

PROTECTION DIPLOMATIQUE

[Point 6 de l'ordre du jour]

DOCUMENT A/CN.4/506 et Add.1*

Premier rapport sur la protection diplomatique, par M. John R. Dugard, rapporteur spécial

[Original : anglais/français]
[7 mars et 20 avril 2000]

TABLE DES MATIÈRES

		<i>Pages</i>
Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport.....		220
Ouvrages cités dans le présent rapport.....		221
	<i>Paragraphes</i>	
Introduction.....	1-8	225
<i>Chapitres</i>		
I. STRUCTURE DU RAPPORT.....	9-32	226
Introduction.....	10-32	226
II. PROJETS D'ARTICLE.....	33-188	230
<i>Article premier – Champ d'application</i>	33-46	230
Commentaire.....	33-46	230
A. Protection diplomatique.....	33-40	230
B. Signification du terme « action ».....	41-46	232
<i>Article 2</i>	47-60	233
Commentaire.....	47-60	233
<i>Article 3</i>	61-74	236
Commentaire.....	61-74	236
<i>Article 4</i>	75-93	238
Commentaire.....	75-93	238
<i>Article 5</i>	94-120	242
Commentaire.....	94-120	242
<i>Article 6</i>	121-160	246
Commentaire.....	121-160	246
<i>Article 7</i>	161-174	253
Commentaire.....	161-174	253
<i>Article 8</i>	175-184	254
Commentaire.....	175-184	254
Rapports (et articles) à paraître.....	185-188	256
III. CONTINUITÉ DE LA NATIONALITÉ ET CESSIBILITÉ DES RÉCLAMATIONS.....	189-218	256
<i>Article 9</i>	189-218	256
Commentaire.....	189	257
A. La formulation classique et la justification de la règle.....	190-192	257
B. Statut juridique de la règle.....	193-199	257
C. Le caractère incertain du contenu de la règle.....	200-205	260
D. La remise en question jurisprudentielle et politique de la règle de la continuité.....	206-211	262
E. Conclusion.....	212-218	263

* Incorporant le document A/CN.4/506/Corr.1.

Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport

Sources

Convention concernant la limitation de l'emploi de la force pour le recouvrement de dettes contractuelles (Convention Drago-Porter) [La Haye, 18 octobre 1907]	J. B. Scott (dir.), <i>The Hague Conventions and Declarations of 1899 and 1907</i> , 3 ^e éd., New York, Oxford University Press, 1918, p. 89.
Convention concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité (La Haye, 12 avril 1930)	Société des Nations, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 179, n° 4137, p. 89.
Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme) [Rome, 4 novembre 1950]	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 213, n° 2889, p. 221.
Convention relative au statut des réfugiés (Genève, 28 juillet 1951)	Ibid., vol. 189, n° 2545, p. 137.
Accord sur les dispositions relatives à la citoyenneté conclu entre les États membres de la Ligue arabe (Le Caire, 5 avril 1954)	<i>British and Foreign State Papers</i> , 1954, vol. 161, Londres, HM Stationery Office, 1963, p. 635.
Convention relative au statut des apatrides (New York, 28 septembre 1954)	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 360, n° 5158, p. 117.
Convention de Vienne sur les relations diplomatiques (Vienne, 18 avril 1961)	Ibid., vol. 500, n° 7310, p. 95.
Convention sur la réduction des cas d'apatridie (New York, 30 août 1961)	Ibid., vol. 989, n° 14458, p. 175.
Convention de Vienne sur les relations consulaires (Vienne, 24 avril 1963)	Ibid., vol. 596, n° 8638, p. 261.
Convention sur la réduction des cas de pluralité de nationalités et sur les obligations militaires en cas de pluralité de nationalités (Strasbourg, 6 mai 1963)	Ibid., vol. 634, n° 9065, p. 221.
Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (Washington, 18 mars 1965)	Ibid., vol. 575, n° 8359, p. 159.
Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (New York, 21 décembre 1965)	Ibid., vol. 660, n° 9464, p. 195.
Pacte international relatif aux droits civils et politiques (New York, 16 décembre 1966)	Ibid., vol. 99, n° 14668, p. 171.
Convention européenne sur les fonctions consulaires (Paris, 11 décembre 1967)	Conseil de l'Europe, <i>Série des traités européens</i> , n° 61.
Protocole à la Convention européenne sur les fonctions consulaires relatif à la protection des réfugiés (Paris, 11 décembre 1967)	Ibid., n° 61 A.
Convention de Vienne sur le droit des traités (Vienne, 23 mai 1969)	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 1155, n° 18232, p. 331.
Convention américaine sur les droits de l'homme : « Pacte de San José de Costa Rica » (San José, 22 novembre 1969)	Ibid., vol. 1144, n° 17955, p. 123.
Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (New York, 18 décembre 1979)	Ibid., vol. 1249, n° 20378, p. 13.
Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (Nairobi, 27 juin 1981)	Ibid., vol. 1520, n° 26363, p. 217.
Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (Montego Bay, 10 décembre 1982)	Ibid., vol. 1833, n° 31363, p. 3.
Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (New York, 10 décembre 1984)	Ibid., vol. 1465, n° 24841, p. 85.

Sources

Convention des Nations Unies sur les conditions d'immatriculation des navires (Genève, 7 février 1986)	TD/RS/CONF/19/Add.1.
Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille (New York, 18 décembre 1990)	Ibid., vol. 2220, n° 39481, p. 93.
Accord visant à favoriser le respect par les navires de pêche en haute mer des mesures internationales de conservation et de gestion (Rome, 24 novembre 1993)	<i>International Legal Materials</i> , Washington, vol. 33, n° 4, juillet 1994, p. 968.
Convention européenne sur la nationalité (Strasbourg, 6 novembre 1997)	Conseil de l'Europe, <i>Série des traités européens</i> , n° 166.

Ouvrages cités dans le présent rapport

- AGHAHOSSEINI, Mohsen
« The claims of dual nationals before the Iran-United States Claims Tribunal: some reflections », *Leiden Journal of International Law*, vol. 10, n° 1, mars 1997, p. 21 à 47.
- ALDRICH, George H.
The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal, Oxford, Clarendon Press, 1996.
- AMERASINGHE, Chitharanjan Felix
State Responsibility for Injuries to Aliens, Oxford, Clarendon Press, 1967.
- BALLADORE PALLIERI, Giorgio
« La determinazione internazionale della cittadinanza ai fini dell'esercizio della protezione diplomatica », in *Scritti di diritto internazionale in onore di Tomaso Perassi*, vol. 1, Milan, Giuffrè, 1957, p. 111 à 132.
- BARRIE, George N.
« Forcible intervention and international law: legal theory and realities », *South African Law Journal*, vol. 116, n° 4, 1999, p. 791 à 809.
- BARSOTTI, Roberto
« Armed reprisals », in Antonio Cassese (dir.), *The Current Legal Regulation of the Use of Force*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1986, p. 79 à 110.
- BAR-YAACOV, Nissim
Dual Nationality, Londres, Stevens & Sons, 1961.
- BASDEVANT, Jules
« Conflits de nationalités dans les arbitrages vénézuéliens de 1903-1905 », *Revue de droit international privé et de droit pénal international*, vol. V, 1909, p. 41 à 63.
- BATIFFOL, Henri et Paul LAGARDE
Droit international privé, 7^e éd., vol. I, Paris, LGDJ, 1981.
- BEDERMAN, David J.
« Nationality of individual claimants before the Iran-United States Claims Tribunal », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 42, n° 1, janvier 1993, p. 119 à 135.
- BENNOUNA, Mohamed
« La protection diplomatique, un droit de l'État ? », in *Boutros Boutros-Ghali Amicorum Discipulorumque Liber : Paix, Développement, Démocratie*, vol. I, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 245 à 250.
- BLUM, Yehuda
« Israel », in Elihu Lauterpacht et John G. Collier (dir.), *Individual Rights and the State in Foreign Affairs: an International Compendium*, New York, Praeger, 1977.
- BOJARS, Yurii
Grazhdanstvo gosudarstv mira (La citoyenneté des États du monde), Université de Lettonie, Macibu gramata, 1993.
- BORCHARD, Edwin M.
The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims, New York, Banks Law Publishing Co., 1915.
« Protection diplomatique des nationaux à l'étranger », *Annuaire de l'Institut de droit international*, Bruxelles, juillet 1931, vol. I [Session de Cambridge, 1931, travaux préparatoires].
« La protection diplomatique des nationaux à l'étranger », *Annuaire de l'Institut de droit international*, Bruxelles, août 1932, vol. 37, p. 235 à 262 [Session d'Oslo, 1932, travaux préparatoires].
« The protection of citizens abroad and change of original nationality », *Yale Law Journal*, vol. XLIII, n° 3, janvier 1934, p. 359 à 392.
- BOWETT, Derek
Self-Defence in International Law, Manchester, Manchester University Press, 1958.
« Reprisals involving recourse to armed force », *American Journal of International Law*, Washington, vol. 66, n° 1, janvier 1972, p. 1 à 36.
- BOYLE, Francis A.
« The Entebbe hostages crisis », *Netherlands International Law Review*, vol. XXIX, n° 1, 1982, p. 32 à 71.
- BRIERLY, James Leslie
« The theory of implied State complicity in international claims », *British Year Book of International Law*, vol. 9, Oxford, 1928, p. 42 à 49.
The Law of Nations: An Introduction to the International Law of Peace, 6^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1963.
- BROWER, Charles N. et Jason D. BRUESCHKE
The Iran-United States Claims Tribunal, La Haye, Martinus Nijhoff, 1998.
- BRIGGS, Herbert W.
« La protection diplomatique des individus en droit international : la nationalité des réclamations », *Annuaire de l'Institut de droit international*, Bâle, septembre 1965, vol. I, p. 5 à 173 [Session de Varsovie, 1965, travaux préparatoires].
- BROWNLIE, Ian
International Law and the Use of Force by States, Oxford, Clarendon Press, 1963.
« The relations of nationality in public international law », *British Year Book of International Law* 1963, vol. 39, Londres, 1965, p. 284 à 364.
Principles of Public International Law, 5^e éd., Oxford, Oxford University Press, 1998.

- BRYDE, Brun-Otto
« Self-defence », in Rudolf Bernhardt (dir.), in *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 4, Amsterdam, Elsevier, 2000, p. 361 à 364.
- CAFLISCH, Lucius
« Switzerland », in Elihu Lauterpacht et John G. Collier (dir.), *Individual Rights and the State in Foreign Affairs: an International Compendium*, New York, Praeger, 1977, p. 498 à 545.
« Pratique suisse en matière de droit international public 1977 », *Annuaire suisse de droit international*, vol. XXXIV, Zurich, 1978, p. 49 à 162.
- CASSESE, Antonio (dir.)
The Current Legal Regulation of the Use of Force, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1986.
- CHAPPEZ, Jean
« Protection diplomatique », *Juris-Classeur de droit international*, fascicule 250, Paris, Lexis-Nexis Jurisclasseur, 1999, p. 1 à 21.
- CHERNICHENKO, S. V.
Mezhdunarodno-pravovye voprosy grazhdanstva (Questions de droit international ayant trait à la citoyenneté), Moscou, Mezhdunarodnye otnosheniya, 1968.
- CHOLEWINSKI, Ryszard
Migrant Workers in International Human Rights Law: Their Protection in Countries of Employment, Oxford, Clarendon Press, 1997.
- COMBACAU, Jean et Serge SUR
Droit international public, 4^e éd., Paris, Montchrestien, 1999. 801 p.
- DAHM, Georg
Völkerrecht, vol. II, Stuttgart, Kohlhammer, 1961.
- D'ANGELO, John R.
« Resort to force by States to protect nationals: the U.S. rescue mission to Iran and its legality under international law », *Virginia Journal of International Law*, vol. 21, n° 3, printemps 1981, p. 485 à 519.
- DE CASTRO, Federico
« La nationalité, la double nationalité et la supranationalité », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1961-I*, vol. 102, Leyde, Sijthoff, 1962.
- DE VISSCHER, Charles
Théories et réalités en droit international public, 4^e éd., Pedone, 1970.
« Cours général de principes de droit international public », *Recueil des cours de l'Académie de droit international, 1954-II*, Leyde, Sijthoff, 1955, vol. 86, p. 445 à 556.
- DE VISSCHER, Paul
« Cours général de droit international public », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1972-II*, vol. 136, Leyde, Sijthoff, 1973, p. 1 à 202.
- DINSTEIN, Yoram
War, Aggression and Self-Defence, 2^e éd., Cambridge, Grotius, 1994.
- DOEHRING, Karl
Die Pflicht des Staates zur Gewährung diplomatischen Schutzes, Cologne, Carl Heymanns, 1959.
« Handelt es sich bei einem Recht, das durch diplomatischen Schutz eingefordert wird, um ein solches, das dem die Protektion ausübenden Staat zusteht, oder geht es um die Erzwingung von Rechten des betroffenen Individuums? » [S'agit-il d'un droit qui ressortit à la protection diplomatique exercée par l'État du national ou s'agit-il pour ledit État de faire appliquer des droits appartenant à l'individu lésé?], in Georg Ress et Torsten Stein (dir.), *Der diplomatische Schutz im Völker—und Europarecht: Aktuelle Probleme und Entwicklungstendenzen*, Baden-Baden, Nomos, 1996, p. 13 à 20.
- DONNER, Ruth
The Regulation of Nationality in International Law, 2^e éd., Irvington-on-Hudson, N.Y., Transnational, 1994.
- DUNN, Frederick Sherwood
The Protection of Nationals: A Study in the Application of International Law, Baltimore, The Johns Hopkins Press, 1932.
- FITZMAURICE, sir Gerald
« The general principles of international law considered from the standpoint of the rule of law », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1957-II*, vol. 92, Leyde, Sijthoff, 1958, p. 1 à 228.
- FLOURNOY JR., Richard W.
« Nationality convention, protocols and recommendations adopted by the First Conference on the Codification of International Law », *American Journal of International Law*, vol. 24, Washington, 1930, p. 467 à 485.
- FRANZKE, Hans-Georg
« Die militärische Abwehr von Angriffen auf Staatsangehörige im Ausland, insbesondere ihre Zulässigkeit nach der Satzung der Vereinten Nationen », *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, Vienne, vol. XVI, 1966.
- GARCÍA AMADOR, Francisco V.
« State responsibility: some new problems », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1958-II*, vol. 94, Leyde, Sijthoff, 1959, p. 369 à 487.
The Changing Law of International Claims, vol. I et II, New York, Oceana, 1984.
- GECK, Wilhelm Karl
« Diplomatic protection », in Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 1, Amsterdam, Elsevier, 1992, p. 1045 à 1066.
- GLAHN, Gerhard von
Law Among Nations: an Introduction to Public International Law, 4^e éd., New York, Macmillan, 1981.
- GOODWIN-GILL, Guy S.
The Refugee in International Law, 2^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1996.
- GRAHL-MADSEN, Atle
« Protection of refugees by their country of origin », *Yale Journal of International Law*, vol. 11, n° 2, printemps 1986, p. 362 à 395.
- GREIG, D. W.
International Law, 2^e éd., Londres, Butterworth, 1976.
- GRIFFIN, William L.
« International claims of nationals of both the claimant and respondent States: the case history of a myth », *International Lawyer*, vol. I, n° 3, avril 1967, p. 400 à 423.
- GUHA ROY, S. N.
« Is the law of responsibility of States for injuries to aliens a part of universal international law? », *American Journal of International Law*, Washington, vol. 55, n° 4, octobre 1961, p. 863 à 891.
- HAILBRONNER, Kay
« Diplomatischer Schutz bei mehrfacher Staatsangehörigkeit », in Georg Ress et Torsten Stein (dir.), *Der diplomatische Schutz im Völker—und Europarecht: Aktuelle Probleme und Entwicklungstendenzen*, Baden-Baden, Nomos, 1996, p. 27 à 37.
- HARRIS, David John
Cases and Materials on International Law, 5^e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1998. 1123 p.

HARVARD LAW SCHOOL

Research in International Law, II. *Responsibility of States*, Cambridge (Mass.), Harvard Law School, 1929.

« Draft conventions and comments on nationality, responsibility of States for injuries to aliens, and territorial waters », Supplement to the *American Journal of International Law*, Washington, vol. 23, numéro spécial, avril 1929.

HIGGINS, Rosalyn

The Development of International Law through the Political Organs of the United Nations, Londres, Oxford University Press, 1963.

