Document:-
A/CN.4/SR.2626

Compte rendu analytique de la 2626e séance

sujet:
Protection diplomatique

Extrait de l'Annuaire de la Commission du droit international:-
2000, vol. I

Telechargé du site Internet de la Commission du Droit International
(http://www.un.org/law/french/ilc/index.htm)

Copyright © Nations Unies

l'article 8 que pour certains de ceux qui le précèdent. M. Kamto est personnellement favorable au maintien de l'idée de lien effectif, parce que l'avancée est suffisamment importante pour qu'on l'entoure d'un certain nombre de précautions. On ne peut pas aussi facilement exercer la protection diplomatique au profit de réfugiés sans prévoir un certain nombre de conditions extrêmement précises, dont le lien effectif. M. Kamto pencherait même pour l'inclusion dans le projet d'articles, ou du moins dans le commentaire, de l'idée exprimée par M. Economides, à savoir qu'il doit s'écouler un certain laps de temps avant que cette protection puisse être exercée. Naturellement, la Commission est consciente de la dimension humanitaire de l'article 8. Mais on ne peut pas au nom précisément de la protection des droits des réfugiés, et donc de la défense du droit humanitaire ou des droits de l'homme, omettre d'établir un certain nombre de conditions, d'autant plus que l'on bouscule ainsi une notion suffisamment établie.

66. Reste la question, plus importante, de savoir si, dans le cas de réfugiés, l'État d'accueil peut exercer la protection diplomatique à l'encontre de l'État de la nationalité du réfugié. Au paragraphe 184 de son rapport, le Rapporteur spécial fait observer à juste titre qu'il ne serait pas bon que l'État d'accueil accorde sa protection diplomatique au réfugié lorsque celui-ci a fui pour éviter les persécutions. De l'avis de M. Kamto, l'idée que, quelles que soient les circonstances envisagées, l'État d'accueil ne peut pas exercer sa protection diplomatique au profit d'un réfugié à l'encontre de l'État de la nationalité du réfugié devrait figurer non seulement dans le commentaire mais aussi dans l'article 8 lui-même. Cela dit, il se pose alors la question de l'objet de la protection diplomatique, et M. Kamto a du mal à imaginer en pareil cas que la protection diplomatique puisse être exercée à l'encontre d'un État autre que l'État de la nationalité, c'est-à-dire l'État que le réfugié a fui – à moins que l'on considère que le réfugié en question est par exemple un homme d'affaires qui pourrait exercer partout dans le monde à partir de l'État d'accueil. D'une part, la situation des réfugiés est généralement réputée temporaire et, d'autre part, les réfugiés sont soumis à un certain nombre de restrictions qui ne leur permettent pas de travailler ailleurs ou de bénéficier d'une telle protection. De ce fait, bien que l'idée constitue sans aucun doute une avancée juridique, il faudrait mieux l'illustrer et, si elle devait être conservée, faire ressortir clairement de l'article 8 que cette protection ne peut être exercée à l'encontre de l'État de la nationalité du réfugié.

67. M. LUKASHUK dit qu'il a des doutes sur un point. Les bénéficiaires de la protection diplomatique sont des individus; or le projet d'articles ne fait pas mention des droits de l'individu. Lorsqu'un individu réside dans un autre État, c'est lui qui décide lequel de ses deux passeports il présentera. Autrement dit, il détermine déjà son statut. A-t-il le droit de le faire ? L'individu a-t-il le droit de refuser la protection diplomatique d'un État donné ? M. Lukashuk n'en est pas certain, mais il lui semble qu'il faudrait prêter attention aux droits de l'individu.

La séance est levée à 12 h 45.

2626e SÉANCE

Mercredi 24 mai 2000, à 10 heures

Président : M. Chusei YAMADA

Présents : M. Al-Baharna, M. Baena Soares, M. Candioti, M. Crawford, M. Dugard, M. Economides, M. Gaja, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Herdocia Sacasa, M. Kabatsi, M. Kamto, M. Kateka, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Momtaz, M. Pambou-Tchivounda, M. Sreenivasa Rao, M. Rosenstock, M. Sepúlveda, M. Simma, M. Tomka.

Protection diplomatique *(suite)* [A/CN.4/506 et Add.1[1]]

[Point 6 de l'ordre du jour]

PREMIER RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL *(suite)*

1. M. GALICKI note que, dans son premier rapport (A/CN.4/506 et Add.1), le Rapporteur spécial fait reposer le droit de l'État d'exercer sa protection diplomatique sur le lien de nationalité entre l'individu lésé et l'État. Cette conception semble justifiée, puisqu'elle rend compte de manière assez claire et dans une grande mesure exhaustive de l'effet de l'institution de la nationalité des individus sur la portée et l'étendue concrète de la protection diplomatique.

2. À l'article 5, le Rapporteur spécial définit, aux fins de la protection diplomatique, le sens de l'expression « État de nationalité » en relation directe avec les modes d'acquisition de sa nationalité par l'individu objet de la protection. Trois modes d'acquisition sont mentionnés, à savoir la naissance, l'ascendance et la naturalisation de bonne foi, dont le Rapporteur spécial indique au paragraphe 101 de son rapport qu'il s'agit de « liens généralement reconnus par le droit international ». Il a été proposé lors du débat de faire figurer à l'article 5 d'autres facteurs de rattachement reconnus par le droit international général, par exemple la résidence habituelle, mais M. Galicki estime qu'il ne faut pas ajouter d'autres liens à ceux énumérés à l'article 5. En réalité, il y a beaucoup d'autres modes d'acquisition de la nationalité. Cela est particulièrement vrai de la naturalisation, à propos de laquelle la doctrine distingue entre naturalisation involontaire et naturalisation volontaire, et selon que la nationalité a été acquise par adoption, légitimation, reconnaissance, mariage ou autrement. La naturalisation elle-même, même limitée par le Rapporteur spécial à la naturalisation de bonne foi, demeure une notion très large, qui revêt des

[1] Reproduit dans *Annuaire... 2000*, vol. II (1re partie).

formes différentes en fonction de différents motifs. Parmi ces derniers, la résidence habituelle joue souvent un rôle important, bien que généralement associé à d'autres facteurs de rattachement. Par exemple, dans la Convention européenne sur la nationalité, au paragraphe 4 de l'article 6, qui concerne les catégories de personnes auxquelles les États parties facilitent dans leur droit interne l'acquisition de leur nationalité, trois des catégories sur les sept mentionnées sont liées à la résidence légale et habituelle. Toutefois, pour M. Galicki, si l'on met de côté la situation exceptionnelle prévue au projet d'article 8, en aucun cas la résidence habituelle ne peut remplacer le lien de nationalité comme facteur de rattachement nécessaire de la personne lésée à un État habilité à exercer à son profit la protection diplomatique.

3. Pour ce qui est du terme « naturalisation », le Rapporteur spécial utilise un qualificatif précis, à savoir « de bonne foi ». Comme l'a fait observer M. Simma à la séance précédente, l'expression « de bonne foi » doit être examinée plus avant. Le Rapporteur spécial lui-même admet que le droit international ne reconnaît pas la naturalisation dans toutes les circonstances. Il donne des exemples de naturalisations frauduleuses et de naturalisations conférées de manière discriminatoire, de naturalisations forcées et de naturalisations en l'absence de tout lien quel qu'il soit. Ces exemples de naturalisations « de mauvaise foi » n'épuisent pas bien entendu la liste des situations dans lesquelles le refus de reconnaître la naturalisation peut être justifié. Un tel refus peut tenir à la mauvaise foi de l'État concerné ou à celle de l'individu en cause. Par exemple, la Convention européenne sur la nationalité prévoit même, en son article 7 (par. 1, al. *b*), la perte de la nationalité en cas d'« acquisition de la nationalité de l'État partie à la suite d'une conduite frauduleuse, par fausse information ou par dissimulation d'un fait pertinent de la part du requérant ». Toutefois, bien qu'une naturalisation de mauvaise foi soit possible, il est à noter que, comme indiqué au paragraphe 105 du rapport, « on présume néanmoins que l'État est de bonne foi ». Il semble à cet égard qu'il n'y ait pas vraiment de raison de limiter cette présomption de bonne foi exclusivement aux États et qu'elle devrait s'étendre aux individus.

