: mutations contemporaines et pratiques nationales*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 121 à 151.

SANTULLI, Carlo

«Travaux de la Commission du droit international», *Annuaire français de droit international*, vol. XLVI (2000), p. 424 à 427; vol. XLVII (2001), p. 369 à 378; vol. XLVIII (2002), p. 561 à 564; vol. XLIX (2003), p. 442 à 446.

«Entre protection diplomatique et action directe: la représentation. Éléments épars du statut international des sujets internes», *Colloque du Mans. Le sujet en droit international*, Paris, Pedone, 2005, p. 85 à 98.

SCHERMERS, Henry G.

«Exhaustion of domestic remedies», dans Nisuke Ando *et al.* (dir. publ.), *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda*, vol. 2, La Haye, Kluwer, 2002, p. 947 à 975.

SPIERMANN, Ole

«The *LaGrand* case and the individual as a subject of international law», *Austrian Journal of Public and International Law*, vol. 58 (2003), p. 197 à 221.

STOROST, Christian

«Der Fall Abbasi: Wegbereiter eines gemeineuropäischen Anspruchs auf diplomatischen Schutz?», *Archiv des Völkerrechts*, vol. 42 (2004), p. 411 à 424.

WARBRICK, Colin et Dominic MCGOLDRICK (dir. publ.)

«Current developments: public international law», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 51, 3^e partie (juillet 2002), p. 723 à 733.

WITTICH, Stephan

«Direct injury and the incidence of the local remedies rule», *Austrian Review of International and European Law*, vol. 5 (2000), p. 121 à 187.

ZIECK, Marjoleine

«Codification of the law on diplomatic protection: the first eight draft articles», *Leiden Journal of International Law*, vol. 14 (2001), p. 209 à 232.