Problems and Process. International Law and How We Use It, Oxford, Clarendon Press, 1994.

HUDSON, Manley O.

« The First Conference for the Codification of International Law », *American Journal of International Law*, Washington, vol. 24, juillet 1930, p. 447 et suiv.

HUGHES, Kevin D.

« Hostages' rights: the unhappy legal predicament of an American held in foreign captivity », *Columbia Journal of Law and Social Problems*, vol. 26, n° 4, été 1993, p. 555 à 588.

HURST, sir Cecil J. B.

« Nationality of claims », *British Year Book of International Law*, vol. 7, 1926, Londres, p. 168 à 182.

JENNINGS, Robert Yewdall

« General course on principles of international law », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1967-II*, vol. 121, Leyde, Sijthoff, 1969, p. 321 à 605.

JENNINGS, sir Robert et sir Arthur WATTS (dir.)

Oppenheim's International Law, vol. I, *Peace*, 2^e à 4^e partie, 9^e éd., Harlow, Longman, 1992.

JESSUP, Philip C.

A Modern Law of Nations: An Introduction, New York, Macmillan, 1949.

JONES, John, Mervyn

British Nationality: Law and Practise, éd. rév., Oxford, Clarendon Press, 1956.

« The Nottebohm case », *International and Comparative Law Quarterly*, Londres, vol. 5, 1956, p. 230 à 281.

JOSEPH, Cuthbert

Diplomatic Protection and Nationality: The Commonwealth of Nations, Gateshead, Northumberland Press, 1968. [Thèse de doctorat, Université de Genève.]

JOYNER, Christopher C.

« Reflections on the lawfulness of invasion », *American Journal of International Law*, Washington, vol. 78, 1984, p. 131 à 144.

JÜRGENS, Thomas

Diplomatischer Schutz und Staatenlose, Berlin, Duncker & Humblot, 1987.

KELSEN, Hans

The Law of the United Nations: A Critical Analysis of its Fundamental Problems, Londres, London Institute of World Affairs, 1950.

KHAN, Rahmatullah

The Iran-United States Claims Tribunal: Controversies, Cases and Contribution, Dordrecht, Kluwer, 1990.

KLEIN, Eckart

« Anspruch auf diplomatischen Schutz? », in Georg Ress et Torsten Stein (dir.), *Der diplomatische Schutz im Völker—und Europarecht: Aktuelle Probleme und Entwicklungstendenzen*, Baden-Baden, Nomos, 1996.

KLEIN, Pierre

« La protection diplomatique des doubles nationaux : reconsidération des fondements de la règle de non-responsabilité », *Revue belge de droit international*, vol. XXI, n° 1, Bruxelles, Bruylant, 1988, p. 184 et suiv.

KUNZ, Josef L.

« The Nottebohm judgment (second phase) », *American Journal of International Law*, Washington, vol. 54, n° 3, juillet 1960, p. 536 à 571.

LAUTERPACHT, Elihu et John G. COLLIER (dir.)

Individual Rights and the State in Foreign Affairs: An international Compendium, New York, Praeger Publishers, 1977.

LAVIEC, Jean-Pierre

Protection et promotion des investissements : étude de droit international économique, Paris, Presses Universitaires de France, 1985.

LEE, Luke T.

Consular Law and Practice, 2^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1991.

LEIGH, Guy I. F.

« Nationality and diplomatic protection », *International and Comparative Law Quarterly*, Londres, vol. 20, 1971, p. 453 à 475.

LILLICH, Richard B.

« The diplomatic protection of nationals abroad: an elementary principle of international law under attack », *American Journal of International Law*, vol. 69, Washington, 1975, p. 359 à 611.

The Human Rights of Aliens in Contemporary International Law, Manchester, Manchester University Press, 1984.

LOWE, A. Vaughan

« US extraterritorial jurisdiction: the Helms-Burton and D'Amato acts », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 46, Londres, 1997, p. 378 à 389.

MARGO, Roderick D.

« The legality of the Entebbe raid in international law », *South African Law Journal*, vol. 94, Le Cap et Johannesburg, 1977, p. 306 à 436.

MAURY, Jacques

« Du conflit de nationalités et en particulier du conflit de deux nationalités étrangères devant les autorités et les juridictions françaises », in *La technique et les principes du droit public : études en l'honneur de Georges Scelle*, vol. 1. Paris, LGDJ, 1950.

MCDUGAL, Myres S., Harold D. LASSWELL et Lung-chu CHEN

« The protection of aliens from discrimination and world public order: responsibility of States conjoined with human rights », *American Journal of International Law*, vol. 70, Washington, 1976, p. 432 à 469.

MENZHINSKY, Vyacheslav I.

Nepriimeneniie sily v mezhdunarodnyh otnosheniiah (La non-utilisation de la force dans les relations internationales), Moscou, Nauka, 1976. 295 p.

MOORE, John Bassett

History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party, vol. III, Washington, Government Printing Office, 1898.

A Digest of International Law, vol. VI, Washington, Government Printing Office, 1906.

NANDA, Ved Prakash

« The validity of United States intervention in Panama under international law », *American Journal of International Law*, Washington, vol. 84, 1990, p. 494 à 502.

NASH LEICH, Marian

« Contemporary practice of the United States relating to international law », *American Journal of International Law*, Washington, vol. 76, octobre 1982, p. 836 et suiv.

- « Contemporary practice of the United States relating to international law », *American Journal of International Law*, Washington, vol. 78, 1984, p. 1045 et suiv.
- « Contemporary practice of the United States relating to international law », *American Journal of International Law*, Washington, vol. 84, n° 2, avril 1990, p. 536 à 549.
- NGUYEN QUOC Dinh, Patrick DAILLIER et Alain PELLET
Droit international public, 6^e éd. rév., Paris, LGDJ, 1999.
- O'CONNELL, D. P.
International Law, vol. 2, 2^e éd., Londres, Stevens & Sons, 1970.
- OHLY, D. Christopher
« A functional analysis of claimant eligibility », in Richard B. Lillich (dir.), *International Law of State Responsibility for Injuries to Aliens*, Charlottesville, University Press of Virginia, 1983, p. 281 à 320.
- OPPENHEIM, Lassa
International Law: A Treatise, vol. I, *Peace*, 8^e éd., H. Lauterpacht (dir.), Londres, Longmans, Green and Co., 1955.
- ORREGO VICUÑA, Francisco
« Chile », in Elihu Lauterpacht et John G. Collier (dir.), *Individual Rights and the State in Foreign Affairs: an International Compendium*, New York, Praeger, 1977, p. 123 à 186.
- « The changing law of nationality of claims », rapport provisoire soumis au Comité sur la protection diplomatique des personnes et des biens de l'Association de droit international, Conférence de Londres, 2000. Inédit.
- PANHUYS, Haro Frederik VAN
The Role of Nationality in International Law: an Outline, Leyde, Sijthoff, 1959. [Thèse de doctorat, Université de Leyde.]
- PARRY, Clive
« Some considerations upon the protection of individuals in international law », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1956-II*, vol. 90, Leyde, Sijthoff, 1957.
- PARTSCH, Karl Josef
« Self-preservation », in Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 4, Amsterdam, North-Holland, 1982, p. 217 à 220.
- « Reprisals », in Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 9, Amsterdam, Elsevier, 1986, p. 330 à 335.
- PRZETACZNIK, Franciszek
« The protection of individual persons in traditional international law (diplomatic and consular protection) », *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, Vienne, vol. XXII, 1971, p. 69 à 113.
- RALSTON, Jackson H. et W. T. Sherman DOYLE
Venezuelan Arbitrations of 1903, Washington, Government Printing Office, 1904.
- RANDELZHOFFER, Albrecht
« Nationality », in Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 3, Amsterdam, Elsevier, 1997, p. 501 à 509.
- RESS, Georg et Torsten STEIN (dir.)
Der diplomatische Schutz im Völker—und Europarecht: Aktuelle Probleme und Entwicklungstendenzen, Baden-Baden, Nomos, 1996.
- REUTER, Paul
Droit international public, 5^e éd. rév., Paris, Presses Universitaires de France, 1976.
- REZEK, José Francisco
« Le droit international de la nationalité », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1986-III*, vol. 198, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1987, p. 341 à 400.
- RODE, Zvonko R.
« Dual nationals and the doctrine of dominant nationality », *American Journal of International Law*, vol. 53, n° 1, Washington, janvier 1959, p. 139 à 143.
- RONZITTI, Natalino
Rescuing Nationals Abroad through Military Coercion and Intervention on Grounds of Humanity, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1985.
- ROUSSEAU, Charles
Droit international public, 8^e éd., Paris, Dalloz, 1976.
- RUZIÉ, David
« Nationalité, effectivité et droit communautaire », RGDIP, vol. XCVII, 1993, p. 107 à 120.
- SCHACHTER, Oscar
International Law in Theory and Practice, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1991.
- SCHWARZENBERGER, Georg
International Law, vol. 1, 3^e éd., Londres, Stevens & Sons, 1957.
- SEIDL-HOHENVELDERN, Ignaz
« Austria », in Elihu Lauterpacht et John G. Collier (dir.), *Individual Rights and the State in Foreign Affairs: An International Compendium*, New York, Praeger, 1977, p. 26 à 54.
- « Federal Republic of Germany », in Elihu Lauterpacht et John G. Collier (dir.), *Individual Rights and the State in Foreign Affairs: an International Compendium*, New York, Praeger, 1977, p. 243 à 270.
- SHAW, Malcolm N.
International Law, 4^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 1997.
- SHEA, Donald R.
The Calvo Clause: A Problem of Inter-American and International Law and Diplomacy, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1955.
- SINCLAIR, I. M.
« Nationality of claims: British practice », *British Year Book of International Law 1950*, vol. 27, Londres, Oxford University Press, 1951, p. 125 à 144.
- SIORAT, Lucien
« La protection diplomatique », *Juristat de droit international*, fascicule 250-B, n° 20, 1965.
- SKUBISZEWSKI, Krzysztof
« Introduction », in Elihu Lauterpacht et John G. Collier (dir.), *Individual Rights and the State in Foreign Affairs: an International Compendium*, New York, Praeger, 1977, p. 1 à 25.
- SOHM, Rudolph
The Institutes: A Textbook of the History and System of Roman Private Law, 3^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1940. Traduit par J. Crawford Ledlie.
- SOHN, Louis B. et R. R. BAXTER
« Responsibility of States for injuries to the economic interests of aliens », *American Journal of International Law*, Washington, vol. 55, n° 3, juillet 1961, p. 545 à 584.
- TOMUSCHAT, Christian
« Article 2 (3) », in Bruno Simma (dir.), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 1994, p. 97 à 106.
- TUNKIN, Grigory
Mezhdunarodnoe pravo, Moscou, Juridicheskaya Literatura, 1974.
- « Politics, law and force in the interstate system », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1989-VII*, vol. 219, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1992, p. 227 à 396.

- USHAKOV, Nikolai Aleksandrovich (dir.)
Kurs Mezhdunarodno Prava (Manuel de droit international), vol. 3, Moscou, Nauka, 1990.
- VATTEL, Emmerich DE
Le droit des gens; ou Principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains, vol. 1 et 2, Londres, 1758. [Réimpression en fac-similé, Carnegie Institution, Washington, 1916.]
- VERDROSS, Alfred et Bruno SIMMA
Universelles Völkerrecht: Theorie und Praxis, 3^e éd. rév., Berlin, Duncker & Humblot, 1984.
- VERWEY, Wil D.
 « Humanitarian intervention », in A. Cassese (dir.), *The Current Legal Regulation of the Use of Force*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1986, p. 57 à 78.
- VERWILGHEN, Michel
 « Conflits de nationalités : plurinationalité et apatridie », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1999, vol. 277, La Haye, Martinus Nijhoff, 2000, p. 9 à 484.
- WALBROECK, Michel
 « Belgium », in Elihu Lauterpacht et John G. Collier (dir.), *Individual Rights and the State in Foreign Affairs: an International Compendium*, New York, Praeger, 1977, p. 55 à 76.
- WALDOCK, C. H. M.
 « The regulation of the use of force by individual States in international law », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1952-II*, vol. 81, Paris, Sirey, 1953, p. 451 à 517.
- WARBRICK, Colin
 « Protection of nationals abroad », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 37, 4^e partie, octobre 1988, p. 1002 à 1012.
- WEIL, Prosper
 « France », in Elihu Lauterpacht et John G. Collier (dir.), *Individual Rights and the State in Foreign Affairs: an International Compendium*, New York, Praeger, 1977, p. 271 à 296.
- WEIS, Paul
 « Diplomatic protection of nationals and international protection of human rights (The question of third party determination of alleged violations of human rights) », *Human Rights Journal*, vol. IV, Paris, 1971, p. 643 à 678.
- Nationality and Statelessness in International Law*, 2^e éd., Alphen aan den Rijn, Sijthoff & Noordhoff, 1979.
- WYLER, Eric
La règle dite de la continuité de la nationalité dans le contentieux international, Paris, Presses Universitaires de France, 1990.
- YANGUAS MESSIA, José DE
 « La protection diplomatique en cas de double nationalité », in Hildebrand Accioly (dir.), *Hommage d'une génération de juristes au Président Basdevant*, Paris, Pedone, 1960, p. 547 à 558.
- YOUNG, Jacqueline M.
 « Torture and inhumane punishment of United States citizens in Saudi Arabia and the United States Government's failure to act », *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 16, 1992-1993, p. 663 à 688.

Introduction¹

1. À sa quarante-huitième session, en 1996, la Commission du droit international a défini la « protection diplomatique » comme l'un des trois sujets jugés se prêter à la codification et au développement progressif². La même année, dans sa résolution 51/160 du 16 décembre 1996, l'Assemblée générale a invité la Commission à examiner plus avant le sujet et à en indiquer la portée et le contenu en se fondant sur les commentaires et observations qui auraient été faits au cours du débat qui a eu lieu à la Sixième Commission ainsi que sur les commentaires que les gouvernements pourraient avoir soumis par écrit. En application de la résolution de l'Assemblée, la Commission, à sa quarante-neuvième session, en 1997, a constitué à sa 2477^e séance un Groupe de travail³. À la même session, le Groupe de travail a présenté un rapport, que la Commission a fait sien⁴, dans lequel il s'efforçait : a) De préciser autant que possible la portée du sujet; et b) De déterminer les questions à étudier dans le contexte du sujet. Le Groupe de travail a proposé un schéma sur lequel les gouvernements pourraient fonder leur examen du sujet, et la Commission a recommandé que le Rapporteur spécial lui soumette un rapport préliminaire établi à partir

de ce même schéma proposé⁵. Elle a aussi décidé qu'elle s'efforcerait d'achever l'examen du sujet en première lecture d'ici à la fin du quinquennat.

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

3. La Commission a examiné le rapport préliminaire [*Annuaire... 1998*, vol. II (2^e partie), document A/CN.4/484] présenté par le Rapporteur spécial de la 2520^e à la 2523^e séances, tenues du 28 avril au 1^{er} mai 1998.

4. La Commission a constitué à sa 2534^e séance, tenue le 22 mai 1998, sous la présidence de M. Bennouna, Rapporteur spécial sur le sujet⁶, un groupe de travail à composition non limitée chargé d'étudier les conclusions qui seraient éventuellement tirées de l'examen de la façon d'aborder le sujet et de fournir des orientations au Rapporteur spécial quant à l'objet du deuxième rapport, attendu pour la cinquante et unième session. Le Groupe de travail a tenu deux séances, les 25 et 26 mai 1998. En ce qui concerne la façon d'aborder le sujet, il a conclu ce qui suit :

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

¹ Le Rapporteur spécial tient à rendre hommage à Mme Zsuzanna Deen-Racsmany, assistante de recherche, dont les services ont été rétribués par la Fondation Cornelis van Vollenhoven de l'Université de Leyde, pour la contribution extrêmement précieuse qu'elle a apportée à l'établissement du présent rapport.

² *Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), par. 248, p. 105, et annexe II, additif 1, p. 150 et 151.

³ *Annuaire... 1997*, vol. II (2^e partie), par. 169, p. 61.

⁴ *Ibid.*, par. 171.

⁵ *Ibid.*, par. 189 et 190, p. 63 et 64.

⁶ *Annuaire... 1998*, vol. I, 2534^e séance, par. 90, p. 123.