4. Bien que l'exigence de la bonne foi ne figure à l'article 5 qu'en ce qui concerne la naturalisation, M. Galicki peut difficilement souscrire à l'opinion exprimée par M. Momtaz, à savoir qu'il est impossible de contester la nationalité acquise sur la base du *jus soli* ou du *jus sanguinis*. Si tel était le cas, la raison d'être de l'article 6 serait sérieusement compromise. On se souviendra que, là encore, l'article 7 (par. 1, al. *e*) de la Convention européenne sur la nationalité prévoit la possibilité de perte de la nationalité en cas d'« absence de tout lien effectif entre l'État partie et un ressortissant qui réside habituellement à l'étranger ».

5. Pour conclure sur l'article 5, M. Galicki dit que la proposition faite par M. Kamto d'abréger cet article afin qu'il se termine après le mot « nationalité » et ne mentionne pas de modes d'acquisition de la nationalité n'est pas sans mérite. Compte tenu des divergences d'opinion exprimées lors du débat au cours duquel l'absence de certains modes d'acquisition de la nationalité – comme, par exemple, le rapatriement – a été critiquée, cette solution de compromis semble la meilleure. Un libellé plus concis et condensé de l'article 5 suffirait pour exprimer le lien nécessaire entre la nationalité de l'individu lésé et le droit de l'État de la nationalité d'exercer sa protection diplomatique au profit de cet individu.

6. En ce qui concerne l'article 6, qui traite du problème beaucoup plus complexe de la pluralité de nationalités au regard du droit d'exercer la protection diplomatique, le Rapporteur spécial est prêt à reconnaître à un État dont la personne lésée a la nationalité le droit d'exercer sa protection diplomatique à l'encontre d'un autre État dont cette personne a aussi la nationalité. La condition à remplir à cette fin est que la nationalité de l'État qui exerce la protection doit être la nationalité dominante ou effective. Il n'a pas été facile de parvenir à cette conclusion, car le point de départ de l'analyse, l'article 4 de la Convention de La Haye de 1930, est assez décourageant en ce qu'il dispose : « Un État ne peut exercer sa protection diplomatique au profit d'un de ses nationaux à l'encontre d'un État dont celui-ci est aussi le national ». Même aujourd'hui, ce principe conserve des partisans.

7. Néanmoins, comme l'a montré le Rapporteur spécial, en même temps que le principe de la nationalité dominante ou effective voyait le jour, l'approche de la question de l'exercice de la protection diplomatique au profit de personnes ayant une double nationalité ou une pluralité de nationalités a considérablement évolué. Le Rapporteur spécial donne beaucoup d'exemples, principalement des décisions judiciaires, qui vont de l'affaire *Nottebohm* à la jurisprudence du Tribunal du contentieux entre les États-Unis et l'Iran, d'application du principe de la nationalité dominante ou effective dans des cas de double nationalité. Il en conclut, au paragraphe 160 de son rapport, que « le principe contenu à l'article 6 rend correctement compte de l'état actuel du droit international coutumier et est conforme à l'évolution du droit international relatif aux droits de l'homme, qui accorde une protection juridique même à l'encontre de l'État dont les intéressés sont ressortissants ». La situation semble cependant n'être pas aussi simple. Premièrement, « l'évolution du droit international des droits de l'homme » a exclusivement son origine, jusqu'à présent, dans des dispositions conventionnelles, et elle est limitée puisque seuls sont concernés les États qui sont liés par ces dispositions et les droits et libertés qu'elles énoncent. En outre, le Rapporteur spécial admet honnêtement au paragraphe 146 de son rapport que les juristes sont divisés quant à l'applicabilité du principe de la nationalité dominante. Il donne beaucoup d'exemples, tirés de la pratique, d'États refusant d'exercer leur protection diplomatique au profit de leurs nationaux à l'encontre d'un autre État dont ceux-ci ont aussi la nationalité, et cite l'avis consultatif rendu par la CIJ dans l'affaire de la *Réparation*, dans lequel la pratique des États consistant à ne pas protéger leurs nationaux contre un autre État de nationalité est qualifiée de « pratique généralement suivie » [voir p. 16].

8. Le Rapporteur spécial indique que la Convention européenne sur la nationalité ne prend pas parti sur cette question. Cela est exact, mais il faut savoir que le projet de convention tel qu'il était rédigé en 1995 contenait une disposition spéciale prévoyant la possibilité pour l'État de nationalité d'exercer sa protection diplomatique au profit d'une personne donnée à l'encontre d'un autre État dont la même personne avait aussi la nationalité pour des motifs humanitaires ou des motifs similaires. Toutefois,

devant les vives critiques et l'opposition vigoureuse exprimées par de nombreux États, y compris la Pologne, cette disposition a été finalement supprimée du texte final de la Convention. Il faut aussi se souvenir que, bien que la pluralité de nationalités soit aujourd'hui mieux tolérée par les États qu'il y a 30 ou 50 ans, beaucoup d'États consacrent néanmoins dans leur droit interne la règle exprimée à l'article 3 de la Convention de La Haye de 1930, à savoir qu'« un individu possédant deux ou plusieurs nationalités pourra être considéré, par chacun des États dont il a la nationalité, comme son ressortissant », et il semble que même aujourd'hui les États ne soient pas vraiment désireux de renoncer à ce droit.

9. Pour conclure ses observations concernant l'article 6, M. Galicki dit qu'il lui semble nécessaire de souligner que l'application du principe de la nationalité dominante ou effective peut être applicable dans les cas de double nationalité lorsque la protection diplomatique est exercée par l'un des États dont la personne concernée a la nationalité à l'encontre d'un État tiers. Toutefois, s'agissant de l'application de ce principe contre un autre État dont l'intéressé a aussi la nationalité, il semble que la codification d'une telle règle n'est pas suffisamment justifiée par l'état actuel du droit international coutumier. D'autre part, si l'on veut envisager le projet d'article 6 dans le cadre du développement progressif du droit international, il semble alors que la possibilité pour un État de nationalité d'exercer sa protection diplomatique à l'encontre d'un autre État de nationalité devrait être fonction non du critère de la nationalité dominante, qui serait celle de l'État qui veut exercer sa protection, mais plutôt de l'absence de lien authentique et effectif entre l'intéressé et l'autre État dont il a la nationalité.

10. Pour ce qui est de l'article 7, qui concerne la protection diplomatique exercée au profit d'une personne ayant une double nationalité ou une pluralité de nationalités à l'encontre d'États tiers, M. Galicki dit qu'il le laisse quelque peu perplexe. En effet, le Rapporteur spécial semble rejeter dans cet article le principe de la nationalité dominante ou effective qu'il s'est efforcé d'appliquer dans l'article 6. Au paragraphe 173 de son rapport, il reconnaît que l'État requis a le droit d'émettre des objections lorsque la nationalité de l'État requérant a été acquise de mauvaise foi. Pour M. Galicki, ce lien de la nationalité acquise de bonne foi ne saurait remplacer totalement le principe de la nationalité dominante ou effective tel que celui-ci est formulé à l'article 5 de la Convention de la Haye de 1930 et confirmé par une jurisprudence postérieure, y compris l'arrêt de la CIJ dans l'affaire *Nottebohm*. Bien entendu, le problème se pose de savoir s'il faut donner à la notion de bonne foi une interprétation large ou restrictive. Par exemple, nécessite-t-elle un lien effectif ? Dans le texte même de l'article 7, le Rapporteur spécial adopte une approche purement formelle de la nationalité, sans se préoccuper de l'existence d'un lien effectif entre la personne concernée et les États en cause. Sur ce point, M. Galicki estime que, si l'on peut laisser de côté le principe de la nationalité dominante, il faudrait néanmoins insérer à l'article 7 une disposition de sauvegarde empêchant que cet article puisse être utilisé par les États pour exercer leur protection diplomatique au profit d'une personne ayant plusieurs nationalités en l'absence de lien effectif avec cette personne.