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

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

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

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

f) Le Groupe de travail a estimé qu'il serait utile de demander aux gouvernements de fournir à la Commission des informations sur leur législation interne la plus perti-

nente, les décisions prises par les tribunaux nationaux et leur pratique en matière de protection diplomatique;

g) Le Groupe de travail a rappelé la décision prise par la Commission à sa quarante-neuvième session en 1997 d'achever l'examen du sujet en première lecture d'ici à la fin du quinquennat en cours⁷.

5. En ce qui concerne le deuxième rapport du Rapporteur spécial, le Groupe de travail a suggéré qu'il soit axé sur les questions soulevées dans le chapitre premier intitulé « Le fondement de la protection diplomatique » du schéma proposé par le Groupe de travail de l'année dernière⁸.

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

7. En 1999, M. Bennouna a été élu juge au Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et a démissionné de ses fonctions à la Commission. En juillet 1999, la Commission a élu l'auteur du présent rapport rapporteur spécial du sujet de la protection diplomatique⁹.

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

⁷ Ibid., vol. II (2^e partie), par. 108, p. 50.

⁸ *Annuaire... 1997* (voir *supra* la note 3), par. 189, p. 63 et 64.

⁹ *Annuaire... 1999*, vol. II (2^e partie), par. 19, p. 18.

CHAPITRE PREMIER

Structure du rapport

9. Le présent rapport se compose de trois parties :

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

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

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

Introduction

10. La pratique et les précédents abondent en matière de protection diplomatique, sujet qui, pourtant, demeure l'un des plus controversés du droit international¹⁰.

11. Avant la seconde guerre mondiale et les conventions relatives aux droits de l'homme, l'individu n'avait guère de recours en droit international pour faire valoir ses droits vis-à-vis de l'État auquel il ressortait. Mais, lorsque la violation à l'étranger de ces droits fondamentaux était le fait d'un autre État, l'État national pouvait intervenir pour le protéger et demander réparation pour les préjudices qu'il aurait subis. Dans la pratique, ce sont avant tout les nationaux des États occidentaux puissants qui ont bénéficié de ce privilège, car c'était ces États qui étaient toujours prêts à intervenir pour protéger leurs nationaux quand le traitement qui leur était réservé n'était

¹⁰ Lillich, *The Human Rights of Aliens in Contemporary International Law*.

pas conforme aux normes ordinaires de la civilisation, qu'ils fixaient eux-mêmes¹¹. Il était inévitable qu'ainsi appliqué, le principe de la protection diplomatique finisse par être considéré par les nations en développement, particulièrement en Amérique latine, plutôt comme un exercice discriminatoire du pouvoir que comme un moyen de protéger les droits de l'homme des étrangers.

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

En prenant fait et cause pour l'un des siens, en mettant en mouvement, en sa faveur, l'action diplomatique ou l'action judiciaire internationale, cet État fait, à vrai dire, valoir son droit propre, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants le droit international¹².

13. Cette fiction avait des conséquences importantes. Tout d'abord, elle offrait une justification à l'intervention militaire ou à la diplomatie de la canonnière. À un autre niveau, elle permettait aux États-Unis d'Amérique et aux puissances européennes de rejeter les efforts entrepris par l'Amérique latine pour obliger les étrangers exerçant des activités industrielles ou commerciales en Amérique latine à renoncer à la protection diplomatique, au motif qu'un national ne saurait renoncer à un droit qui appartient à l'État dont il dépend¹³.

14. La protection diplomatique des étrangers a donné lieu à d'énormes abus. La guerre des Boers (1899-1902) a été justifiée par le Royaume-Uni en tant qu'intervention qui visait à protéger ses nationaux propriétaires des mines d'or du Witwatersrand. Les campagnes militaires américaines entreprises sous le prétexte de défendre des Américains en Amérique latine se sont poursuivies jusqu'à une époque récente, comme le montrent les interventions à la Grenade en 1983¹⁴ et au Panama en 1989¹⁵. L'intervention non militaire, sous forme de réclamation pour dommages causés à la personne ou aux biens des étrangers, a elle aussi fait l'objet d'abus¹⁶, encore que, selon un auteur, le règlement des réclamations par voie d'arbitrage ait souvent épargné aux États latino-américains des interventions militaires menées à l'appui des revendications¹⁷.

¹¹ Voir l'affaire *Harry Roberts (États-Unis d'Amérique c. Mexique)*, 1926, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IV (Publication des Nations Unies, numéro de vente : 1951.V.1), p. 77; et l'affaire *L.F.H. et Pauline Neer (États-Unis d'Amérique c. Mexique)*, 1926, *ibid.*, p. 60.

¹² Affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine (Grèce c. Royaume-Uni)*, 1924, *C.P.J.I., Série A*, n° 2, p. 12. Ce principe a été repris par la CPIJ dans l'affaire du *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis (Estonie c. Lituanie)*, arrêt du 28 février 1939, *C.P.J.I., Série A/B*, n° 76, p. 16.

¹³ On trouvera un exposé complet de la polémique autour de cette renonciation (la « clause Calvo ») dans Shea, *The Calvo clause: A Problem of Inter-American and International Law and Diplomacy*.

¹⁴ Nash Leich, « Contemporary practice of the United States relating to international law », 1984, p. 200.

¹⁵ *Ibid.*, 1990, p. 545.

¹⁶ Voir l'opinion individuelle du juge Padilla Nervo dans l'affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited, deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1970*, p. 246.

¹⁷ Dunn, *The Protection of Nationals: A Study in the Application of International Law*, p. 58.

15. La situation a bien changé en quelques années. Les normes de justice applicables aux individus dans leur pays et aux étrangers dans des pays tiers se sont profondément modifiées. À l'heure actuelle, près de 150 États sont parties au Pacte international relatif aux droits civils et politiques ou à ses homologues régionaux d'Europe, des Amériques et d'Afrique, qui fixent les normes de justice à observer dans les procès pénaux et dans le traitement des détenus. De plus, les particuliers sont habilités dans certains cas à saisir des organes internationaux tels que le Comité des droits de l'homme des Nations Unies, la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour interaméricaine des droits de l'homme et la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples.

16. La personne qui exerce une activité industrielle ou commerciale à l'étranger dispose elle aussi de nouveaux moyens. La Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États autorise les sociétés à engager une procédure à l'encontre d'un État devant le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, à condition que l'État défendeur et l'État de l'investisseur aient consenti au préalable à cette procédure. Les accords bilatéraux relatifs aux investissements offrent des recours similaires aux sociétés exerçant des activités industrielles ou commerciales à l'étranger¹⁸. Il ne fait aucun doute qu'avec la fin de la guerre froide et la généralisation des principes de l'économie de marché dans le monde, la vie, et les capitaux, des investisseurs étrangers sont plus en sécurité que par le passé.

17. Du coup, certains ont prétendu que la protection diplomatique était périmée. Leur argumentation peut se résumer ainsi : le principe de l'égalité de traitement entre nationaux et étrangers et la norme internationale minimale relative au traitement des étrangers ont été remplacés par une norme internationale tirée des droits de l'homme, qui reconnaît aux nationaux et aux étrangers l'égalité de traitement, selon les dispositions essentielles de la Déclaration universelle des droits de l'homme¹⁹. L'individu est désormais un sujet de droit international, doté de la capacité de faire valoir ses droits fondamentaux dans la sphère internationale. Le droit qu'a l'État de réclamer au nom de son national doit être limité aux situations qui ne peuvent être réglées par aucun moyen de règlement convenu entre ce national et l'État auteur du préjudice, auxquels cas l'État protecteur intervient en tant qu'agent de l'individu et non en son nom propre. L'idée que l'État fait valoir son droit propre lorsqu'il intervient au nom de son national est une fiction dépassée qui doit être abandonnée – sauf peut-être dans le cas où l'intérêt national véritable de l'État est en cause²⁰.

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

¹⁸ Voir Lavieć, *Protection et promotion des investissements – Étude de droit international économique*.

¹⁹ Adoptée et proclamée par l'Assemblée générale du 10 décembre 1948 [résolution 217 A (III)]; voir García Amador, *loc. cit.*, p. 421, et 437 à 439; et *Annuaire... 1957*, vol. II, document A/CN.4/106, p. 130 à 134. Voir également Bennouna, *Annuaire... 1998*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/484, par. 34 à 37, p. 322.

²⁰ García Amador, *loc. cit.*, p. 472.

19. Dans certaines situations, la violation des droits de l'homme d'un étranger engage les intérêts de l'État national²¹. Tel est notamment le cas lorsque cette violation est généralisée et atteste que l'État auteur impose une discrimination systématique à tous les nationaux de l'autre État. Il est vrai toutefois que lorsqu'il s'agit d'un préjudice isolé, l'État intervenant agit en fait au nom de l'individu lorsqu'il fait valoir les droits de celui-ci. Dans ce cas, la notion de préjudice causé à l'État lui-même est bien une fiction. Ce raisonnement est en particulier confirmé par deux règles, à savoir celle de l'épuisement des recours internes avant que l'État national puisse intervenir, et celle de la continuité de la nationalité, d'après laquelle l'individu doit être un national de l'État qui épouse sa cause non seulement au moment du préjudice mais également au moment de la présentation de la réclamation²². D'ailleurs, les décisions judiciaires précisent bien que, lorsque l'on évalue les dommages subis par l'État, il faut tenir compte des dommages subis par son national²³.

20. La nature fictive de la protection diplomatique était au centre du rapport préliminaire de M. Bennouna, dans lequel celui-ci demandait à la Commission de l'orienter sur la question de savoir si, « en engageant une réclamation internationale, l'État fait valoir son propre droit ou bien celui de son ressortissant lésé »²⁴.

21. Le Rapporteur actuel ne partage pas le dédain professé par son prédécesseur pour les fictions juridiques, que la plupart des systèmes juridiques connaissent. Le droit romain a fait largement usage des fictions de procédure pour réaliser l'équité²⁵. Comme l'a affirmé Oliver Wendell Holmes, président de la Cour suprême des États-Unis à la fin du XIX^e siècle : « Le droit vit non pas de logique mais d'expérience. »²⁶ Nous ne saurions rejeter une institution telle que la protection diplomatique, qui a une utilité réelle, parce qu'elle repose sur une fiction qui ne résiste pas à l'analyse.

22. L'idée que le développement des droits de l'homme a rendu la protection diplomatique désuète appelle une étude plus attentive. García Amador, premier Rapporteur spécial sur le sujet de la responsabilité des États, déclare que la notion traditionnelle de protection diplomatique, en vertu de laquelle un État pouvait engager une réclamation au nom d'un de ses nationaux lésé appartient à une époque où les droits de la personne et les droits de l'État

étaient inséparablement liés. Cette situation a changé du tout au tout. Désormais, étrangers et nationaux jouissent de droits qui leur sont accordés en tant que personnes humaines et non en tant que nationaux d'un certain État. Ce qui signifie, poursuit García Amador, que l'étranger est internationalement reconnu comme ayant la personnalité juridique, indépendamment de son État et qu'il est un véritable *sujet** doté de droits internationaux²⁷. Ce raisonnement oblige à conclure que l'individu, dorénavant sujet de droit international, doté de droits et d'obligations de droit international, doit sauf exception se défendre de lui-même lorsqu'il s'aventure à l'étranger.

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

24. Le débat sur la question de savoir si l'être humain est un simple « objet » (conception classique) ou plutôt « sujet » de droit international demeure stérile. Il vaut mieux envisager l'être humain comme participant à l'ordre juridique international²⁸. À ce titre, il peut intervenir dans l'ordre juridique international par l'exercice des droits que lui confèrent les traités relatifs aux droits de l'homme ou les accords bilatéraux en matière d'investissements. Mais il faut admettre parallèlement que même si un particulier peut avoir des droits en droit international, ses recours restent limités, circonstance qui n'a pas retenu l'attention de García Amador²⁹.

25. Alors que la Convention européenne des droits de l'homme peut offrir de véritables voies de recours à des millions d'Européens, il est difficile d'affirmer que la Convention américaine sur les droits de l'homme ou la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples en font autant. En outre, la majorité de la population mondiale, qui se trouve en Asie, n'est couverte par aucune convention régionale en matière de droits de l'homme. Affirmer que les conventions universelles relatives aux droits de l'homme, notamment le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, offrent aux particuliers des recours efficaces pour faire respecter leurs droits fondamentaux relève de la fantaisie, laquelle, contrairement à la fiction, n'a pas sa place dans le raisonnement juridique. La triste vérité est qu'une poignée d'individus seulement, dans les quelques États qui admettent les recours individuels auprès des organes de contrôle nés de ces conven-

²¹ Brierly, « The theory of implied State complicity in international claims », p. 48. Voir également McDougal, Lasswell et Lung-chu Chen, « The protection of aliens from discrimination and world public order: responsibility of states conjoined with human rights », p. 442. Selon ces auteurs, « comme c'est aussi le cas pour d'autres constructions fictives, l'identification des intérêts de l'État et des intérêts de la personne physique est considérée par les observateurs indépendants et par les demandeurs comme étant dans de nombreux contextes une représentation assez fidèle de la réalité sociale : les personnes physiques ont toujours constitué la grande base du pouvoir des communautés territoriales ».

²² Wyler, La règle dite de la continuité de la nationalité dans le contentieux international.

²³ *Usine de Chorzów (Allemagne c. Pologne), fond, arrêt n° 13, 1928, C.P.J.I., Série A, n° 17, p. 28.*

²⁴ *Annuaire... 1998 (voir supra la note 19), par. 54.*

²⁵ Sur l'actio ficticia en droit romain, voir Sohm, *The Institutes: A Textbook of the History and System of Roman Private Law*, p. 259 et 260.

²⁶ *Annuaire... 1972, vol. I, 1167^e séance, par. 53, p. 105.*

²⁷ García Amador, loc. cit., p. 421.

²⁸ Higgins, *Problems and Process – International Law and How we Use it*, p. 48 à 55.

²⁹ Voir le commentaire ci-après de McDougal, Lasswell et Chen (loc. cit., p. 456), à propos du premier rapport du Rapporteur spécial, « noble "synthèse" du droit naissant relatif aux droits de l'homme et du droit plus ancien de la protection des étrangers » (ibid., p. 454), commentaire qui saisit le mieux la diversité des réactions devant cette « synthèse » :

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

tions, ont pu ou pourront disposer de voies de recours satisfaisantes sur la base des textes en question.

26. La situation de l'étranger n'est pas meilleure. Les conventions universelles et régionales relatives aux droits de l'homme accordent effectivement leur protection à toute personne – national et étranger – se trouvant sur le territoire des États parties. Mais, hormis le cas des investissements, il n'existe aucune convention multilatérale ayant pour objet d'offrir à l'étranger le moyen de faire respecter ses droits³⁰.

27. La Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille³¹ a été adoptée en 1991. Elle comporte une charte des droits des travailleurs migrants, doublée d'un organe de contrôle analogue au Comité des droits de l'homme des Nations Unies et offre la faculté d'un recours individuel. Le fait qu'un tel recours n'a pas pour objet de remplacer le droit à la protection diplomatique est stipulé à l'article 23 :

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

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

28. En 1985, l'Assemblée générale a adopté la Déclaration sur les droits de l'homme des personnes qui ne possèdent pas la nationalité du pays dans lequel elles vivent³², censée étendre aux étrangers les droits prévus par la Déclaration universelle des droits de l'homme. Cette Déclaration ne prévoit aucun mécanisme d'application, mais réaffirme le droit qu'à tout étranger de se mettre en rapport avec le consulat ou la mission diplomatique de son pays pour en réclamer la protection. C'est une illustration éloquente de la situation actuelle, dans laquelle les étrangers peuvent bénéficier de droits dans la sphère internationale en tant qu'êtres humains, mais, en l'absence de traité relatif aux droits de l'homme, ne disposent d'aucun recours en droit international, en dehors de l'intervention de l'État dont ils possèdent la nationalité³³.

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

En attendant la création d'un mécanisme international garantissant le règlement par une tierce partie des litiges entre les plaignants étrangers et les États, il est de l'intérêt des professionnels du droit international non seulement de soutenir la doctrine [de la protection diplomatique]

mais également de s'opposer fermement à toute tentative visant à l'infirmier ou à la détruire³⁴.

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

Même si l'on admet que ces reproches sont en partie justifiés, ils pèchent par exagération et par volonté délibérée de généraliser. Il est toutefois indéniable que la protection diplomatique a souvent été l'occasion d'abus et que les États les plus puissants sont mieux armés pour l'exercer. Ainsi, les critiques portent essentiellement sur la brutalité de la pratique et non sur l'institution elle-même [...].

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

Tant qu'il n'existe pas de recours plus efficace que la protection diplomatique, il est nécessaire de préserver celle-ci parce qu'elle est d'une utilité considérable et que, de toute manière, ses avantages l'emportent sur ses inconvénients³⁵.

31. Le droit relatif aux droits de l'homme ne se résume pas aux conventions conclues en la matière. Il existe toute une série de traités et de coutumes, y compris celle de la protection diplomatique, qui forment ensemble les normes internationales relatives aux droits de l'homme. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, la Convention européenne des droits de l'homme, la Convention américaine sur les droits de l'homme, la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et les autres instruments universels et régionaux relatifs aux droits de l'homme sont importants, notamment en ce qu'ils étendent leur protection tant aux étrangers qu'aux nationaux résidant sur le territoire des États parties³⁶. Mais les recours qu'ils offrent sont d'une faible efficacité. La protection diplomatique, même si elle n'a pour objet que de protéger des particuliers contre un gouvernement étranger, est par contre une règle coutumière de droit international d'application universelle, susceptible d'offrir un recours plus utile. La plupart des États prendront beaucoup plus au sérieux la demande d'exercice de la protection diplomatique d'un autre État que la plainte déposée contre eux auprès d'un organe de contrôle du respect des droits de l'homme³⁷.

³⁴ Lillich, « The diplomatic protection of nationals abroad: an elementary principle of international law under attack », p. 359. Voir également Amerasinghe, *State Responsibility for future Injuries to Aliens*, p. 4 à 7.

³⁵ « The protection of individual persons in traditional international law (diplomatic and consular protection) », p. 113.

³⁶ Par exemple, le paragraphe premier de l'article 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques stipule que les parties doivent respecter les droits reconnus dans le Pacte et les garantir à tout individu sur son territoire. Voir également l'article premier de la Convention européenne des droits de l'homme, ainsi que l'article 2 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples.

³⁷ Une plainte déposée par un particulier au titre de la Convention européenne des droits de l'homme et soutenue par un gouvernement étranger aura également probablement plus de poids. Voir *Soering c. Royaume-Uni* (publications de la Cour européenne des droits de l'homme, Série A : Arrêts et décisions, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1989, vol. 161), arrêt du 7 juillet 1989 (Allemagne de l'Ouest intervenant); *Selmouni c. France*, requête n° 25803/94, arrêt du 28 juillet 1999 (Pays-Bas intervenant); *Danemark c. Turquie*, requête n° 34382/97, arrêt du 8 juin 1999.

³⁰ Voir *supra* le paragraphe 14.

³¹ Pour cette convention, voir Cholewinski, *Migrant Workers in International Human Rights Law: Their Protection in Countries of Employment*.

³² Résolution 40/144 de l'Assemblée générale en date du 13 décembre 1985, annexe.

³³ Geck, « Diplomatic Protection », p. 1059 et 1060.

32. Les pactes internationaux contemporains relatifs aux droits de l'homme accordent aux nationaux et aux étrangers la même protection, laquelle dépasse de loin la norme internationale minimale applicable au traitement des étrangers, fixée par les puissances occidentales à une autre époque. Cette évolution n'a pas pour autant rendu caduques les procédures traditionnelles consacrées par le droit international coutumier en matière de traitement des étrangers³⁸. Même si la panoplie des recours

³⁸ Dans l'affaire de la *Barcelona Traction* (voir *supra* la note 16), p. 165, le juge Jessup déclare : « L'institution qu'est le droit d'accorder une protection diplomatique n'est sûrement pas caduque, quoique de nouvelles procédures fassent leur apparition ».

internationaux mis à la disposition des particuliers pour faire respecter leurs droits n'a jamais été aussi fournie, la protection diplomatique demeure une arme de choix pour la défense des droits de l'homme. Tant que l'État reste l'acteur principal des relations internationales, le fait qu'il prenne fait et cause pour ses nationaux en cas de violation de leurs droits est le moyen le plus efficace de promouvoir les droits de l'homme. Au lieu de chercher à affaiblir l'institution en l'écartant comme une fiction dépassée dont on n'a plus l'usage, il faudrait au contraire tout faire pour renforcer les règles qui composent le droit de la protection diplomatique.

CHAPITRE II

Projets d'article

Article premier. – Champ d'application

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

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

Commentaire

A. PROTECTION DIPLOMATIQUE

33. La doctrine de la protection diplomatique est étroitement liée à la théorie de la responsabilité des États en cas de dommage causé à un étranger. L'idée qu'un fait ou une omission internationalement illicite qui cause un dommage à un étranger engage la responsabilité de l'État qui en est l'auteur avait largement fait son chemin dans la communauté internationale dès la fin des années vingt. D'une manière générale, il était admis que l'État n'était pas obligé d'accueillir des étrangers mais que s'il le faisait, il était obligé à l'égard de l'État d'origine de leur fournir un certain niveau de protection matérielle et personnelle, conforme à la norme internationale minimale de traitement des étrangers³⁹.

34. On a tenté à plusieurs reprises de codifier ce principe. En 1927, l'Institut de droit international adoptait une résolution sur « La responsabilité internationale des États à raison des dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers », où il était stipulé que

L'État est responsable des dommages qu'il cause aux étrangers par toute action ou omission contraire à ses obligations internationales...⁴⁰.

³⁹ Joseph, *Nationality and Diplomatic Protection: The Commonwealth of Nations*, p. 3; et Jennings et Watts (dir.), *Oppenheim's International Law*, p. 897 et 910 et 911.

⁴⁰ Art. 1 du projet reproduit dans le premier rapport présenté par García Amador, *Annuaire... 1956*, vol. II, document A/CN.4/96, annexe 8, p. 228.

En 1930, la Troisième Commission de la Conférence de codification du droit international de La Haye adoptait en première lecture une disposition libellée comme suit :

Tout manquement aux obligations internationales d'un État du fait de ses organes, qui cause un dommage à la personne ou aux biens d'un étranger sur le territoire de cet État, entraîne la responsabilité internationale de celui-ci⁴¹.

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

Un État est internationalement responsable de tout acte ou omission illicite en droit international qui lui est imputable et qui cause un dommage à un étranger⁴².

Ce principe a été accepté comme règle de droit international coutumier et appliqué dans un grand nombre de décisions judiciaires ou arbitrales. Pendant la période de la décolonisation, certains ont contesté l'idée qu'il s'appliquait universellement parce qu'il ouvrait la porte aux abus des puissances impérialistes, qu'il s'agissait d'une invention essentiellement occidentale et que les étrangers ne devaient pas bénéficier d'une protection plus large que les propres nationaux d'un État⁴³. En dépit de ces critiques, la responsabilité de l'État à raison des dommages causés à un étranger est largement reconnue aujourd'hui⁴⁴. Il est également admis que cette responsabilité s'accompagne de l'obligation de réparer⁴⁵. Ainsi, dans le projet révisé

⁴¹ Art. 1^{er}, publications de la Société des Nations, V. *Questions juridiques*, 1930.V.17 (document C.351(c) M.145(c).1930.V), reproduit dans *Annuaire... 1956* (voir *supra* la note 40), p. 226.

⁴² Article 1, par. 1, du projet reproduit dans Sohn et Baxter, « Responsibility of States for injuries to the economic interests of aliens », p. 548.

⁴³ Voir par exemple Guha Roy, « Is the law of responsibility of states for injuries to aliens a part of universal international law? ».

⁴⁴ Voir García Amador, *op. cit.*, p. 74 à 76. On le voit aussi au fait que de nombreux auteurs abordent le traitement réservé aux étrangers dans le cadre du sujet plus général de la responsabilité des États. Voir par exemple Jennings et Watts, *op. cit.*, Brownlie, *Principles of Public International Law*; Harris, *Cases and Materials on International Law*; et Shaw, *International Law*.

⁴⁵ Pour d'autres manifestations de ce principe, voir García Amador, *loc. cit.*, p. 393 et 394.

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

Aux fins du présent avant-projet, la « responsabilité internationale de l'État à raison des dommages causés sur son territoire à la personne ou aux biens des étrangers » comporte le devoir de réparer ces dommages...⁴⁶.

35. La présente série de projets d'article est faite essentiellement de règles secondaires. C'est pourquoi on n'a pas cherché à y intégrer une disposition incorporant une règle primaire définissant les circonstances dans lesquelles la responsabilité d'un État se trouve engagée par le fait ou l'omission illicite qui cause un préjudice à un étranger. On n'a pas non plus tenté de formuler une disposition sur la réparation, la question étant réglée dans le projet d'articles sur la responsabilité des États⁴⁷.

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

Quiconque maltraite un citoyen offense indirectement l'État, qui doit protéger ce citoyen. Le souverain de celui-ci doit venger son injure, obliger, s'il le peut, l'agresseur à une entière réparation, ou le punir; puisqu'autrement le citoyen n'obtiendrait point la grande fin de l'Association civile, qui est la sûreté⁴⁸.

Même si cette doctrine traditionnelle de la protection diplomatique a suscité des débats considérables – notamment sur le point de savoir à qui appartiennent les droits qui sont invoqués quand l'État exerce sa protection diplomatique à l'égard de ses nationaux⁴⁹ – le droit de protéger ses nationaux à l'étranger est une règle de droit international coutumier largement acceptée. La compétence territoriale appartient à l'État de résidence dans le cas des étrangers, mais l'État de nationalité de ceux-ci conserve sa compétence personnelle à leur égard même lorsqu'ils résident dans un autre État⁵⁰. La formulation classique des conséquences de la compétence personnelle de l'État de nationalité a été donnée par la CPIJ dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine* :

C'est un principe élémentaire du droit international que celui qui autorise l'État à protéger ses nationaux lésés par des actes contraires au droit international commis par un autre État, dont ils n'ont pu obtenir satisfaction par les voies ordinaires. En prenant fait et cause pour l'un des siens, en mettant en mouvement, en sa faveur, l'action diplomatique ou l'action judiciaire internationale, cet État fait, à vrai dire, valoir son propre droit, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants, le droit international⁵¹.

⁴⁶ *Annuaire... 1961*, vol. II, document A/CN.4/134 et Add.1, additif, p. 48.

⁴⁷ Voir article 42, adopté provisoirement en première lecture, *Annuaire... 1996* (voir *supra* la note 2), p. 70.

⁴⁸ Vattel, *Le droit des gens; ou Principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, livre II, chap. vi (De la part que la nation peut avoir aux actions de ses citoyens), p. 309.

⁴⁹ Cet aspect est abordé plus en détail, *infra*, dans le commentaire de l'article 3.

⁵⁰ Leigh, « Nationality and diplomatic protection », p. 453.

⁵¹ Voir *supra* la note 12.

Le droit qu'a l'État de nationalité d'exercer ainsi sa protection diplomatique a été confirmé par les tribunaux⁵² et par les publicistes⁵³. Qui plus est, il a été codifié à l'article 3 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques et à l'article 5 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires. La première de ces dispositions inscrit parmi les fonctions des missions diplomatiques et consulaires le fait de

Protéger dans l'État de résidence les intérêts de l'État d'envoi et de ses ressortissants, dans les limites admises par le droit international⁵⁴.

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

La protection diplomatique est par nature une procédure internationale, qui est « un appel lancé par une nation à une autre pour que la deuxième honore les obligations qu'elle a envers la première en conséquence de leurs droits et devoirs respectifs »⁵⁵.

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

La protection diplomatique peut être définie comme une procédure de mise en œuvre de la responsabilité de l'État en cas de préjudice causé à la personne ou aux biens d'un citoyen d'un État en violation du droit international⁵⁶.

Charles de Vischer, que M. García Amador cite avec approbation, définissait la protection diplomatique comme

la procédure par laquelle les États font valoir le droit de leurs ressortissants à un traitement conforme au droit international⁵⁷.

38. La définition proposée par Geck, dans l'*Encyclopedia of Public International Law*, tient compte de l'évolution de la protection fonctionnelle qui prévoit le cas des agents des institutions internationales :

La protection diplomatique est ... la protection accordée par un sujet de droit international à une personne physique ou morale, contre toute violation du droit international par un autre sujet de droit international⁵⁸.

⁵² Affaire du *Chemin de fer Panevezys-Satdutiskis* (voir *supra* la note 12), p. 16 et 17; et affaire *Nottebohm*, deuxième phase, jugement du 6 avril 1955, C. I. J. *Recueil* 1955, p. 24.

⁵³ Voir par exemple Joseph, op. cit., p. 1; Leigh, loc. cit., p. 453; Geck, loc. cit., p. 1046; et Jennings et Watts, op. cit., p. 512.

⁵⁴ Article 3, par. 1 b, de la Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques. L'article 5 de la Convention de Vienne de 1963 sur les relations consulaires est très proche, quoique un peu plus précis :

« Les fonctions consulaires consistent à :

a) Protéger dans l'État de résidence les intérêts de l'État d'envoi et de ses ressortissants, personnes physiques et morales, dans les limites admises par le droit international;

[...]

e) Prêter secours et assistance aux ressortissants, personnes physiques et morales, de l'État d'envoi ».

La Convention européenne sur les fonctions consulaires consacre ce principe à l'article 2, par. 1.

⁵⁵ Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or The Law of International Claims*, p. 354, citant Blaine, Secrétaire d'État. Voir également, *ibid.*, p. 357.

⁵⁶ Joseph, op. cit., p. 1. Voir aussi Leigh, loc. cit., p. 453.

⁵⁷ « Cours général de principes de droit international public », p. 507. García Amador cite cette définition pour soutenir l'idée que les définitions existantes mettent l'accent sur le droit des États à agir. Il n'a lui-même proposé aucune définition nouvelle, préférant renvoyer à d'autres auteurs et aux décisions judiciaires allant dans le même sens (loc. cit., p. 426 et 427).

⁵⁸ Geck, loc. cit., p. 1046.

La protection fonctionnelle accordée par une organisation internationale, dont le concept a été développé pour la première fois en 1949 dans l'affaire de la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*⁵⁹, est une institution importante pour la protection des droits des personnes à l'emploi d'une organisation internationale⁶⁰. Mais il y a nécessairement de grandes différences entre la protection diplomatique classique de l'État et la protection fonctionnelle exercée par une organisation internationale. C'est pour cette raison que la protection fonctionnelle est exclue de la présente série d'articles⁶¹.

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

un mécanisme ou une procédure pour la mise en œuvre de la responsabilité internationale de l'État d'accueil des étrangers ...⁶².

Il a toutefois admis que :

la protection diplomatique a été conçue dès le départ comme le corollaire de la compétence personnelle de l'État sur sa population, lorsque des éléments de celle-ci, se trouvant en territoire étranger, ont subi un préjudice en violation du droit international⁶³.

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

Sur le fondement de la nationalité des personnes physiques et/ou morales, les États font valoir, vis-à-vis d'autres États, le droit d'endosser leur cause et d'agir en leur faveur lorsqu'elles ont été victimes d'un préjudice et/ou d'un déni de justice dans un autre État. À cet égard, la protection diplomatique a été définie par la jurisprudence internationale comme un droit de l'État...⁶⁴

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

B. SIGNIFICATION DU TERME « ACTION »

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

42. Dans l'affaire du *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, la CPJI semblait établir une distinction entre

⁵⁹ *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1949*, p. 174.

⁶⁰ L'avis consultatif de la CIJ au sujet du Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme (*C.I.J. Recueil 1999*, p. 63) illustre comment le droit à la protection fonctionnelle peut être invoqué.

⁶¹ Le Groupe de travail créé en 1997 pour examiner la question de la protection diplomatique n'a pas pris « position sur le point de savoir si le sujet de la protection diplomatique devrait s'étendre à la protection revendiquée par les organisations internationales en faveur de leurs agents » [*Annuaire... 1997* (voir *supra* la note 3), par. 187, p. 63].

⁶² *Annuaire... 1998* (voir *supra* la note 19), par. 10, p. 319.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ *Annuaire... 1997* (voir *supra* la note 3), par. 182, p. 62.

« l'action diplomatique » et « l'action judiciaire »⁶⁵, distinction reprise par la CIJ dans l'affaire *Nottebohm*⁶⁶ et par le Tribunal irano-américain de réclamations dans l'affaire n° A/18⁶⁷.