11. Enfin, M. Galicki appuie pleinement l'article 8 proposé qui, comme l'ont fait observer de nombreux membres de la Commission, a deux mérites incontestables. Premièrement, il reflète la tendance des normes juridiques internationales à s'humaniser et à tenir compte du facteur humanitaire. Deuxièmement, il montre de manière exemplaire comment la Commission peut le moment venu et dans un domaine approprié s'acquitter d'une de ses fonctions majeures, à savoir développer progressivement le droit international. Cet article 8 devra certes être affiné, mais cela n'enlève rien à sa valeur.

12. M. KABATSI, après avoir rendu hommage à l'énorme travail, dont atteste le nombre de décisions de jurisprudence et d'ouvrages cités en notes, qu'a accompli le Rapporteur spécial pour élaborer les projets d'articles qu'il propose, dit que, d'une manière générale, l'article 5 ne lui pose pas de problème, même s'il estime que le Rapporteur spécial a pris des risques inutiles et s'expose à des critiques en développant trop la notion de nationalité. En effet, il n'est pas nécessaire de savoir comment la nationalité a été acquise ni de se pencher sur sa validité aux fins de l'article 5. L'article 5 fait naturellement suite à l'article premier sur le champ d'application de la protection diplomatique et à l'article 3 sur le droit de l'État d'exercer la protection diplomatique au profit de ses nationaux. Il n'est pas contesté que, sous réserve des limites fixées par le droit international, il appartient à chaque État de déterminer qui sont ses nationaux en vertu de son droit interne. Normalement, on présume toujours, lorsqu'un État déclare qu'un individu a sa nationalité, que cet individu a bien la nationalité de cet État. Cela signifie que l'État n'a pas à prouver que cette nationalité est valide pour exercer sa protection diplomatique. C'est à l'État requis, comme l'indique le Rapporteur spécial au paragraphe 118 de son rapport, de prouver que la nationalité n'est pas valide pour des raisons comme celles indiquées au paragraphe 104 du rapport, auxquelles on peut ajouter la naturalisation en violation des dispositions du droit interne de l'État requérant. Si le principe énoncé à l'article 5 est qu'aux fins de la protection diplomatique des personnes physiques l'État de la nationalité est l'État dont l'individu objet de la protection a la nationalité, pourquoi y porter atteinte en indiquant les circonstances dans lesquelles la validité de la nationalité peut être contestée ? Il semble qu'on s'aventure là dans le domaine des règles primaires alors que le sujet est censé relever des règles secondaires. Sur ce point, M. Kabatsi pense, comme certains membres de la Commission, qu'il ne faut pas mentionner les modes d'acquisition de la nationalité à l'article 5.

13. En ce qui concerne l'article 6, M. Kabatsi est satisfait du texte proposé, malgré le principe traditionnel de non-responsabilité de l'État vis-à-vis de ses nationaux, pour les raisons données par le Rapporteur spécial dans son rapport. Même si, comme ce dernier l'indique au paragraphe 153, la détermination de la nationalité effective ou dominante peut poser problème, cette détermination n'en est pas moins possible. En pratique, entre deux États dont l'individu concerné est le national, la question de la nationalité effective ou dominante l'emportera si l'appréciation de la force respective des liens est manifestement en faveur de l'État qui revendique l'individu comme son national. Ainsi qu'il ressort du paragraphe 158 du rapport, ce n'est pas une question qui doit être

réglée, positivement ou négativement. Tout doute concernant l'existence d'un lien de nationalité effective ou dominante entre l'État requérant et l'État requis doit être tranché en faveur de l'État requis. Il s'agit d'une disposition très utile *de lege ferenda* et M. Kabatsi y est favorable.

14. Il approuve également le projet d'article 7, qui ne lui pose aucun problème, ainsi que le projet d'article 8, ce d'autant plus que l'ancien article 4 a été supprimé, une suppression qu'il a approuvée en son temps. Il n'approuverait pas l'article 8 si la protection diplomatique devait être considérée comme un droit de l'individu opposable à l'État qui le protège, car il imposerait alors une obligation supplémentaire aux États d'asile ou d'accueil s'agissant des réfugiés et apatrides. Mais, comme l'exercice de la protection diplomatique relève du pouvoir discrétionnaire de l'État, cette disposition n'impose pas de charge supplémentaire à l'État vis-à-vis des réfugiés et apatrides pouvant se trouver sur son territoire. Il s'agit d'une disposition relevant des droits de l'homme qui est utile en ce qu'elle prévoit une protection pour des personnes qui, de toute façon, sont en situation précaire. Il est très tentant de rejeter ce projet d'article au motif qu'il ne relèverait pas du sujet tel que celui-ci est circonscrit aux articles 1 et 3, et peut-être 5, mais puisqu'il trouve des appuis en doctrine et dans certaines conventions et répond à des motifs humanitaires, il consacre un développement progressif du droit qui est justifié. Il y a probablement une troisième catégorie de personnes qui pourraient être protégées au titre de cet article, en particulier si le principe de la résidence habituelle défendu par certains en ce qui concerne l'article 5 est acceptable, à savoir les personnes qui ne sont ni des réfugiés ni des apatrides proprement dit mais sont des résidents habituels, ayant éventuellement le statut de résident permanent, de l'État d'accueil. Cet État devrait pouvoir exercer sa protection diplomatique à leur profit, spécialement lorsque, pour diverses raisons, l'État de leur nationalité nominale n'est pas en mesure de le faire, ce bien entendu à l'encontre des États tiers. Peut-être serait-ce pousser trop loin le développement progressif du droit, mais cela vaut la peine d'y réfléchir.

15. M. KATEKA déclare faire sienne la philosophie sous-jacente à l'article 5, qui repose sur une application libérale, dans l'intérêt des individus, du principe du lien effectif énoncé dans l'affaire *Nottebohm.* Il reste qu'il faudrait se garder de toute disposition ouverte qui risquerait de prêter à des interprétations erronées, et poser au contraire des critères précis, en évitant par exemple celui, vague, de « tout autre lien de rattachement reconnu par le droit international ». Quant au critère de la « résidence habituelle » que certains membres de la Commission suggèrent d'ajouter, il ne serait pertinent que si la résidence habituelle résulte du libre choix et de la volonté de l'intéressé. Or, tel n'est pas toujours le cas, et la Commission se doit d'agir là avec circonspection.

16. L'article 6 codifie le principe de la nationalité dominante ou effective dans les cas de dualité ou de pluralité de nationalités. Il s'agit d'un principe controversé qui divise les publicistes et les tribunaux internationaux. Le fait que l'État de la nationalité active puisse exercer sa protection diplomatique à l'encontre de l'État de la nationalité inactive saperait le principe de l'égalité des États. Il conviendrait donc de revoir l'article 6 afin d'éviter tout litige entre États dont l'intéressé est un national.