43. À l'opposé, les publicistes ne font pas cette distinction et estiment que la « protection diplomatique » couvre l'action consulaire, la négociation, la médiation. L'action judiciaire ou arbitrale, les représailles, les mesures de rétorsion, la rupture des relations diplomatiques, les pressions économiques et, en dernier ressort, le recours à la force⁶⁸. Dans son étude de 1932, Dunn soulignait à propos de l'expression « action diplomatique » :

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

[...]

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

[...]

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

On notera que seules les représentations et les demandes qui s'appuient explicitement ou implicitement sur la *revendication d'un droit* nous intéressent ici. Les gouvernements engagent souvent une action au nom de leurs ressortissants à l'étranger sans invoquer telle ou telle obligation internationale et sans que cette action relève de la protection au sens technique⁶⁹.

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

L'État conserve, en principe, le choix des moyens d'agir pour défendre ses ressortissants, dans le respect de ses engagements internationaux et des normes impératives du droit international. Il ne peut, notamment, recourir à la menace et à l'emploi de la force dans l'exercice de la protection diplomatique⁷⁰.

⁶⁵ Voir *supra* la note 12.

⁶⁶ Voir *supra* la note 52.

⁶⁷ Tribunal irano-américain de réclamations, *affaire n° A/18*, décision du 6 avril 1984, *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 5, Cambridge, Grotius, 1985, p. 261.

⁶⁸ Borchard, *op. cit.*, p. 439 à 447; Geck, *loc. cit.*, p. 1061 à 1063; et Weis, « Diplomatic protection of nationals and international protection of human rights », p. 645.

⁶⁹ Dunn, *op. cit.*, p. 18 à 20; Geck, *loc. cit.*, p. 1046, affirme lui aussi clairement que les demandes qui ne sont pas formulées au titre d'un droit que l'on revendique ne relèvent pas de la protection diplomatique :

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

[Voir *Annuaire... 1998* (voir *supra* la note 19), par. 12, p. 320.]

⁷⁰ *Ibid.*, par. 11.

45. Le choix des moyens diplomatiques est limité par les restrictions imposées au mécanisme des contre-mesures par le droit international, et dont on trouve le reflet dans le projet d'articles sur la responsabilité des États⁷¹. La question de savoir si le droit de recourir à la force est entièrement exclu de l'exercice de la protection diplomatique est réglée à l'article 2.

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

Article 2

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

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

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

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

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

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

Commentaire

47. Comme indiqué à l'article premier, les restrictions applicables aux moyens de l'action diplomatique ouverts à l'État de protection sont régies par les règles générales du droit international, en particulier celles qui concernent les contre-mesures, telles qu'elles sont définies dans le projet d'articles sur la responsabilité des États⁷². L'emploi de la force en tant que moyen ultime de protection diplomatique est fréquemment considéré comme faisant partie de la question de la protection diplomatique; il y a donc lieu de lui accorder une attention particulière dans le présent projet d'articles.

48. L'histoire, tant passée que présente⁷³, offre de nombreux exemples de cas dans lesquels la protection des nationaux a servi de prétexte pour justifier une intervention militaire. Les écrits du juriste argentin Carlos Calvo, qui a cherché à restreindre le droit à la protection diplomatique, étaient une réaction à des interventions militaires

en Amérique latine⁷⁴. La Doctrine Drago de 1903⁷⁵, qui visait à proscrire l'intervention militaire pour le recouvrement des dettes contractuelles dues à des ressortissants étrangers, était une réaction aux mesures prises en 1902 par l'Italie, l'Allemagne et la Grande-Bretagne contre le Venezuela, qui n'avait pas payé des dettes contractuelles dues à des ressortissants de ces pays. C'est ainsi qu'a été adoptée par la suite la Convention Drago-Porter de 1907 concernant la limitation de l'emploi de la force pour le recouvrement de dettes contractuelles (Convention II de la Conférence de la paix de La Haye de 1907), dont l'article premier faisait obligation aux États de « ne pas avoir recours à la force armée pour le recouvrement de dettes contractuelles réclamées au gouvernement d'un pays par le gouvernement d'un autre pays comme dues à ses nationaux ». Il ressortait toutefois de l'article que cette interdiction de recourir à la force n'était pas absolue puisqu'il était disposé plus loin dans le texte que :

cette stipulation ne pourra être appliquée quand l'État débiteur refuse ou laisse sans réponse une offre d'arbitrage, ou, en cas d'acceptation, rend impossible l'établissement du compromis, ou, après l'arbitrage, manque de se conformer à la sentence rendue⁷⁶.

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

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

L'exercice direct de la protection diplomatique n'impliquera en aucun cas la menace ou l'emploi effectif de la force ou d'une autre forme quelconque d'intervention dans les affaires intérieures ou extérieures de l'État défendeur⁷⁷.

Il ne ressort pas des débats de la Commission que ces dispositions aient suscité des objections, mais les seules opinions favorables qui aient été exprimées à leur endroit sont celles de M. Krylov et de M. Spiropoulos, qui les ont brièvement mentionnées pour les approuver⁷⁸. Pourtant, elles n'ont jamais été reprises dans aucun des rapports ultérieurs.

51. Dans son rapport préliminaire, M. Bennouna a déclaré, sans y apporter de réserve, que l'État « ne peut, notamment, recourir à la menace et à l'emploi de la force dans l'exercice de la protection diplomatique »⁷⁹.

52. Vouloir interdire la menace ou l'emploi de la force dans l'exercice de la protection diplomatique est louable, mais c'est faire peu de cas du droit international

⁷⁴ Voir *supra* la note 13.

⁷⁵ Voir *Annuaire... 1956* (voir *supra* la note 40), par. 230, p. 217; et *Papers Relating to the Foreign Relations of the United States, with the annual message of the President transmitted to the Congress: December 7, 1903*, Washington, Government Printing Office, p. 1 à 5.

⁷⁶ *Annuaire... 1956* (voir *supra* la note 40), p. 217.

⁷⁷ *Ibid.*, Base de discussion n° VII, par. 3, p. 221. Voir aussi, *ibid.*, p. 216 à 219.

⁷⁸ *Annuaire... 1956*, vol. I, 371^e séance, p. 252 et 253.

⁷⁹ *Annuaire... 1998* (voir *supra* la note 19), par. 11, p. 320.

⁷¹ Articles 47 à 50, *Annuaire... 1996* (voir *supra* la note 2), p. 68; et *Annuaire... 1999*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/498 et Add.1 à 4, p. 3 et suiv.

⁷² Articles 47 à 50 (voir *supra* la note 71).

⁷³ Les plus connues des interventions récentes de ce genre sont sans doute celles des États-Unis à la Grenade en 1983 (voir *supra* la note 14) et au Panama en 1989 (voir *supra* la note 15).

contemporain tel qu'il ressort des interprétations de la Charte des Nations Unies et de la pratique des États. Dans leur ouvrage, Nguyen Quoc, Daillier et Pellet rendent bien compte du dilemme devant lequel se trouve actuellement le droit international lorsqu'ils déclarent qu'il est interdit d'employer la force dans le cas de la protection diplomatique, mais considèrent ensuite comme « délicate » la question de la légalité des cas dans lesquels des États sont intervenus militairement pour protéger leurs nationaux⁸⁰. Contrairement aux rapports précédents, le présent rapport rend compte de l'état actuel du droit international en la matière et les limites qu'il propose d'apporter au recours à la force sont celles qui ressortent de la pratique actuelle des États.

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

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

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

54. Il est clair que le recours à la force aux fins du recouvrement de dettes contractuelles est interdit par le paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte⁸¹. Sont de même interdits la menace ou l'emploi de la force en guise de représailles pour protéger des nationaux. Mais ce n'est pas ici le lieu de débattre des représailles et du recours à la force. Il suffit de dire que l'Assemblée générale a condamné les représailles comme étant contraires à la Charte des Nations Unies dans la Déclaration de 1970 relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies⁸², conclusion qui a été confirmée par la CIJ dans son avis consultatif sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*⁸³ et dans des travaux scientifiques⁸⁴. Si des spécialistes avancent que des représailles « raisonnables » sont tolérées par le droit

international⁸⁵, c'est parce qu'il est difficile de faire le partage entre les mesures de représailles qui sont parfois prises après une agression armée pour prévenir de futures agressions et la légitime défense. Aussi important que soit ce débat, il n'a rien à voir avec le recours à la force pour protéger des ressortissants, qui doit être une réaction immédiate pour assurer la sécurité de ressortissants et non une action punitive ultérieure.

55. Le recours à la menace ou à l'emploi de la force dans l'exercice de la protection diplomatique ne peut être justifié qu'en cas de légitime défense. C'est cette question qu'il faut étudier dans le cadre de la présente étude sur la protection diplomatique. Rien n'autorise à penser que la défense des ressortissants puisse être qualifiée d'intervention humanitaire en dépit du fait que certains auteurs⁸⁶ ne font pas clairement la distinction entre l'intervention humanitaire pour protéger les ressortissants de l'État auteur du préjudice et l'intervention d'un État pour protéger ses propres ressortissants.

56. Le droit de légitime défense tel que le reconnaît le droit international a été formulé bien avant 1945. Conformément à ce droit, toute mesure prise au titre de la légitime défense devait être une riposte, immédiate et commandée par la nécessité, à une situation mettant en péril la sécurité de l'État et ses intérêts vitaux. La riposte ne devait pas être disproportionnée. Le droit était d'une portée étendue, qui comprenait aussi bien les mesures prises par anticipation que les interventions pour protéger des ressortissants⁸⁷.

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

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

Certains auteurs⁸⁸ soutiennent que l'Article 51 donne une définition complète et exclusive du droit de légitime défense, qu'il limite aux cas dans lesquels un État a fait l'objet d'une agression armée, alors que d'autres affirment que les mots « droit naturel » figurant dans l'Article 51 sauvegardent le droit coutumier antérieur à la Charte⁸⁹. Dans l'affaire des *Activités militaires et*

⁸⁰ *Droit international public*, p. 777 et 908. Voir aussi Verdross et Simma, *Universelles Völkerrecht: Theorie und Praxis*, par. 1338, p. 905.

⁸¹ Jennings et Watts, op. cit., p. 441.

⁸² Résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale en date du 24 octobre 1970, annexe, section 1. Dans la Déclaration, l'Assemblée générale proclame que « les États ont le devoir de s'abstenir d'actes de représailles impliquant l'emploi de la force ».

⁸³ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1996, par. 46, p. 246.

⁸⁴ Tomuschat, « Article 2(3) », p. 105; Bowett, loc. cit., p. 1; Partsch, « Reprisals », p. 332; García Amador, premier rapport, *Annuaire... 1956* (voir supra la note 40), p. 217, Harvard Law School, Research in International Law, II. *Responsibility of States*, p. 217 et 218, cité dans García Amador, premier rapport, *ibid.*, p. 216; Higgins, *The Development of International Law through the Political Organs of the United Nations*, p. 216 et 217; Brownlie, *International Law and The Use of Force by States*, p. 281; Verdross et Simma, op. cit., p. 294 et 295; Schachter, *International Law in Theory and Practice*, p. 128 et 129; Bryde, « Self-Defence », p. 361 et 362; Partsch, « Self-Preservation », p. 218, se référant à la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies (Résolution 2625 (XXV)), ainsi qu'à l'Acte final de la Conférence d'Helsinki de 1975 sur la sécurité et la coopération en Europe; et Barsotti, « Armed reprisals », p. 79 et 80.

⁸⁵ Voir Bowett, loc. cit., p. 3; Shaw, op. cit., p. 786; Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, p. 222; Partsch, « Reprisals », *supra*, note 79, p. 332; Partsch, « Self-preservation », p. 218 et 219.

⁸⁶ Ronzitti, *Rescuing Nationals Abroad Through Military Coercion and Intervention on Grounds of Humanity*; Verwey, « Humanitarian Intervention », p. 57; et Nguyen Quoc, Daillier et Pellet, op. cit., p. 908 et 909.

⁸⁷ Bowett, *Self-Defence in International Law*, p. 96 à 105.

⁸⁸ Brownlie, *International Law and the Use of Force by States*, p. 272 à 275; Verdross et Simma, op. cit., par. 470, p. 288; et Kelsen, *The Law of the United Nations: A Critical Analysis of its Fundamental Problems*, p. 791.

⁸⁹ Bowett, op. cit., p. 184 à 186; Waldock, « The regulation of the use of force by individual states in international law », p. 496 et 497; et Franzke, « Die militärische Abwehr von Angriffen auf Staatsangehörige im Ausland – insbesondere ihre Zulässigkeit nach der Satzung der Vereinten Nationen », p. 169 et 170.

paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, la CIJ a adopté cette dernière façon de voir lorsqu'elle a constaté « que l'Article 51 de la Charte n'a de sens que s'il existe un droit de légitime défense "naturel" ou "inhérent", dont on voit mal comment il ne serait pas de nature coutumière, même si son contenu est désormais confirmé par la Charte et influencé par elle »⁹⁰. Elle a confirmé cette façon de voir dans son avis consultatif sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, lorsqu'elle a déclaré que certaines des limites à l'exercice de la légitime défense « sont inhérentes à l'idée même de légitime défense », tandis que d'autres sont précisées à l'Article 51. En outre, a déclaré la Cour,

La soumission de l'exercice du droit de légitime défense aux conditions de nécessité et de proportionnalité est une règle du droit international coutumier⁹¹.

58. Si l'Article 51 sauvegarde le droit de légitime défense tel qu'il existe en droit coutumier, il est difficile de soutenir que l'interdiction faite par la Charte de recourir à la force s'étend à la protection des ressortissants à l'étranger⁹². Cela est d'autant plus difficile à soutenir si l'on considère la pratique des États depuis 1945, qui est largement en faveur de l'intervention militaire pour protéger des ressortissants à l'étranger dans des situations de crise⁹³ et le fait que ni les tribunaux⁹⁴, ni les organes politiques⁹⁵ des Nations Unies n'ont condamné cette pratique. Comme l'a dit Oppenheim dans son ouvrage *International Law*, « les États ne se sont guère montrés enclins à considérer que l'intervention dûment limitée à la protection des nationaux dans des situations de crise n'était pas justifiée »⁹⁶.

⁹⁰ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 94.

⁹¹ C.I.J. Recueil 1996 (voir *supra* la note 83), par. 40 et 41, p. 244 et 245.

⁹² Bowett, op. cit., p. 87 à 105; Dinstein, op. cit., p. 213; Barrie, « Forcible intervention and international law: legal theory and realities », p. 800; et Dahm, *Völkerrecht*, p. 209. Pour un avis contraire, voir Brownlie, *International Law and the Use of Force by States*, p. 289 à 301; affaire du *Détroit de Corfou*, fond, C.I.J. Recueil 1949, p. 35; Ronzitti, op. cit.; Tunkin, « Politics, law and force in the interstate system », p. 337 et 338; et Menzhinsky, *Neprimeniie sily v mezhdunarodnyh otnosheniiah*, p. 97 et 98. On voit mal quelles conclusions il faut tirer à ce sujet de l'arrêt de la CIJ dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*. La Cour n'a pas voulu se prononcer sur la question de la licéité de la légitime défense anticipée (voir *supra* la note 90), par. 194, p. 103, mais elle n'a pas fait mention du statut actuel du droit en matière de défense des nationaux en tant que forme de légitime défense.

⁹³ Jennings et Watts, op. cit., p. 440 à 442.

⁹⁴ Dans l'affaire relative au *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, C.I.J. Recueil 1980, p. 18, la CIJ n'a pas voulu se prononcer sur la licéité de la tentative malheureuse des États-Unis pour sauver des otages « dans l'exercice de leur droit naturel de légitime défense ». Les juges Morozov (p. 57) et Tarazi (p. 64), toutefois, ont rejeté l'argument des États-Unis et conclu que l'opération de sauvetage n'était pas justifiée par l'Article 51 de la Charte. Voir D'Angelo, « Resort to force by States to protect nationals: The U.S. rescue mission to Iran and its legality under international law », p. 485.

⁹⁵ Dans tous les cas où la force a été employée pour sauver ou protéger des nationaux, le Conseil de sécurité a été dans l'impossibilité de parvenir à une décision approuvant ou désapprouvant l'intervention. Après le raid d'Entebbe, dans la nuit du 3 au 4 juillet 1976, une résolution condamnant Israël – *Documents officiels du Conseil de sécurité*, trente et unième année, projet de résolution du 12 juillet 1976, S/12139 – n'a pas été mise aux voix (résolution reproduite in ILM, vol. 15, 1976, p. 1226 et 1227).

⁹⁶ Oppenheim, op. cit., p. 440.

59. Tous s'accordent généralement à reconnaître, toutefois, qu'il a été fait dans le passé un usage abusif du droit de recourir à la force pour protéger des ressortissants⁹⁷ et que c'est un droit qui se prête à un usage abusif⁹⁸. Il faut donc le formuler de façon limitative pour qu'il soit clair, premièrement, qu'il ne peut être invoqué pour protéger les biens nationaux d'un État à l'étranger⁹⁹ et, deuxièmement, qu'il ne peut être invoqué que dans des situations d'urgence pour justifier le sauvetage de ressortissants étrangers. Le raid des commandos israéliens sur l'aéroport d'Entebbe (Ouganda)¹⁰⁰ en 1976 est un exemple d'opération de sauvetage de ce genre. Le présent article, auquel ce précédent sert de base, a pour objet de limiter le droit de recourir à la force pour protéger des ressortissants aux situations d'urgence dans lesquelles ils sont exposés à un danger immédiat et l'État sur le territoire duquel ils se trouvent ne peut ou ne veut les protéger. Il semble en effet que cela corresponde plus exactement à la pratique des États qu'une interdiction absolue de recourir à la force (qui ne concorde pas avec la pratique actuelle des États) ou un droit général d'intervenir (qui ne concorde pas avec les protestations que de telles interventions ont soulevé de la part de l'État lésé ou d'États tiers). Du point de vue stratégique, il vaut mieux reconnaître l'existence d'un tel droit, quitte à le limiter strictement, que de feindre d'en ignorer l'existence, laissant ainsi les États libres d'invoquer les arguments traditionnels à l'appui d'un droit d'intervention étendu, ce qui entraînera de nouveaux usages abusifs.

60. Dans la pratique, le droit de recourir à la force pour protéger des ressortissants a été invoqué pour protéger des non-ressortissants lorsqu'ils étaient menacés en même temps que des nationaux de l'État de protection¹⁰¹. Dans une situation d'urgence, il sera aussi difficile qu'inopportun de faire une nette distinction entre ressortissants et non-ressortissants. Rien ne s'oppose à ce que l'État de protection sauve des non-ressortissants exposés aux mêmes dangers immédiats que ses ressortissants, à condition que les personnes menacées soient en majorité des ressortissants de cet État. Lorsque les personnes menacées sont en majorité des non-ressortissants, le recours à la force pourrait être considéré comme un acte d'humanité – ce qui le justifierait – mais non comme un acte de légitime défense relevant de la protection de ressortissants. La question de savoir si le droit international reconnaît

⁹⁷ Voir, par exemple, les critiques des interventions militaires des États-Unis à Grenade et au Panama (voir *supra* les notes 14 et 15); Joyner, « Reflexions on the lawfulness of invasion », p. 131; Nanda, « The validity of United States intervention in Panama under international law », p. 494.

⁹⁸ Voir Borchard, op. cit., p. 331 et 447; García Amador, premier rapport (voir *supra* la note 40), par. 277, p. 216; Guha Roy, loc. cit., p. 880 et 887; García Amador, op. cit., p. 79; Lillich, *Human Rights*, op. cit., p. 14 et 15; et Orrego Vicuña, « The changing law of nationality of claims ». Pour les opinions défavorables à l'idée qu'il existe un réel danger qu'il soit fait un usage abusif de la protection diplomatique, voir Dunn, op. cit., p. 19.

⁹⁹ Jennings et Watts, op. cit., p. 441; Shaw, op. cit., p. 793; et Franke, loc. cit., p. 171.

¹⁰⁰ Voir Margo, « The legality of the Entebbe raid in international law », p. 306; Boyle, « The Entebbe hostage crisis », p. 32; *Yearbook of the United Nations 1976* (Publication des Nations Unies, numéro de vente : E.76.I.1), p. 315 à 320; et ILM (voir *supra* la note 95), p. 1224.

¹⁰¹ Jennings et Watts, op. cit., p. 442.

un droit d'intervenir par la force à des fins humanitaires n'entre pas dans le cadre de la présente étude.

Article 3

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

Commentaire

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

62. La conception traditionnelle découle d'une déclaration de Vattel qui affirme que

Quiconque maltraite un citoyen offense indirectement l'État, qui doit protéger ce citoyen¹⁰².

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

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 international.

Il n'y a donc pas lieu, à ce point de vue, de se demander si, à l'origine du litige, on trouve un intérêt privé, ce qui d'ailleurs arrive dans un grand nombre de différends entre États. Du moment qu'un État prend fait et cause pour l'un de ses nationaux devant une juridiction internationale, cette juridiction ne connaît comme plaideur que le seul État¹⁰³.

C'est à cette doctrine qu'adhère le rapport Guerrero adopté par le Sous-Comité du Comité d'experts de la Société des Nations pour la codification progressive du droit

international¹⁰⁴ et le projet de convention de la Faculté de droit de Harvard de 1929¹⁰⁵. Ce principe a également été réaffirmé par la CIJ dans l'affaire *Nottebohm* en 1955 alors que la conception traditionnelle avait déjà fait l'objet de critiques¹⁰⁶ :

La protection diplomatique et la protection par la voie judiciaire internationale constituent une mesure de défense des droits de l'État¹⁰⁷.

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

Une réclamation internationale présentée en raison d'un dommage subi par un individu possède le caractère national de l'État lorsque cet individu est un national de cet État ou une personne que cet État est autorisé, en vertu du droit international, à assimiler à ses propres nationaux aux fins de la protection diplomatique¹⁰⁸.

63. On a soutenu que c'était sur le droit de légitime défense, le droit à l'égalité de traitement et le droit de libre communication que se fondait le droit qu'avait l'État de veiller au respect du droit international dans la personne d'un de ses nationaux¹⁰⁹. On trouvera une explication plus satisfaisante dans le commentaire fait par Brierly en 1928 de l'assertion qu'un préjudice subi par un national est un préjudice causé à l'État de nationalité :

Une telle conception n'introduit pas, comme on le laisse entendre parfois, une fiction légale; elle ne découle pas davantage... de quelque chose d'aussi intangible que « l'honneur national blessé »; elle exprime simplement cette évidente vérité que les effets préjudiciables d'un déni de justice ne sont pas restreints à l'individu lésé ou à sa famille, mais ont pour conséquence de susciter la méfiance et un sentiment d'insécurité parmi les autres étrangers se trouvant en semblable situation... Le gouvernement concerné a alors plutôt intérêt à faire respecter les principes du droit international qu'à obtenir réparation pour un de ses nationaux dans un cas particulier¹¹⁰...

La conception de Brierly part du principe que l'individu n'a pas capacité pour présenter lui-même une réclamation internationale¹¹¹, hypothèse sur laquelle insiste Geck dans l'*Encyclopaedia of Public International Law*, lorsqu'il affirme que la doctrine classique de la protection diplomatique découle nécessairement de l'absence d'un droit international correspondant au bénéfice de l'individu lésé¹¹².

64. La notion qu'un préjudice causé à un individu équivaut à un préjudice causé à l'État n'est pas systématiquement invoquée devant la justice. Lorsqu'un État tente une action au nom de ses nationaux, il est rare qu'il fasse valoir un droit propre et le plus souvent il se

¹⁰⁴ *Annuaire... 1956* (voir *supra* la note 40), par. 99, p. 193.

¹⁰⁵ Faculté de droit de Harvard (Harvard Law School), *Projet de convention relatif à la responsabilité internationale des États à raison des dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens d'étrangers*, *American Journal of International Law*, vol. 23, supplément spécial, avril 1929, art. 1, p. 133.

¹⁰⁶ Voir, à titre d'exemple de ces critiques, Jessup, *A Modern Law of Nations*, p. 116.

¹⁰⁷ Voir *supra* la note 52.

¹⁰⁸ *Annuaire de l'Institut de droit international. Tableau des résolutions adoptées (1957-1991)*, Paris, Pedone, 1992, art. 3, p. 59.

¹⁰⁹ Borchart, *op. cit.*, p. 353, où sont mentionnés Hall, Rivier, Despagnet, Pomeroy et Oppenheim.

¹¹⁰ Voir, *loc. cit.*, p. 48.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 47.

¹¹² *Loc. cit.*, p. 1057. Voir également García Amador, *loc. cit.*, p. 471.

¹⁰² Vattel, *op. cit.*, p. 309.

¹⁰³ La CPJI a fait 15 ans plus tard une déclaration dans les mêmes termes que ceux utilisés dans l'affaire du *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis* (voir *supra* la note 12).

réfère à l'individu lésé comme étant le « plaideur »¹¹³. Dans l'affaire *Interhandel*, la CIJ dit de l'État demandeur qu'il « a fait sien » la cause d'un de ses nationaux qui se serait vu dénier ses droits dans un autre État, en violation du droit international¹¹⁴.

65. Il n'est donc pas surprenant que certains auteurs¹¹⁵ puissent soutenir que lorsqu'il exerce sa protection diplomatique, l'État agit au nom de l'individu lésé, pour faire appliquer le droit de ce dernier, plutôt qu'un droit qui lui est propre. L'absence de logique dans la doctrine classique, s'agissant de l'exigence de la continuité de la nationalité, de la règle de l'épuisement des recours locaux, et la pratique consistant à mesurer le dommage subi par l'État en fonction du dommage subi par l'individu, vient à l'appui de ce point de vue. Certains auteurs se sont efforcés de dissimuler les faiblesses de la doctrine classique en expliquant que c'était à l'individu qu'appartenait concrètement le droit, mais que l'État conservait celui – procédural – de le faire appliquer¹¹⁶. D'autres se montrant moins indulgents à l'égard de la doctrine classique préfèrent l'écarter purement et simplement, considérant que c'est une doctrine fictive qui n'a plus sa place dans le droit moderne relatif à la protection diplomatique¹¹⁷.

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

67. On ne prétend pas justifier la conception classique en arguant qu'il s'agit d'une doctrine cohérente. Ce serait tout à fait inexact; car ainsi que l'a noté Brierly, il est exagéré de dire que chaque fois qu'un national d'un État est lésé dans un État étranger, il s'ensuit que l'État de nationalité dans son ensemble est nécessairement lui aussi lésé¹¹⁸. En outre, en tant que doctrine, cette conception

est affaiblie par la pratique qui contredit la notion qu'un préjudice causé à un individu équivaut à un préjudice causé à l'État, et par l'évolution contemporaine du droit relatif aux droits de l'homme et du droit relatif aux investissements à l'étranger qui autorise un individu à intenter de son propre chef une action devant les tribunaux internationaux. On ne saurait par conséquent contester que la notion qu'un dommage causé à un national équivaut à un dommage causé à l'État est une pure fiction.

68. On se préoccupe davantage dans le présent rapport de l'utilité que peut avoir la conception classique que de savoir si elle repose sur des bases logiques. Comme on l'a dit dans l'introduction¹¹⁹, la protection diplomatique, même si elle est fondée sur de fausses prémisses, est une institution acceptée en droit international coutumier, et l'on continue de s'en prévaloir utilement pour protéger les droits de l'homme. Elle offre un recours potentiel permettant de protéger des millions d'étrangers qui n'ont pas accès aux organes internationaux, et elle constitue un recours utile pour ceux qui ont accès aux recours souvent peu efficaces que prévoient les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme.

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

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

Subsiste la possibilité d'actions parallèles dans lesquelles l'État pourrait s'associer à la réclamation, en même temps que l'individu concerné ferait entrer en action les remèdes directs, mais cette double action ne manquerait pas de perturber de diverses manières le bon déroulement des procédures et risquerait en fin de compte d'en compromettre l'issue¹²⁰.

Cette opinion reflète la position défendue par García Amador dans ses rapports à la Commission¹²¹.

¹¹³ C'est le point de vue qui a été adopté par les auteurs du projet de convention de 1960, élaboré par la Faculté de droit de Harvard, relatif à la responsabilité internationale des États à raison des dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens d'étrangers (voir Sohn et Baxter, loc. cit., article 21, par. 5, p. 578). En 1915, Borchard (op. cit., p. 353) décrivait déjà la protection diplomatique comme un recours légal extraordinaire ouvert au citoyen, à la discrétion de l'État.

¹¹⁴ Affaire de l'*Interhandel* (*Suisse c. États-Unis d'Amérique*), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1959, p. 27.

¹¹⁵ Pour un exposé plus détaillé de ces arguments, voir García Amador, premier rapport (voir *supra* la note 40), p. 192 et 193; loc. cit., p. 413 à 428; et op. cit., p. 497 à 501; *Annuaire... 1998* (voir *supra* la note 19), par. 15 à 37, p. 320 à 323, et par. 49 à 54, p. 324 et 325; Orrego Vicuña, « The changing law of nationality of claims », p. 1 à 6; Geck, loc. cit., p. 1057 à 1059; et Guha Roy, loc. cit., p. 877 et 878.

¹¹⁶ Geck, loc. cit., p. 1058; et Guha Roy, loc. cit., p. 878.

¹¹⁷ *Annuaire... 1998* (voir *supra* la note 19), par. 34 à 37, p. 322 et 323. Voir aussi Bennouna, « La protection diplomatique, un droit de l'État ? », p. 245.

¹¹⁸ *The Law of Nations*, p. 276.

¹¹⁹ Voir *supra* les paragraphes 17 à 31.

¹²⁰ Orrego Vicuña, « The changing law of nationality of claims », p. 7 et 8.

¹²¹ Premier rapport, *Annuaire... 1956* (voir *supra* la note 40), p. 215 à 219; troisième rapport, *Annuaire... 1958*, vol. II, document A/CN.4/111, p. 62 à 64; cinquième rapport, *Annuaire... 1960*, vol. II, document A/CN.4/125, p. 53 à 56; García Amador, loc. cit., p. 462 à 473.

70. Une solution de compromis a été proposée par Jessup¹²² et Sohn et Baxter dans le projet de convention de la Faculté de droit de Harvard de 1960 relatif à la responsabilité internationale des États en raison des dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens d'étrangers¹²³, qui autoriserait à la fois l'individu lésé et l'État de nationalité à engager des réclamations à l'encontre de l'État responsable, priorité étant toutefois donnée à la réclamation de l'État. L'article 3 est compatible avec une telle solution : il laisse à l'individu la possibilité de présenter une réclamation au niveau international – *lorsqu'un tel recours lui est ouvert* – mais il ne restreint en aucune manière la capacité qu'a l'État d'intervenir lui-même.

71. Doehring offre encore une autre solution en proposant que l'État engage une réclamation lorsque ses propres droits sont affectés, ce qui s'appliquerait également dans le cas où un national serait exproprié de ses biens. Lorsque seraient lésés les droits fondamentaux de l'individu, à la fois l'individu et l'État pourraient engager des réclamations. Cette proposition est également compatible avec la proposition d'article 3¹²⁴.

72. On peut aussi faire valoir un autre argument qui enlève à la protection diplomatique son caractère fictif. Cet argument, qui réduit considérablement la portée de la protection diplomatique, est le suivant : la conception selon laquelle un préjudice subi par un individu équivaut à un préjudice causé à l'État est fictive uniquement lorsque l'intervention de l'État vise à protéger un individu isolé ou un petit groupe d'individus dont les droits fondamentaux, y compris les droits de propriété, ont été violés par l'État sur le territoire duquel ils se trouvent. Lorsque le préjudice est systématique et vise un nombre important de nationaux, attestant ainsi d'une politique de discrimination visant les nationaux d'un État donné, l'État de nationalité est en fait lui-même lésé, le comportement de l'État du territoire faisant offense à l'État de nationalité¹²⁵.

¹²² Jessup, *op. cit.*, p. 116 et 117. Jessup soutient que l'individu ne devrait être libre de recourir aux procédures internationales qu'une fois que l'État a décidé de ne pas intervenir.

¹²³ Sohn et Baxter, *loc. cit.*, p. 578 à 580. L'article 22 du projet de convention de la Faculté de droit de Harvard (Harvard Law School) autorise l'individu lésé à présenter directement sa propre réclamation à l'État responsable; et l'article 23 régit les réclamations présentées par l'État. Le paragraphe 1 de l'article 23 prévoit que :

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

¹²⁴ Doehring, « Handelt es sich bei einem Recht, das durch diplomatischen Schutz eingefordert wird, um ein solches, das dem die Protektion ausübenden Staat zusteht, oder geht es um die Erzwingung von Rechten des betroffenen Individuums? », p. 18 à 20. Voir également les observations analogues de Ress et Stein (dir.), in *Der diplomatische Schutz im Völker – und Europarecht: Aktuelle Probleme und Entwicklungstendenzen*, p. 22 et 23.