17. L'article 8 relève du développement progressif du droit international et assurément s'écarte de la sagesse traditionnelle qui réserve l'exercice de la protection diplomatique à l'État de nationalité. La question a été posée à ce propos de savoir si une personne qui satisfait au critère de la résidence habituelle pourrait bénéficier de la protection diplomatique. La réponse donnée a été que, si l'intéressé est un apatride ou un réfugié, il revient au pays d'accueil d'exercer cette protection. Mais, dans la réalité, ce n'est pas aussi simple. Par exemple, la République-Unie de Tanzanie a accueilli près d'un million de réfugiés venus de pays voisins. Certains de ces réfugiés y résident depuis plus de 30 ans, tout en conservant, du point de vue technique, la nationalité de leur pays d'origine, même s'ils n'ont plus de contact d'ordre pratique avec lui. Le HCR assure leur protection, au sens de la Convention relative au statut des réfugiés. Si l'article 8 était adopté tel que proposé, la République-Unie de Tanzanie serait appelée à exercer sa protection diplomatique en faveur de réfugiés qui ont leur résidence habituelle sur son territoire. Il est tout à fait légitime de se demander en l'occurrence si le pays d'accueil doit supporter cette charge supplémentaire, lui qui souffre déjà du manque d'assistance de la part de la communauté internationale. M. Kateka ne souscrit pas à l'argument selon lequel l'article 8 prévoit que l'exercice de la protection diplomatique est laissé à la discrétion de l'État. De même, l'idée émise qu'un État tiers pourrait exercer au profit de réfugiés et d'apatrides sa protection diplomatique à l'encontre de l'État d'accueil en cas de fait internationalement illicite va, à son avis, beaucoup trop loin. Si jamais il y a violation par ce dernier d'une obligation *erga omnes*, c'est au HCR, en tant que puissance « protectrice », qu'il reviendrait de régler le problème avec le gouvernement du pays considéré. De fait, si une organisation internationale peut exercer une protection fonctionnelle en faveur de son personnel, il n'y a aucune raison pour que l'ONU ou le HCR ne puisse le faire à l'égard des réfugiés qui sont sous leur « protection ». Cela allégerait le fardeau des États d'accueil, qui sont pour la plupart des pays en développement et qui doivent faire face à des problèmes aigus qui touchent non seulement à la vie économique, mais encore à l'environnement et à l'ordre public. Aussi M. Kateka prie-t-il instamment la Commission de faire preuve sur ce point de prudence.

18. M. HAFNER déclare souscrire en général à la démarche adoptée par le Rapporteur spécial pour couvrir les situations visées dans les articles 5 à 8 qu'il propose.

19. L'article 5, outre qu'il appelle sans doute des modifications de forme, pose un autre problème, déjà évoqué : celui de la « naturalisation de bonne foi ». Le critère de bonne foi est un critère subjectif, extrêmement difficile à appliquer. Il ne convient certainement pas dans le présent contexte, pas plus que la notion de nationalité effective, qui restreindrait le droit d'un État d'exercer sa protection diplomatique – ce qui serait contraire à l'objectif recherché, à savoir l'intérêt bien compris des personnes concernées. C'est pourquoi M. Hafner se rallierait volontiers à la proposition de M. Kamto tendant à supprimer à l'article 5 les mots « par sa naissance, son ascendance ou par une naturalisation de bonne foi ». Mais, à titre de compromis entre la position de M. Kamto et celle du Rapporteur spécial, il suggère de conserver les critères utiles du *jus soli* et du *jus sanguinis*, et aussi celui de la naturalisation

assorti de la clause « conformément au droit international » – étant entendu que la naturalisation recouvre tous les autres modes d'acquisition de la nationalité autres que les deux premiers cités.

20. L'article 6 concerne un cas particulier dans le contexte de la disposition de l'article 7, et devrait donc suivre celui-ci au lieu de le précéder. Il soulève un problème de forme, qui tient à l'absence de définition du mot « préjudice », auquel le Comité de rédaction devra probablement s'attaquer. Face à la mondialisation et à la libre circulation des personnes à travers les frontières, il importe de définir avec précision les conditions dans lesquelles le droit visé dans cet article peut être exercé. Deux critères sont envisagés, celui de la nationalité dominante et celui de la nationalité effective. La question est de savoir s'ils sont différents ou synonymes. La jurisprudence semble partir de l'hypothèse qu'ils sont équivalents. Mais si, comme il a été proposé, la conjonction « et » est incorporée entre les adjectifs « dominante » et « effective », cela signifierait que la notion de nationalité dominante est différente de celle de nationalité effective. Cela irait à l'encontre de la jurisprudence et altérerait le droit d'un État d'exercer sa protection diplomatique. Personnellement, M. Hafner préfère la notion de nationalité dominante, car elle suppose que l'un des deux liens de nationalité est plus puissant que l'autre. En revanche, l'expression « nationalité effective » donne à penser qu'aucun des liens de nationalité ne suffirait à asseoir le droit d'un État d'exercer sa protection diplomatique, puisque aussi bien l'on pourrait soutenir, dans le cas d'une personne possédant deux nationalités par exemple, qu'aucun des liens de nationalité n'est effectif. Il s'ensuivrait alors qu'aucun État ne pourrait exercer sa protection diplomatique.

21. Passant à l'article 7, M. Hafner note que le paragraphe 1 ne fait que reprendre la teneur de l'article 5 et qu'il n'apporte rien de plus. Quant au paragraphe 2, il soulève la question de savoir non seulement s'il est des cas dans lesquels il peut s'appliquer dans la pratique mais aussi s'il existe un lien entre ces exercices de la protection diplomatique. Par exemple, si un État de nationalité renonce à exercer sa protection diplomatique ou s'il se satisfait de la réponse de l'État requis, cela a-t-il un effet sur l'autre ou les autres États de nationalité susceptibles d'exercer leur protection diplomatique ? La protection diplomatique ne se prête pas à un exercice conjoint, et il n'est pas vraiment nécessaire de prévoir ce cas particulier.

22. En ce qui concerne la règle énoncée à l'article 8, M. Hafner convient qu'elle relève du développement progressif du droit international et souscrit à l'objectif qu'elle vise. Il reste que le problème est épineux et qu'il faudrait, pour plus de commodité, distinguer le cas des apatrides de celui des réfugiés – qui sont deux cas différents. S'agissant des réfugiés, par exemple la condition posée, à savoir la résidence légale sur le territoire de l'État requérant, est-elle pertinente ? M. Hafner pense, à l'instar d'autres membres de la Commission, que c'est l'État qui a octroyé le statut de réfugié qui devrait être habilité à exercer sa protection diplomatique, et non l'État de résidence. En effet, à supposer qu'un État membre de l'Union européenne, conformément à la politique générale suivie par celle-ci, accorde le droit d'asile à une personne ou lui reconnaît le statut de réfugié, cette personne jouirait du droit de résider légalement dans un autre pays de l'Union européenne. Point n'est besoin en ce cas de transférer à l'État où l'intéressé a sa résidence légale le droit d'exercer sa protection diplomatique : celle-ci devrait l'être par l'État qui a reconnu à l'intéressé le statut de réfugié. Il en irait bien sûr différemment si le critère du lien dominant ou du lien effectif venait s'ajouter, à titre de critère supplétif, à celui de la résidence habituelle légale. En effet, il peut se trouver – et cela s'est produit – que des personnes installées dans un autre pays où elles ont acquis le statut de réfugié retournent dans leur pays d'origine une fois la situation dans celui-ci assainie. Dans ce cas, c'est l'État d'origine qui seul devrait être habilité à exercer sa protection diplomatique. Ce problème doit être envisagé dans le cadre du projet d'articles dans une disposition distincte. Enfin, il faudrait également envisager le cas où le réfugié a subi un dommage avant de quitter son pays d'origine.

23. M. SIMMA, se référant à l'analyse de M. Hafner concernant l'article 8 et à l'hypothèse qu'il a avancée, fait observer qu'il est très fréquent qu'une personne ayant acquis le statut de réfugié dans le premier pays membre de l'Union européenne dans lequel elle est entrée s'installe dans un autre pays membre et y réside pendant de longues années. Au cas où elle aurait besoin d'une protection diplomatique, le droit de l'exercer devrait-il être limité, comme M. Hafner le suggère, au pays sur le territoire duquel elle est entrée en premier, pays avec lequel elle n'aurait peut-être plus de lien effectif ?

24. M. HAFNER convient qu'il serait certes raisonnable que, dans le cas évoqué par M. Simma, ce soit l'État de la résidence légale qui soit habilité à exercer sa protection diplomatique. Mais le problème est de déterminer le moment à partir duquel ce droit devrait lui être reconnu : de combien d'années de résidence le réfugié devrait-il justifier pour que l'État de résidence ait précisément le droit d'exercer à son endroit sa protection diplomatique ? Le problème est insurmontable, et c'est ce qui a amené M. Hafner à envisager d'octroyer le droit d'exercer la protection diplomatique à l'État qui a accordé le statut de réfugié, par analogie avec l'État de nationalité. Il est entendu que ce droit est seulement un droit, et non une obligation. L'État en question peut toujours refuser de l'exercer au cas où cela constituerait une charge pour lui, au sens où M. Kateka l'a expliqué.