¹²⁵ Voir García Amador :

« [D]ans tous les cas mettant en cause la responsabilité d'un État en raison d'un dommage causé à la personne ou aux biens d'un étranger, les conséquences des actes ou omissions peuvent, de par leur gravité ou leur fréquence ou parce qu'elles sont le signe d'une attitude manifestement hostile à l'égard de l'étranger, avoir une portée qui dépasse le dommage personnel causé. En d'autres termes, il peut se produire des situations dans lesquelles il y a eu actes ou omissions dont les conséquences vont bien au-delà du dommage spécifique causé à l'étranger. »

Dans le second cas, et dans le second cas seulement, l'État de nationalité peut intervenir.

73. L'article 3 codifie le principe de la protection diplomatique dans sa forme traditionnelle. Il reconnaît que la protection diplomatique est un droit attaché à l'État, que celui-ci est libre d'exercer à sa discrétion (sous réserve de l'article 4) chaque fois qu'un de ses nationaux est lésé par un autre État. L'État de nationalité n'est pas limité, en ce qui concerne son droit d'intervention diplomatique, aux cas où se produisent des violations massives et systématiques des droits de l'homme. Il n'est pas davantage tenu de s'abstenir d'exercer ce droit lorsque l'individu concerné peut se prévaloir d'un recours en vertu d'un traité relatif aux droits de l'homme ou aux investissements étrangers. Dans la pratique, un État s'abstiendra certainement de faire valoir son droit de protection diplomatique tant que la procédure de recours dont s'est prévalu un national lésé est en cours. Il peut aussi, lorsque cela est possible¹²⁶, s'associer à l'individu pour faire valoir le droit reconnu à celui-ci en vertu du traité en question. Mais en principe, un État n'est pas tenu de se restreindre de la sorte dans la mesure où un droit qui lui est propre est violé lorsqu'un de ses nationaux est lésé.

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

Article 4

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

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

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

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

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

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

[*Loc. cit.*, p. 422. Voir également, *ibid.*, p. 466 et 467, et 473 et 474; *Annuaire... 1956* (voir *supra* la note 40), p. 197 et 220 (Base de discussion n° III, par. 2 b); *Annuaire... 1958* (voir *supra* la note 122), p. 62 à 73; et Jessup, *op. cit.*, p. 118 à 120.]

¹²⁶ Voir, par exemple, *Soering c. The United Kingdom*; et *Selmouni c. France* (voir *supra* la note 37).

Commentaire

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

De nombreux auteurs¹²⁷ considèrent que la protection diplomatique est tout autant une obligation de l'État que l'un de ses droits. S'il s'agit d'une obligation au plan international, elle n'est que morale, et non pas juridique, puisqu'il n'existe aucun moyen d'en assurer la réalisation. Dans la mesure où c'est l'État qui détermine à sa discrétion si le préjudice subi par l'un de ses citoyens est suffisamment grave ou l'intérêt politique suffisamment pressant pour justifier l'exercice au nom de ce citoyen des pouvoirs de protection de la collectivité – étant entendu que les intérêts de la majorité ne peuvent pas être sacrifiés – il est clair qu'en droit international, l'État n'a aucune obligation juridique d'exercer la protection diplomatique. La question de savoir s'il a cette obligation à l'égard de ce citoyen relève de son propre droit interne, la règle générale étant que, même dans la sphère interne, l'État n'a aucune obligation juridique d'exercer la protection diplomatique¹²⁸.

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

On peut difficilement [...] parler du pouvoir que peut avoir un citoyen d'invoquer la protection diplomatique du gouvernement comme d'un « droit » à la protection [...]; la demande d'intervention que ce citoyen fait à son gouvernement concerne le pouvoir discrétionnaire de celui-ci. Par conséquent, au mieux, il s'agit d'un droit imparfait [...]. Ce droit, qui n'est accompagné d'aucun pouvoir de coercition, se résume simplement au privilège de demander protection. La protection que le gouvernement est censé devoir à ce citoyen est de nature politique et non juridique, et c'est la nation dans son entier, et non pas le citoyen à titre individuel, qui a la responsabilité de sa bonne exécution¹²⁹.

Cette position a été reprise par la CIJ dans l'affaire de la *Barcelona Traction* en 1970 :

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

L'État doit être considéré comme seul maître de décider s'il accordera sa protection, dans quelle mesure il le fera et quand il y mettra fin. Il possède à cet égard un pouvoir discrétionnaire dont l'exercice peut dépendre de considérations, d'ordre politique notamment, étrangères au cas d'espèce¹³⁰.

76. La plupart des auteurs adoptent la position traditionnelle¹³¹, mais certains l'ont combattue. Charles de Visscher a déclaré que « l'entière discrétion politique laissée à l'État dans l'exercice de la protection

s'accorde assez mal avec le principe que le traitement dû à l'étranger relève du droit international »¹³². Orrego Vicuña, dans son rapport de 1999 soumis au Comité sur la protection diplomatique des personnes et des biens de l'Association de droit international a déclaré que cet aspect constituait l'un des principaux « inconvénients » du système actuel¹³³.

77. Même si l'institution de la protection diplomatique peut être perçue comme un instrument de protection internationale des droits de l'homme, il n'est pas possible de la définir comme étant un droit individuel fondamental¹³⁴. C'est ce que confirment les deux instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme qui traitent des droits des étrangers : la Déclaration sur les droits de l'homme des personnes qui ne possèdent pas la nationalité du pays dans lequel elles vivent, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies en 1985¹³⁵ et la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, adoptée en 1990¹³⁶, qui réaffirment le droit de tout étranger d'avoir recours à la protection de ses missions consulaires ou diplomatiques mais ne font pas obligation à son État d'origine de le protéger¹³⁷.

78. Les récents débats de la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies ont fait apparaître les divergences de vues qui existent sur cette question. La plupart des orateurs considèrent que la décision d'exercer la protection diplomatique constituait une prérogative de la souveraineté de l'État qui avait alors un pouvoir discrétionnaire¹³⁸. M. Baker (Israël) a déclaré qu'il pouvait arriver que des États soient influencés par d'importantes considérations de politique étrangère les amenant à refuser d'exercer ce droit. De plus, comme il peut arriver qu'un particulier réclame la protection à mauvais escient ou qu'une plainte soit sans fondement en droit international, l'exercice de la protection diplomatique devrait continuer de relever du pouvoir discrétionnaire de l'État afin d'éviter qu'un particulier ne mette l'État dans la

¹³² Charles de Visscher, *Théories et réalités en droit international public*, p. 349.

¹³³ Orrego Vicuña, « The changing law of nationality of claims », p. 7. Voir aussi *Annuaire... 1998* (voir *supra* la note 19), par. 47 et 48, p. 324.

¹³⁴ Skubiszewski, « Introduction », p. 10.

¹³⁵ Annexe, art. 10 (voir *supra* la note 32).

¹³⁶ Annexe, art. 23.

¹³⁷ Warbrick, « Protection of nationals abroad: current legal problems », p. 1004.

¹³⁸ M. Sepúlveda (Mexique), *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-troisième session, Sixième Commission*, 16^e séance (A/C.6/53/SR.16); M. de Aguiar Patriota (Brésil), *ibid.*; M. Benítez Sáenz (Uruguay), *ibid.*; M. Reza (Indonésie), 15^e séance (A/C.6/53/SR.15); M. O'Hara (Malaisie), *ibid.*; M. Gray (Australie), *ibid.*, cinquante-deuxième session, Sixième Commission, 23^e séance (A/C.6/52/SR.23); M. Longva (Norvège), *ibid.*, cinquante-troisième session, Sixième Commission, 14^e séance (A/C.6/53/SR.14); sir Franklin Berman (Royaume-Uni), *ibid.*; M. Orrego Vicuña (Chili), *ibid.*; M. Fomba (Mali), qui a fait valoir cependant que le développement des droits de l'homme devrait aussi être pris en compte, 13^e séance (A/C.6/53/SR.13); M. Cafilisch (observateur de la Suisse), *ibid.*; M. Tomka (Slovaquie), *ibid.*, 22^e séance (A/C.6/53/SR.22); M. Omotosho (Nigéria), *ibid.*, 17^e séance (A/C.6/53/SR.17); et M. al-Baharna (Bahreïn), *ibid.*, 21^e séance (A/C.6/53/SR.21).

¹²⁷ Borchard cite Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis* (1625), livre II, chap. 25, par. 1 et 2, et Vattel, *op. cit.*, vol. I, chap. II, par. 13 à 16.

¹²⁸ Borchard, *op. cit.*, p. 29.

¹²⁹ Borchard, *ibid.*, p. 356.

¹³⁰ *C.I.J. Recueil 1970* (voir *supra* la note 16), par. 78 et 79, p. 44.

¹³¹ Greig, *International Law*, p. 523; Jennings et Watts, *op. cit.*, p. 934; Geck, *loc. cit.*, p. 1051 et 1052; García Amador, *loc. cit.*, p. 427; et Van Panhuys, *The Role of Nationality in International Law: An Outline*, p. 103 et 221.

position de l'auteur d'une plainte futile¹³⁹. Par contre, tout en se disant d'avis que la protection diplomatique était d'abord et avant tout la prérogative des États, Mme Skrk (Slovénie) a proposé d'examiner la pratique législative des États qui reconnaissent déjà le droit à la protection diplomatique à leurs nationaux¹⁴⁰.

79. Il y a eu aussi un débat sur la question de savoir si la protection diplomatique pouvait être considérée comme l'un des droits de l'homme. M. Cede (Autriche) a déclaré qu'on pouvait en douter sérieusement, l'idée n'ayant pas de fondement en droit international contemporain et ne pouvant s'intégrer dans un avenir proche à l'ordre juridique international¹⁴¹. Se plaçant d'un point de vue moins rigoureux, M. Gray (Australie) a demandé que soit examiné, à la lumière des vues et de la pratique des États, le fondement juridique du droit du particulier et il a souligné la nécessité de se demander s'il s'agissait là d'un droit de l'homme¹⁴². M. Pérez Giralda (Espagne) a soutenu apparemment que le droit à la protection diplomatique constituait l'un des droits de l'homme; il a fait valoir que le particulier avait droit à réparation pour la violation de ses droits mais aussi pour le défaut de protection diplomatique¹⁴³.

80. Les débats de la Sixième Commission ont montré que certains représentants des milieux du droit international considèrent que les particuliers doivent pouvoir réclamer la protection diplomatique à titre de droit. Une certaine pratique des États, bien que limitée, va dans ce sens. Les dispositions de la constitution d'un certain nombre d'États, notamment les pays de l'ancien bloc communiste, reconnaissent le droit des particuliers d'invoquer la protection diplomatique pour un préjudice subi à l'étranger. Sont dans ce cas l'Albanie, le Bélarus, la Bosnie-Herzégovine, la Bulgarie, le Cambodge, la Chine, la Croatie, l'Espagne, l'Estonie, l'ex-République yougoslave de Macédoine, la Fédération de Russie, la Géorgie, le Guyana, la Hongrie, l'Italie, le Kazakhstan, la Lettonie, la Lituanie, la Pologne, le Portugal, la République de Corée, la République démocratique populaire lao, la Roumanie, la Turquie, l'Ukraine, le Viet Nam et la Yougoslavie. Généralement ces dispositions comportent une formule disant à peu près que « L'État protège les droits légitimes des citoyens de X à l'étranger » ou bien « Les citoyens de Y jouissent d'une protection lorsqu'ils résident à l'étranger ». Les constitutions de l'Italie, de l'Espagne et de la Turquie présentent des formulations très vagues et générales, garantissant la protection de certains droits des travailleurs à l'étranger, ou, dans le cas de l'Espagne, préci-

sant que l'État « s'efforce de protéger les droits sociaux et économiques » de ses citoyens travaillant à l'étranger¹⁴⁴. La Constitution de l'ex-République yougoslave de Macédoine comporte une disposition encore plus restreinte à l'effet que l'État « pourvoit » au bien-être de ses citoyens à l'étranger. À l'autre extrémité de ce tableau, les Constitutions de la République de Corée et du Guyana font à ces États le « devoir » de protéger leurs citoyens à l'étranger. L'Ukraine « garantit » la protection et la Constitution polonaise mentionne le droit à la protection du citoyen à l'étranger, alors que la Constitution hongroise déclare que « les citoyens hongrois ont droit à jouir de la protection » de la Hongrie lorsqu'ils résident à l'étranger¹⁴⁵. On voit mal si et dans quelle mesure le droit interne de ces pays assure le respect de ces droits et si ceux-ci sont davantage qu'un simple droit d'accès aux fonctionnaires consulaires à l'étranger¹⁴⁶. Les constitutions citées n'en montrent pas moins que certains États jugent l'institution de la protection diplomatique souhaitable pour leurs citoyens à l'étranger.

81. Il est difficile de cerner la pratique des États en cette matière. Dans le rapport sur la protection diplomatique qu'il a présenté à l'Association de droit international¹⁴⁷, Orrego Vicuña rappelle une loi chilienne du XIX^e siècle qui voulait que le Ministère des affaires étrangères présente toute demande de protection diplomatique à l'Avocat général de la Cour suprême afin d'obtenir un avis juridique ayant force de droit indiquant si le Gouvernement devait exercer la protection diplomatique en l'espèce. Geck, de son côté, fait mention de droits constitutionnels non écrits à la protection diplomatique reconnus aux particuliers par certains pays; il fait aussi mention de l'existence dans d'autres États d'une obligation constitutionnelle non écrite d'accorder la protection diplomatique¹⁴⁸. Il décrit la tradition constitutionnelle qui s'est développée en Allemagne sous les Constitutions de 1866, de 1871 et de 1919 et qui, sans qu'il y ait de disposition constitutionnelle qui le prévoit expressément, s'applique depuis 1949 en République fédérale d'Allemagne. Selon cette tradition, l'État allemand a l'obligation constitutionnelle d'assurer la protection diplomatique lorsque certaines conditions préalables sont remplies. La Cour constitutionnelle fédérale (*Bundesverfassungsgericht*) et d'autres tribunaux allemands ont rendu des décisions où cette obligation des autorités allemandes se trouve confirmée¹⁴⁹. Outre les conditions imposées par le droit international, la protection diplomatique ne peut être accordée que si « elle ne va pas à l'encontre des intérêts supérieurs de la République

¹³⁹ M. Baker (Israël), *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-troisième session, Sixième Commission*, 15^e séance (A/C.6/53/SR.15). Pour la première partie de l'argumentation, voir aussi M. Abraham (France), *ibid.*, 14^e séance (A/C.6/53/SR.14).

¹⁴⁰ Mme Skrk (Slovénie), *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Sixième Commission*, 23^e séance (A/C.6/52/SR.23).

¹⁴¹ M. Cede (Autriche), *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-troisième session, Sixième Commission*, 15^e séance (A/C.6/53/SR.15).

¹⁴² M. Gray (Australie), *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Sixième Commission*, 23^e séance (A/C.6/52/SR.23).

¹⁴³ M. Pérez Giralda (Espagne), *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-troisième session, Sixième Commission*, 18^e séance (A/C.6/53/SR.18).

¹⁴⁴ Constitution espagnole du 27 août 1992, art. 42.

¹⁴⁵ Constitution de la République de Hongrie du 20 août 1949, telle que modifiée jusqu'en 1997, art. 69.

¹⁴⁶ Lee, *Consular Law and Practice*, chap. 8, p. 124 et suiv. Lee doute que l'obligation de protéger les intérêts des nationaux faite aux fonctionnaires consulaires par plusieurs lois nationales soit une question justiciable (*ibid.*, p. 125 à 127).

¹⁴⁷ Orrego Vicuña, « The changing law of nationality of claims », p. 8; « Chili », p. 138 à 141.

¹⁴⁸ Geck, *loc. cit.*, p. 1052.