25. M. KUSUMA-ATMADJA se demande à son tour si le sujet à l'étude est bien celui de la protection diplomatique ou celui de la nationalité, qu'il s'agisse de nationalité unique, de double nationalité ou encore de pluralité de nationalités.

26. En l'occurrence, le problème, s'il est peut-être facile de le résoudre dans un cadre régional bien intégré comme celui de l'Union européenne, par exemple, l'est moins dans un cadre régional faiblement intégré comme celui de l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est, et encore moins à l'échelle mondiale dans le cadre d'une communauté internationale faite d'États souverains. La solution consisterait peut-être, comme déjà proposé, à circonscrire soigneusement le champ d'application de la protection diplomatique, en se fondant sur la théorie classique du droit de la nationalité.

27. M. Kusuma-Atmadja se déclare persuadé que le Rapporteur spécial prendra, à l'occasion de ses travaux futurs, dûment note des observations faites.

28. M. KAMTO dit que le compromis proposé à l'article 5 est surprenant car on ne voit pas pourquoi il faudrait y indiquer certains modes d'acquisition de la nationalité et pas d'autres. Il serait donc préférable de supprimer le membre de phrase « par sa naissance, son ascendance ou par une naturalisation de bonne foi », et de le remplacer par la formule proposée par M. Hafner avec l'ajout des mots « conformément au droit international ».

29. En ce qui concerne le projet d'article 8, M. Hafner a eu raison de dire, comme d'autres membres, qu'il fallait distinguer la question des apatrides de celle des réfugiés. Mais l'exemple de l'Union européenne qu'il a donné n'est guère convaincant dans la mesure où les règles qui y régissent la circulation des personnes ne sont plus les mêmes que dans le reste du monde. N'importe quel pays membre de l'Union européenne où résiderait un titulaire d'un passeport d'un État Schengen ayant le statut de réfugié au sens de la Convention relative au statut des réfugiés pourrait accorder à celui-ci la protection diplomatique. En revanche, la proposition selon laquelle l'État qui a accordé le statut de réfugié serait habilité à offrir la protection diplomatique semble bonne dans la mesure où, au moins, cette proposition créerait un lien qui ne serait pas seulement factuel mais aussi juridique. L'État en question aurait ainsi entendu reconnaître un statut spécifique aux réfugiés.

30. Enfin, M. Kamto partage la préoccupation légitime exprimée par M. Kateka dans ses dernières observations au sujet des pays qui accueillent beaucoup de réfugiés. La bonne réponse juridique serait de stipuler que la protection diplomatique n'est pas une obligation internationale mais un droit subjectif de l'État, que celui-ci est libre d'exercer ou non.

31. M. CRAWFORD fait observer que, dans le cadre de la protection fonctionnelle, il semble raisonnable d'accorder ou de reconnaître à un État qui a octroyé le statut de réfugié le droit d'exercer la protection diplomatique au regard des pertes subies après l'octroi de ce statut. Cette restriction lui paraît intrinsèque au débat; cela signifie que, s'agissant d'événements antérieurs à l'octroi du statut, la protection diplomatique serait totalement exclue. Et pourtant, au risque de paraître rétrograde, il éprouve une certaine réticence à aller même jusque-là.

32. En effet, dans le domaine de la protection des réfugiés, le mieux peut être l'ennemi du bien. Si un État en arrivait à penser qu'accorder le statut de réfugié est une sorte de premier pas vers l'octroi de la nationalité et que tout exercice de la protection diplomatique revient en fait à déclarer à l'individu concerné que l'octroi du statut de réfugié entraîne celui de la nationalité, cela aurait un nouvel effet dissuasif sur l'octroi du statut de réfugié. Or, pour M. Crawford, le statut de réfugié au sens classique du terme est une arme extrêmement importante dans la protection des individus contre la persécution ou une crainte fondée de persécution. Si la Commission chargeait trop la barque, les graves difficultés que l'on éprouve déjà à maintenir le système classique risqueraient de devenir pires encore.

33. M. GAJA, à propos du projet d'article 6, se range parmi les membres qui préfèrent le mot « dominante » au mot « effective » car il s'agit ici de comparer les liens respectifs qu'entretient un individu avec tel ou tel État. Pour autant, les raisons qui ont été données de ce choix ne lui paraissent pas entièrement acceptables. La nationalité acquise par la naissance peut très bien être la nationalité effective. Tout dépend du sens que l'on donne au mot « effective ». Le sentiment dominant des membres, semble-t-il, est qu'on devrait l'utiliser dans un sens qui ne permettrait à l'État de nationalité d'exercer la protection diplomatique que dans des cas extrêmes.

34. Le Rapporteur spécial et M. Hafner sont enclins à donner le sens le plus large possible à la notion de protection diplomatique parce que cela répond à l'intérêt de l'individu. Il convient d'éclaircir le champ d'application du projet d'articles, qui n'a pas encore été défini. Il s'agit de savoir si la protection diplomatique s'inscrit seulement dans le cadre des règles relatives au traitement des étrangers ou si elle englobe aussi la protection des droits de l'homme en général et, dans ce dernier cas, si pour exercer cette protection l'État de nationalité a la possibilité de faire valoir des réclamations que d'autres États ne sont pas habilités à présenter. C'est là le fond de la question. Dans la négative, le lien de nationalité perd tout son sens et l'on n'a pas besoin d'élargir la notion de protection diplomatique. Dans l'affirmative, on revient à la situation d'avant la seconde guerre mondiale, lorsque les États ne visaient qu'à protéger les droits de leurs ressortissants.

35. M. SIMMA, se référant aux observations formulées sur le projet d'article 8, où l'on distingue les tenants de l'interprétation selon laquelle la protection diplomatique est un pouvoir discrétionnaire et non une obligation de l'État et ceux qui voient se dessiner dans les débats une tendance à transformer un droit de l'État en un droit de l'individu, estime qu'un équilibre doit être trouvé entre les travaux concernant la protection diplomatique et ceux touchant la responsabilité des États. La défense des droits individuels peut en effet être envisagée dans le cadre du sujet de la responsabilité des États.

36. S'agissant du projet d'article 5, la proposition de M. Kamto de mettre un point après les mots « a acquis la nationalité » semble rencontrer l'agrément de nombreux membres. Cependant, l'expression « conformément au droit international », qu'il est aussi proposé d'ajouter, est toujours associée, dans la pratique de la Commission, à quelque chose que font les États. Ainsi, dans le cadre des travaux sur la nationalité en relation avec la succession d'États, on a dit que les États peuvent octroyer la nationalité « conformément au droit international »[2]. En déclarant qu'un individu acquiert une nationalité « conformément au droit international », on risque de donner l'impression qu'en choisissant la mauvaise nationalité cet individu pourrait enfreindre le droit international. Il faut donc se montrer très prudent dans le choix des termes employés.

37. M. ECONOMIDES estime qu'il faut écarter du champ d'application de l'article 8 les réfugiés économi-

[2] Voir le paragraphe 2 du commentaire de l'article 3, *Annuaire... 1999*, vol. II (2e partie), par. 48, p. 28.

ques qui travaillent dans un pays étranger mais conservent avec leur propre pays des relations tout à fait normales. L'État de nationalité est en mesure d'exercer dans leur cas la protection diplomatique si cela s'avère nécessaire. Selon lui, l'article 8 s'applique aux réfugiés politiques. À la différence du réfugié économique, le réfugié politique n'a plus aucune relation avec son pays d'origine et ne recherche pas sa protection. Il a donc besoin de la protection d'un autre pays. Pour en bénéficier, il ne suffit pas qu'il réside dans le pays qui exerce la protection diplomatique. Il devrait en outre avoir été reconnu légalement comme réfugié au sens de la Convention relative au statut des réfugiés par l'État sur le territoire duquel il réside. Cette solution est un peu plus restrictive que celle qui est prévue dans le projet d'article 8 mais, pour M. Economides, ces deux conditions devraient être exigées.

38. M. GALICKI se dit satisfait, d'une manière générale, du projet d'article 8, dont il note le caractère humanitaire. Mais, pour lui, la raison d'être juridique de cet article n'a aucun rapport avec les droits de l'homme. Son objet est de traiter le cas où un individu donné, dans une situation donnée, se trouve privé de la possibilité de demander la protection diplomatique. À l'apatride qui ne peut se tourner vers aucun État, ou au réfugié qui ne peut s'adresser à l'État dont il est ressortissant, le projet d'article 8 offre un substitut de l'État de nationalité aux fins de la protection diplomatique. Il n'y a là aucune concurrence ni confusion avec la protection des droits de l'homme. Ce projet d'article se situe sur un tout autre plan.

39. M. KAMTO a été sensible à l'argument présenté par M. Crawford, dont le point de vue n'a rien de rétrograde. Mais la situation des réfugiés est par essence une situation temporaire, et elle doit le rester. Si les réfugiés politiques peuvent effectivement demeurer des réfugiés aussi longtemps que le régime qui les a chassés est en place, on peut penser que les autres catégories de réfugiés – pas les réfugiés économiques, qui n'entrent pas dans le sujet et sont une catégorie contestée, mais ceux qui ont été déplacés à la suite de guerres ou de catastrophes – rentreront rapidement chez eux. Ils gardent la nationalité de leur pays. Concrètement, le séjour du réfugié à l'étranger dure de deux à cinq ans environ en moyenne, et même si cela durait plus longtemps, le temps seul ne devrait pas emporter de conséquences juridiques sans la volonté de l'État d'accueil. La protection que lui confère le statut de réfugié est suffisante en attendant qu'à son retour il puisse éventuellement demander la protection diplomatique. Toujours est-il que la remarque de M. Crawford mérite d'être prise en considération dans l'examen futur de ce projet d'article.

40. M. SIMMA fait observer que le mot « réfugié », dans le projet d'article 8, ne peut en aucune façon être interprété comme englobant ce que M. Economides a appelé des réfugiés économiques et ne désigne que les réfugiés au sens de la Convention relative au statut des réfugiés et le Protocole s'y rapportant. L'expression « réfugié économique » est à éviter car elle n'est pas à proprement parler juridique.

41. M. MOMTAZ se dit extrêmement sensible aux préoccupations de M. Kateka car son pays, la République islamique d'Iran, est d'après les statistiques du HCR celui qui accueille actuellement le plus grand nombre de réfugiés, mais il ne les partage pas cependant dans la mesure où le projet d'article 8 accorde simplement un droit à l'État et ne lui fait aucune obligation. L'État d'accueil reste libre d'accorder ou non sa protection diplomatique aux personnes qui s'y réfugient.

42. À côté des réfugiés politiques et des réfugiés économiques dont il a été question, il existe une troisième catégorie de réfugiés, qui rassemble ceux qui ont été déplacés par des conflits armés et des catastrophes naturelles. Peut-être faudrait-il réfléchir davantage à ce que M. Economides a proposé, c'est-à-dire n'accorder la protection diplomatique dans le cadre de l'article 8 qu'aux personnes ayant obtenu le statut de réfugié en tant que tel, que ce soit pour des raisons politiques ou non.

43. M. HAFNER précise tout d'abord que la notion d'intérêt de l'individu transcende celle de droits de l'homme. Comme M. Simma, il pense que la notion de réfugié économique n'a aucune réalité et que c'est une contradiction dans les termes. Le mot « réfugié » doit être utilisé dans le sens que lui donnent les conventions internationales pertinentes.

44. Quant à l'argument de M. Crawford, il a ses mérites, mais le problème est de déterminer précisément à partir de quel moment la résidence est légale. D'autre part, si l'on n'accorde le droit d'exercer la protection diplomatique qu'à l'État où le réfugié réside légalement, on prive celui-ci du droit de jouir de la protection diplomatique d'un autre État. Or les cas dans lesquels l'individu serait lésé se produiraient certainement le plus souvent dans le pays où il a sa résidence légale, parce que c'est là qu'il est censé passer le plus clair de son temps. Si l'on donnait à cet État seulement le droit d'exercer la protection diplomatique, il ne serait certainement pas habilité à l'exercer contre lui-même. Un autre État devrait donc avoir la possibilité d'exercer cette protection diplomatique et ce serait certainement l'État qui, en premier lieu, a octroyé le statut de réfugié. La question, on le voit, est complexe et justifie que l'on distingue la situation des apatrides de celle des réfugiés en leur consacrant deux paragraphes – voire deux articles – séparés.

45. M. SEPÚLVEDA, se proposant de faire des observations générales sur tous les projets d'articles présentés, dit que le Rapporteur spécial a réussi à systématiser avec talent une série de concepts juridiques qui permettront de définir la nature et le champ d'application de la protection diplomatique dans le monde contemporain. Dans ce domaine, la Commission peut contribuer à conférer crédibilité et respectabilité à un processus qui, en Amérique latine, a suscité beaucoup d'hostilité. Cet antagonisme est le produit de près de deux siècles d'expériences amères où interventions armées et pressions de toutes sortes ont abouti à une déformation du sens même de la protection diplomatique. L'occasion s'offre aujourd'hui d'établir sur des bases différentes des principes qui, négociés d'un commun accord, serviront à satisfaire les intérêts de tous les États. Préférant ne pas se prononcer à ce stade sur l'opportunité d'un chapitre consacré aux définitions, M. Sepúlveda pense qu'il est impératif de déterminer d'abord le champ d'application de la protection diplomatique et propose de retenir à ce sujet un certain nombre de critères essentiels.

46. Tout d'abord, il faut considérer la protection diplomatique comme une procédure – et non pas une mesure ni une action – qui serait adoptée par un État à l'égard d'un autre État, en excluant ainsi les procédures qu'une personne privée pourrait engager vis-à-vis d'un État dans le cas, par exemple, où il existe un accord en matière d'investissement ou de commerce pour soumettre les litiges à l'arbitrage international. Cette protection trouve son origine dans un acte ou une omission constituant un fait internationalement illicite. Cela signifie qu'elle s'exerce dans les cas où il y a violation par un État de ses obligations internationales. Elle suppose également l'existence d'un dommage causé à la personne ou aux biens d'un étranger et d'un lien de causalité entre le dommage subi et le fait internationalement illicite ou l'omission. Il s'agit là du principe d'imputabilité ou d'attribution qui peut enclencher la procédure de la protection diplomatique. Pour que le dommage soit imputable à l'État, il est indispensable qu'il existe un déni de justice, c'est-à-dire qu'il n'y ait plus de possibilités d'obtenir réparation ou satisfaction de l'État auquel le fait est imputable. Une fois que tous les recours administratifs ou judiciaires internes ont été épuisés, et si le dommage produit par la transgression de l'obligation internationale n'a pas été réparé, l'on pourra engager la procédure de la protection diplomatique. L'exercice de cette procédure revêt un caractère particulier en ce que l'État de la nationalité est détenteur d'un pouvoir discrétionnaire qui n'engendre pas une obligation automatique et inéluctable en droit international. Par ailleurs, il est préférable que le projet d'articles se réfère essentiellement au traitement des nationaux et plus particulièrement des personnes physiques. Il semble en effet souhaitable d'écarter les personnes morales au vu des difficultés évidentes qu'entraînerait la détermination de leur nationalité : celle-ci pourrait être celle de l'État du siège, ou de l'enregistrement, celle des actionnaires ou peut-être même encore celle du centre principal de décision. Enfin, la protection diplomatique ne doit comprendre en aucun cas le recours ou la menace du recours à la force. L'on ne peut employer que des moyens pacifiques pour obtenir réparation du dommage causé à une personne privée étrangère qui serait victime d'un fait internationalement illicite et se tournerait vers l'État de sa nationalité pour lui demander la protection diplomatique une fois tous les autres recours disponibles épuisés.

47. En conséquence, l'article 2 devrait être entièrement réécrit car, dans le cadre de la protection diplomatique, l'interdiction du recours à la force devrait être catégorique et n'admettre aucune exception. M. Sepúlveda rappelle que l'interprétation trop généreuse du paragraphe 4 de l'Article 2 et de l'Article 51 de la Charte des Nations Unies a donné lieu à de nombreux abus de pouvoir et que les faits ont souvent prouvé, a posteriori, que la légitime défense avait été invoquée à tort. Dans un article de ce type, lorsque la vie ou la sécurité des ressortissants d'un État sont menacées, il serait plus raisonnable de prévoir que la communauté internationale pourrait prendre, collectivement, des mesures efficaces que d'autoriser un recours unilatéral à la force.

48. La question centrale soulevée par l'article 3 est celle de savoir qui est le titulaire des droits revendiqués lorsque l'État de la nationalité rend un autre État responsable des dommages causés à l'un de ses nationaux. Il ne faut pas oublier que c'est l'individu – et non l'État – qui subit le dommage et qu'il a à sa disposition d'autres voies de recours que la protection diplomatique pour obtenir réparation. Il peut non seulement porter l'affaire devant une instance judiciaire ou un tribunal administratif interne, mais peut aussi s'adresser à un tribunal arbitral international ou à un organe de protection des droits de l'homme selon la nature du litige et le préjudice subi. L'État qui présente une réclamation en son nom n'a en fait qu'une fonction supplétive et non un droit exclusif ou absolu. De surcroît, il exerce cette fonction de manière discrétionnaire et il n'existe pas de corrélation automatique et nécessaire entre le dommage causé au national et la protection diplomatique. L'article 3 pose du reste un problème de formulation : lorsqu'on dit que « l'État de nationalité a le droit d'exercer la protection diplomatique à l'égard d'un de ses nationaux *lésé** par un autre État », il faut se souvenir qu'à l'article premier il est prévu que le préjudice en question doit résulter d'« un fait ou [d']une omission internationalement illicite imputable au deuxième État ». Si la condition *sine qua non* pour exercer le droit de protection diplomatique est que le préjudice subi découle d'un fait internationalement illicite, il faudrait peut-être le préciser aussi dans l'article 3, ou dans un chapitre consacré aux définitions.

49. L'article 4 soulève plusieurs questions importantes et, tout d'abord, celle de savoir si l'État a véritablement « l'obligation juridique » d'exercer la protection diplomatique comme le prévoit le paragraphe 1. Certes, un État a le devoir moral de protéger les intérêts de ses nationaux, tant sur son propre territoire qu'à l'étranger, mais il s'agit plutôt que d'une obligation juridique au sens strict du terme d'une obligation politique dont la portée peut donc être limitée. Présenter la protection diplomatique comme un moyen de réagir en cas de violation grave d'une norme de *jus cogens* n'est peut-être pas non plus une très bonne idée. De telles violations appelleraient plutôt l'adoption, par la communauté des États, de mesures coercitives au titre du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies. Enfin, l'article 4 contient un si grand nombre d'exceptions et de clauses de sauvegarde qu'il en devient inapplicable dans la pratique.

50. En ce qui concerne l'article 5, M. Sepúlveda propose d'en modifier la fin comme suit : « l'État de la nationalité est l'État qui a accordé sa nationalité à la personne qu'il entend protéger sur la base de son lieu de naissance, de la nationalité de l'un ou l'autre de ses parents ou d'une naturalisation effective », et insiste sur l'expression « de l'un ou l'autre de ses parents » car les législations varient à cet égard. Il semble en effet justifié d'établir comme condition préalable pour qu'un État exerce la protection diplomatique que cet État ait reconnu effectivement que la personne à protéger possède sa nationalité. En cas de naturalisation, l'État n'acceptera d'exercer la protection diplomatique que si le requérant a avec lui un lien authentique et effectif.

51. Le problème posé par l'article 6 est complexe car beaucoup d'États laissent à leurs ressortissants leur nationalité d'origine – et considèrent qu'ils ne peuvent la perdre – même lorsque ceux-ci acquièrent par la suite une autre nationalité, ce qui sous-entendrait que l'État d'origine (le premier État de nationalité) conserve dans tous les cas la faculté d'exercer sa protection diplomatique au profit d'un de ses nationaux à l'encontre de l'État dont ce

national a acquis la nationalité (le deuxième État de nationalité). Il vaudrait mieux s'en tenir à cet égard au principe énoncé à l'article 4 de la Convention de La Haye de 1930, selon lequel « un État ne peut exercer sa protection diplomatique au profit d'un de ses nationaux à l'encontre d'un État dont celui-ci est aussi le national ». Il n'est pas légitime que, par le biais de la protection diplomatique, un double national puisse exercer (ou faire exercer) un recours à l'encontre d'un pays auquel il doit loyauté et fidélité.

52. Enfin, une autre question essentielle sur laquelle il faudra revenir est celle du déni de justice, qui présente une très grande importance dans le cadre de la protection diplomatique.

53. M. Sepúlveda a apprécié que le Rapporteur spécial se soit référé, dans son rapport, aux travaux des deux grands juristes latino-américains que sont García Amador et Orrego Vicuña, mais il tient à signaler que plusieurs autres auteurs latino-américains ont aussi écrit sur le sujet de la protection diplomatique; outre l'incontournable Carlos Calvo, il pense notamment à Podestá Costa, Jiménez de Aréchaga et César Sepúlveda. Il se fera un plaisir de remettre au Rapporteur spécial une bibliographie pertinente.

54. M. LUKASHUK reste préoccupé par le fait que le projet d'articles ne contient aucune disposition relative aux droits du citoyen ou du national. Certes, le droit d'exercer la protection diplomatique est un droit de l'État et non de l'individu. Mais, à force de parler de l'individu comme étant « l'objet » de la protection, on finira par établir malgré soi des analogies avec des conventions comme celles relatives à la protection des oiseaux migrateurs ou d'autres espèces menacées. Ainsi que l'a souligné M. Simma, il faudrait, dans ce projet, établir un équilibre entre les droits de l'État, d'une part, et ceux du citoyen, d'autre part. Dans cette optique, M. Lukashuk suggérerait d'introduire dans le projet trois dispositions qui pourraient s'énoncer comme suit : premièrement, « le citoyen a le droit de demander à un État dont il est ressortissant de lui octroyer la protection diplomatique »; deuxièmement, « le citoyen a le droit de refuser la protection diplomatique d'un État dont il a la citoyenneté »; et troisièmement, « toute personne possédant la nationalité de deux ou plusieurs États a le droit, pendant son séjour sur le territoire d'un État tiers, d'émettre un avis lorsqu'il s'agit de déclarer quelle est sa nationalité effective. Cet avis doit être pris en considération par l'État tiers ». Ces dispositions ne constituent peut-être pas une avancée très remarquable sur le plan du développement progressif du droit, mais elles correspondent à une réalité concrète et devraient être bien accueillies par les États.

55. M. HERDOCIA SACASA, revenant sur les commentaires de M. Sepúlveda, dit que la question de l'épuisement des recours internes (ou du déni de justice) est en effet très importante. Il faut tenir compte du fait que les voies et procédures de recours internes sont très différentes selon les pays; il ne faudrait pas faire de la protection diplomatique un mécanisme automatique au risque d'empiéter sur les prérogatives des États à cet égard et de porter atteinte à leur souveraineté.

56. Il partage entièrement l'avis de M. Sepúlveda sur la nécessité d'exclure catégoriquement et dans tous les cas le recours ou la menace du recours à la force. La Commission doit s'efforcer, par un travail de codification, de renforcer la crédibilité du principe de la protection diplomatique, parfois controversé, mais elle doit aussi établir clairement que le droit de protection diplomatique ne doit être exercé que par des moyens pacifiques. Il conviendrait de l'énoncer expressément dans un article.

57. M. GOCO note que la question du déni de justice que M. Sepúlveda a évoquée est particulièrement épineuse dans le contexte de la protection diplomatique. Comme l'a souligné M. Herdocia Sacasa, chaque tribunal a ses propres règles de procédure, ses propres critères de recevabilité, etc., et lorsqu'un État considère qu'un de ses ressortissants a été victime d'un déni de justice, la partie adverse (l'État qui est en face) peut avoir une opinion totalement différente. Comment trancher en pareil cas ?

58. Certes, les dénis de justice sont très fréquents et il faudrait à cet égard établir une norme internationale minimale, une norme morale qui devrait être observée par toutes les sociétés civilisées en ce qui concerne les droits de la défense, mais, pour les besoins du sujet à l'examen, la Commission devrait commencer à raisonner à partir du moment où les recours internes à la disposition du national lésé ont déjà été épuisés. Chercher à remonter plus haut l'entraînerait forcément hors du cadre de son mandat.

59. M. DUGARD (Rapporteur spécial) remercie chaleureusement M. Sepúlveda de sa proposition de lui communiquer une bibliographie d'auteurs latino-américains qui lui sera certainement très utile. En ce qui concerne le problème du déni de justice, il fait humblement remarquer que cette question est du domaine des règles primaires. Si la Commission s'engageait dans l'étude d'un tel sujet, il lui faudrait probablement plusieurs décennies pour en venir à bout. Il se contentera donc d'examiner plus avant la question de l'épuisement des recours internes qui est déjà en soi suffisamment épineuse.

60. M. TOMKA rappelle que la principale raison pour laquelle la Commission n'est pas parvenue, dans les années 1950 et 1960, à codifier les règles de la responsabilité des États est que le Rapporteur spécial s'était trop concentré sur la question du « traitement des étrangers ». Il souhaiterait que, dans le cadre de l'étude de la protection diplomatique, la Commission ne bute pas à nouveau sur le problème des droits et obligations des États vis-à-vis des étrangers et renonce à étudier le déni de justice, qui constitue à l'évidence une règle primaire.

61. M. ROSENSTOCK partage entièrement l'avis de M. Tomka. La Commission a décidé de ne pas s'aventurer sur le terrain des règles primaires et doit sen tenir à cette décision. Le problème du déni de justice n'a pas à être abordé dans le cadre du sujet à l'examen.

62. Les articles 5 à 8 lui semblent globalement satisfaisants et il se contentera donc de faire quelques brèves remarques. L'expression « naturalisation de bonne foi » utilisée à l'article 5 est effectivement discutable et l'on pourrait peut-être supprimer carrément le dernier membre de phrase après les mots « a acquis la nationalité »; on peut en effet se demander si l'énumération qui suit ne complique pas les choses au lieu de les éclairer. La remar-

que de M. Brownlie sur la nécessité de tenir compte des réalités du monde contemporain en donnant davantage d'importance au lieu de résidence lui semble pertinente, mais les préoccupations exprimées par M. Kateka méritent également d'être prises en considération : il ne faut pas ajouter encore à la charge pesant sur les pays d'accueil qui pourraient être découragés d'accorder l'asile aux réfugiés.

63. L'article 6 correspond bien aux préoccupations du monde moderne, où l'accent est mis de plus en plus sur l'individu, comme en témoignent, par exemple, les efforts actuels pour éliminer les conséquences de l'apatridie. L'approche adoptée par le Rapporteur spécial dans cet article concorde aussi avec la jurisprudence internationale récente.

64. L'article 7 ne lui pose aucun problème et pourrait être renvoyé directement au Comité de rédaction. M. Rosenstock partage toutefois l'avis des membres qui ont suggéré d'inverser l'ordre des articles 6 et 7. Les paragraphes 175 et suivants du rapport contiennent des arguments très convaincants en faveur de l'article 8, qui devrait lui aussi être renvoyé au Comité de rédaction.

65. M. Rosenstock attend avec impatience les prochains rapports du Rapporteur spécial, qu'il invite à ne pas réagir de manière trop pavlonienne aux notions de violation d'une norme de *jus cogens* ou violation d'une obligation *erga omnes*. Ces deux questions risquent d'entraîner la Commission hors de son sujet et de donner lieu à des affrontements inutiles.

La séance est levée à 13 heures.

2627e SÉANCE

Jeudi 25 mai 2000, à 10 heures

Président : M. Chusei YAMADA

Présents : M. Al-Baharna, M. Baena Soares, M. Candioti, M. Dugard, M. Economides, M. Gaja, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Herdocia Sacasa, M. Kabatsi, M. Kamto, M. Kateka, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Pambou-Tchivounda, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Sepúlveda, M. Simma, M. Tomka.

Protection diplomatique *(suite)* [A/CN.4/506 et Add.1[1]]

[Point 6 de l'ordre du jour]

PREMIER RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL *(fin)*

1. M. TOMKA dit que l'article 5 est une définition de l'État de la nationalité. Une telle définition est en effet nécessaire dans la mesure où, aux termes de l'article 3, l'État de nationalité a le droit d'exercer la protection diplomatique à l'égard d'un de ses nationaux lésé par un autre État. Mais l'endroit où elle est située dans le projet d'articles est inhabituel dans la mesure où une expression utilisée à l'article 3 n'est définie qu'à l'article 5. En réalité, l'article premier (Champ d'application) étant une tentative de définition de la protection diplomatique, il pourrait être utile, comme c'est d'ailleurs souvent le cas, de consacrer un article exclusivement à la définition des termes, immédiatement après l'article premier.

2. Si l'acquisition de la nationalité *jure sanguinis* ou *jure soli* ne devrait pas poser de problème particulier pour l'exercice de la protection diplomatique, il n'en va pas de même en cas d'acquisition de la nationalité par naturalisation. Le Rapporteur spécial fait remarquer, au paragraphe 104 de son premier rapport (A/CN.4/506 et Add.1), que le droit international ne reconnaît pas les naturalisations dans toutes les circonstances. En cas d'acquisition de la nationalité par naturalisation, comme il ressort du travail du Rapporteur spécial et pour la majorité des auteurs, il faut qu'il y ait un lien plus étroit entre l'intéressé et un État, généralement qualifié de « lien authentique ou effectif ». Toutefois, le Rapporteur spécial n'adopte pas cette position, en invoquant, au paragraphe 117 de son rapport, essentiellement le sort des millions de personnes qui seraient censément exclues du bénéfice de la protection diplomatique si l'exigence d'un lien authentique ou effectif, proposée par la CIJ dans l'affaire *Nottebohm*, était strictement appliquée, et en érodant ainsi la doctrine classique de la protection diplomatique.

3. M. Tomka n'est pas pleinement convaincu qu'à une époque marquée par la mondialisation et les migrations il existe des millions de personnes qui se sont éloignées de l'État de leur nationalité pour s'installer dans des États dont elles n'acquièrent jamais la nationalité. Si ces personnes n'ont jamais acquis la nationalité de l'État dans lequel elles se sont installées, l'article 5, qui exige une naturalisation de bonne foi, ne leur offre guère plus de protection, puisqu'elles ne se sont jamais naturalisées.

4. Malheureusement, le Rapporteur spécial n'a pas approfondi son argument au paragraphe 112, selon lequel il est difficile de limiter l'application du critère du lien effectif aux cas de naturalisation. Or, le critère du lien effectif a un rôle à jouer précisément en cas de naturalisation. Il est superflu d'en parler explicitement en cas de naturalisation *de jure sanguinis* ou *de jure soli*, puisque ces deux derniers principes comportent cette exigence, comme cela est généralement admis.

5. Plutôt que d'exiger un lien effectif dans les cas de naturalisation, le Rapporteur spécial a formulé l'exigence d'une naturalisation de bonne foi; celle-ci étant présumée, la charge de la preuve de la mauvaise foi pèse sur l'État défendeur. N'ayant connaissance d'aucune affaire dans laquelle un tribunal a estimé qu'un État souverain avait agi de mauvaise foi, M. Tomka dit qu'il serait reconnaissant au Rapporteur spécial de bien vouloir donner des exemples tirés de la jurisprudence internationale. Le Rap-

[1] Reproduit dans *Annuaire... 2000*, vol. II (1re partie).