¹⁴⁹ Affaire *Rudolf Hess*, Cour constitutionnelle fédérale, arrêt du 7 juillet 1975 (BVerfGE 55, p. 349), reproduit in ILR, 1992, vol. 90, p. 387; affaire des *Traités conclus avec l'Est (Ostverträge)*, Cour constitutionnelle fédérale, arrêt du 16 décembre 1980 (BVerfGE 40, p. 14), reproduit in ILR, vol. 78, 1988, p. 177. Voir aussi Klein, « Anspruch auf diplomatischen Schutz? », p. 125, et les commentaires pertinents.

fédérale »¹⁵⁰. Les tribunaux ont interprété cette condition comme reconnaissant aux autorités politiques le pouvoir discrétionnaire de décider si des intérêts supérieurs de l'État et du peuple dans son entier s'opposent à l'exercice de la protection diplomatique.

82. Même s'il n'y a en Israël aucune disposition législative formelle imposant à l'État l'obligation de protéger les citoyens israéliens à l'étranger, et même si cette protection est généralement perçue comme relevant de la discrétion du Gouvernement, la Cour suprême a décidé en 1952 que l'État avait l'obligation de protéger un national en pays ennemi « dans la mesure où il peut le défendre grâce aux bons offices d'un Gouvernement ami »¹⁵¹. La cour de district de Haïfa a rendu une décision semblable en 1954¹⁵².

83. En Suisse, le Gouvernement n'a pas l'obligation d'exercer la protection diplomatique à l'égard de ses citoyens¹⁵³ mais, comme l'a souligné Cafilisch, certaines dispositions de la Constitution et le Règlement du Service diplomatique et consulaire suisse de 1967 reconnaissent que les missions consulaires suisses ont une obligation restreinte de protéger les citoyens suisses si cela n'est pas préjudiciable aux intérêts de la Confédération¹⁵⁴.

84. Le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord ne reconnaît pas aux particuliers le droit de faire appliquer par les tribunaux internes l'obligation de protection diplomatique reconnue à la Couronne¹⁵⁵. Cependant, selon Warbrick, on peut aujourd'hui soutenir que les citoyens britanniques ont tout au moins l'espoir « légitime » de bénéficier de la protection diplomatique si sont remplies les conditions établies dans les règles du Royaume-Uni applicables aux réclamations internationales (continuité de la nationalité, épuisement des recours internes, etc.)¹⁵⁶.

85. En France, le droit d'exercer la protection diplomatique est un acte de gouvernement, qui n'est pas soumis à l'examen des organes administratifs¹⁵⁷. Aux États-Unis, même si l'exécutif n'a pas d'obligation générale d'exercer la protection diplomatique à l'égard des Américains, la loi intitulée *Hostage Act* de 1868 fait obligation au Président d'intervenir chaque fois qu'un citoyen américain a été « injustement privé de sa liberté par un Gouvernement étranger ou alors qu'il était sous son autorité ». En ce cas,

le « Président peut employer tous les moyens qu'il juge nécessaires et convenables pour obtenir ou assurer la libération de ce citoyen, pourvu que ces moyens ne soient pas des actes de guerre et ne soient pas interdits par la loi »¹⁵⁸.

86. Dans un certain nombre d'affaires, des demandeurs britanniques, néerlandais, espagnols, autrichiens, belges et français ont tenté d'établir un droit à la protection diplomatique¹⁵⁹. Bien qu'ils aient perdu leur cause, une démarche montre bien qu'ils avaient quelques raisons de croire que ce droit leur appartenait.

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

La décision discrétionnaire du gouvernement qui refuse de prendre fait et cause pour un particulier devrait être soumise à un examen judiciaire au titre de l'équité des procédures¹⁶⁰.

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

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

¹⁵⁰ Geck, loc. cit., p. 1052.

¹⁵¹ Blum, « Israël », p. 314, qui cite *Hakim c. Ministre de l'intérieur*, in *Piskei-Din*, vol. 6, 1952, p. 642.

¹⁵² Ibid., citant *Procureur général c. Steiner*, in *Pesakim Mehoziim*, vol. 9, 1954, p. 489.

¹⁵³ C'est ce qui a été établi dans les décisions *Héritiers Oswald c. Confédération helvétique*, 1926, arrêts du Tribunal fédéral 52 II 235, et *Gschwind c. Confédération helvétique*, 1932, arrêts du Tribunal fédéral 58 II 463, *Schoenemann c. Confédération helvétique*, 1955, arrêts du Tribunal fédéral 81 I 159, cités par Cafilisch, « Switzerland », p. 504 et 505.

¹⁵⁴ Cafilisch, ibid., p. 506 à 508.

¹⁵⁵ *Mutasa c. Attorney-General*, *All England Law Reports* 1979, vol. 3, Londres, Butterworths, 1979, p. 257, et 261 et 26; ILR, vol. 78, p. 490; *R c. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, ex *Parte Ferhut Butt*, jugement inédit de la cour d'appel rendu le 9 juillet 1999, ibid., vol. 116, 2000, p. 608. Voir aussi la réponse du Royaume-Uni à la Commission, juillet 1999, par. 3.

¹⁵⁶ Loc. cit., p. 1009.

¹⁵⁷ Nguyen Quoc, Daillier et Pellet, op. cit., p. 777.

¹⁵⁸ *United States Code*, titre 22, section 1732, Washington, United States Government Printing Office, 1994, p. 755. Voir aussi Young, « Torture and inhumane punishment of United States citizens in Saudi Arabia and the United States Government's failure to act », p. 663; et Hughes, « Hostages' rights: The unhappy legal predicament of an American held in foreign captivity », p. 555.

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

¹⁵⁹ *United States Code* (voir *supra* la note 158), section 1004, p. 648; *Mutasa c. Attorney-General* (voir *supra* la note 155); *R c. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, ex *parte Ferhut Butt*, 1999; affaire *Van Damme*, *NCR Handelsblad*, 5 janvier 2000; *HMHK c. The Netherlands*, ILR, vol. 94, 1984, p. 342; *Commercial FSA c. Council of Ministers*, ILR, vol. 88, 1992, p. 694; affaires citées dans Seidl-Hohenveldern, « Austria », p. 31; affaire *Manderlier*, 1966, *Journal des tribunaux*, vol. 81, Bruxelles, p. 721, et *Pasicrisie belge*, vol. II, 1969, p. 246, affaire citée dans Waelbroeck, « Belgium », p. 59; ainsi que les affaires citées dans Weil, « France », p. 278 et 279.

¹⁶⁰ Orrego Vicuña, « The changing law of nationality of claims », p. 26, clause 2.

internationale¹⁶¹. Il n'est donc pas déraisonnable de demander que la réaction d'un État soit de mettre en mouvement la protection diplomatique si un autre État prend des mesures contre les nationaux qui constituent un manquement grave à une norme de *jus cogens*¹⁶². Si un État partie à une convention relative aux droits de l'homme a l'obligation d'assurer à quiconque relève de sa juridiction une protection efficace contre la violation des droits consacrés par cette convention et d'établir des recours adéquats¹⁶³, il n'y a aucune raison pour que cet État ne soit pas tenu de protéger ses propres nationaux lorsque leurs droits les plus fondamentaux sont gravement violés à l'étranger.

90. Bien entendu, il faut reconnaître à l'État une grande marge de discrétion dans l'accomplissement de cette obligation. L'article 4, paragraphe 2 *a*, permet à l'État de refuser d'exercer la protection diplomatique lorsque cela risquerait de compromettre ses intérêts nationaux et internationaux. Cependant, le paragraphe 3 assujettit la décision de l'État au contrôle d'un tribunal ou d'autres autorités nationales indépendantes. Cela suit l'idée exposée par Orrego Vicuña devant le Comité sur la protection diplomatique des personnes et des biens de l'Association de droit international¹⁶⁴.

91. L'article 4, paragraphe 1, décharge l'État de l'obligation de protection si son citoyen dispose lui-même d'un recours devant un organe international compétent. Par conséquent, lorsque l'État responsable du préjudice est partie à un instrument relatif aux droits de l'homme qui offre au particulier lésé un recours devant un tribunal ou un autre organisme, l'État de nationalité n'a aucune obligation d'exercer la protection diplomatique.

92. Dans certains cas, il se peut que le national lésé bénéficie de la protection d'un autre État. Ceci peut se produire lorsque l'intéressé est plurinational et qu'un autre État de nationalité a exercé sa protection diplomatique. Il est possible aussi qu'un autre État dont le particulier

¹⁶¹ Voir l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969. L'article 19 du projet d'articles de la Commission sur la responsabilité des États adopté en première lecture qualifie de crimes internationaux les manquements aux normes destinées à protéger les intérêts les plus fondamentaux de la communauté internationale. Bien que cette disposition ne fasse pas mention du *jus cogens*, il existe une corrélation claire entre les normes de *jus cogens* et les exemples cités, à savoir les actes d'agression, le refus du droit à l'autodétermination, l'esclavage, le génocide, l'apartheid et la pollution à grande échelle.

¹⁶² Doehring fait la distinction entre des normes fondamentales des droits de l'homme et d'autres normes destinées à la protection diplomatique et aux réclamations :

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

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

¹⁶³ Voir l'article 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, l'article 6 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale et les articles 13 et 14 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

¹⁶⁴ Voir *supra* le paragraphe 88.

lésé n'est pas un national décide d'exercer à son égard la protection diplomatique¹⁶⁵. Dans ce cas également, l'État de nationalité n'a pas à le faire lui-même.

93. Finalement, l'État n'a pas l'obligation d'assurer la protection d'une personne qui n'a pas de lien authentique ou effectif avec lui. Bien que cette condition, qui a été hautement affirmée dans l'affaire *Nottebohm*¹⁶⁶, soit écartée lorsque l'État d'origine décide d'exercer son droit d'intervenir au nom d'un national lésé (voir *infra* l'article 5) avec lequel il a un lien de bonne foi, il semble qu'il faille la retenir pour ce qui est du *devoir* d'exercer la protection diplomatique.

Article 5

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

Commentaire

94. Selon la doctrine traditionnelle, comme on l'a vu dans le commentaire relatif à l'article 3, le droit de l'État d'exercer sa protection diplomatique repose sur le lien de nationalité qui le lie à l'individu lésé. C'est pourquoi, sauf circonstances extraordinaires, un État ne peut étendre sa protection à des non-nationaux ni prendre fait et cause pour eux¹⁶⁷.

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

Dans l'état actuel du droit international, les questions de nationalité sont, en principe, ... comprises dans ce domaine réservé¹⁶⁸.

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

Il appartient à chaque État de déterminer par sa législation quels sont ses nationaux.

¹⁶⁵ Voir l'article 10. (Cet article concerne la question controversée de savoir si un État peut protéger un non-national dans le cas d'une violation *erga omnes*.)

¹⁶⁶ Voir *supra* la note 52.

¹⁶⁷ Van Panhuys, op. cit., p. 59 à 73; Jessup, op. cit., p. 99; Orrego Vicuña, « The changing law of nationality of claims », p. 8; García Amador, troisième rapport, *Annuaire... 1958* (voir *supra* la note 121), par. 22, p. 68 et 69; Geck, loc. cit., p. 1049; Ohly, « A functional analysis of claimant eligibility », p. 284; García Amador, op. cit., p. 501; Jennings et Watts, op. cit., p. 512; affaire *Nottebohm* (voir *supra* la note 52), p. 23; projet de convention de la Faculté de droit de Harvard (voir *supra* la note 105), art. 15 *a*; Base de discussion n° 28, Commission préparatoire à la Conférence pour la codification du droit international (La Haye, 1930), publication de la Société des Nations, *V. Legal, 1929.V.3* (document C.75.M.69.1929.V), reproduit dans García Amador, *Annuaire... 1956* (voir *supra* la note 40), p. 225; projet de convention de la Faculté de droit de Harvard (1960), art. 2 *b* et art. 23, par. 3, dans Sohn et Baxter, loc. cit., p. 548 et 579; résolution de l'Institut de droit international (session de Varsovie, 1965), art. 1 *a* (voir *supra* la note 108), p. 57.

¹⁶⁸ *Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc, C.P.J.I. 1923, avis consultatif, série B, n° 4, p. 24.*

96. Il a plus récemment été repris, en 1997, par la Convention européenne sur la nationalité¹⁶⁹, dans son article 3, et il est difficile de ne pas conclure qu'il a acquis le statut de principe du droit coutumier¹⁷⁰.

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

Elle crée une très forte présomption que l'individu possède la nationalité de cet État au regard du droit interne de celui-ci et que la nationalité doit être reconnue aux fins internationales¹⁷¹.

98. Le droit de l'État de décider de la nationalité de l'individu n'est néanmoins pas absolu. C'est ce qu'a précisé la CPIJ dans l'affaire des *Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc* lorsqu'elle a déclaré que la question de savoir si une certaine matière – par exemple l'octroi de la nationalité – rentre ou ne rentre pas « dans le domaine exclusif d'un État » « est une question essentiellement relative : elle dépend du développement des rapports internationaux »¹⁷². De plus, si en principe l'État a un droit absolu de décider qu'un individu est son national, d'autres États peuvent contester cette décision lorsqu'il n'y a pas suffisamment de liens entre l'État et l'individu en cause ou lorsque la nationalité a été irrégulièrement conférée¹⁷³.

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

Cette législation doit être admise par les autres États, pourvu qu'elle soit en accord avec les conventions internationales, la coutume internationale et les principes de droit généralement reconnus en matière de nationalité¹⁷⁴.

100. Aujourd'hui, des conventions, notamment dans le domaine des droits de l'homme¹⁷⁵, exigent des États qu'ils observent certaines normes internationales lorsqu'ils octroient leur nationalité. C'est ce qu'a souligné la Cour interaméricaine des droits de l'homme dans l'avis consultatif qu'elle a rendu dans l'affaire des *Amendements aux dispositions relatives à la naturalisation de la Constitution politique du Costa Rica*, jugeant qu'il était nécessaire de concilier le principe qui veut que l'octroi de la nationalité relève de la juridiction interne d'un État « avec un autre principe, selon lequel le droit international assujettit le pouvoir de l'État à certaines limites liées aux exigences

imposées par le système international de protection des droits de l'homme »¹⁷⁶.

101. La coutume internationale et les principes généraux du droit imposent de même certaines limites à l'octroi de la nationalité en décrivant les liens qui doivent unir l'État et l'individu pour que la nationalité conférée par le premier soit reconnue par le droit international aux fins de la protection diplomatique. La naissance, l'ascendance et la naturalisation sont les liens généralement reconnus par le droit international. La question de savoir si, outre ces liens, il faut, et en particulier dans le cas de la naturalisation, qu'il y ait un lien « authentique » ou « effectif » entre l'État et l'individu, comme cela a été jugé dans l'affaire *Nottebohm*¹⁷⁷, est une question qui mérite d'être examinée sérieusement.

102. La naissance (*jus soli*) et l'ascendance (*jus sanguinis*) sont reconnues par le droit international comme des facteurs de rattachement satisfaisants pour l'octroi de la nationalité. Pour certains auteurs, cette reconnaissance est une règle coutumière¹⁷⁸, pour d'autres un principe général du droit¹⁷⁹. Des traités¹⁸⁰ et des décisions judiciaires¹⁸¹ confirment cette reconnaissance.

103. En principe, la naturalisation est aussi reconnue comme un lien satisfaisant pour l'octroi de la nationalité aux fins de la protection diplomatique. Les circonstances dans lesquelles les États confèrent leur nationalité par naturalisation varient considérablement d'un État à l'autre¹⁸². Certains confèrent leur nationalité de plein droit (sans le consentement de l'individu) par détermination de la loi¹⁸³, par exemple en cas de mariage ou d'adoption. D'autres confèrent leur nationalité par naturalisation uniquement si l'individu en fait la demande après une certaine période de résidence ou lors du mariage avec un national¹⁸⁴.

104. Le droit international ne reconnaît pas les naturalisations dans toutes les circonstances. C'est ainsi qu'une naturalisation frauduleusement acquise¹⁸⁵ ou une

¹⁶⁹ Art. 3, par. 1 : « Il appartient à chaque État de déterminer par sa législation quels sont ses ressortissants. »

¹⁷⁰ Bar-Yaacov, *Dual Nationalities*, p. 2.

¹⁷¹ Jennings et Watts, op. cit., p. 856.

¹⁷² Voir *supra* la note 168.

¹⁷³ Manley O. Hudson, rapport sur la nationalité, y compris l'apatridie, doc. A/CN.4/50, in *Annuaire... 1952*, vol. II, p. 10; et Verdross et Simma, op. cit., par. 1192 et 1194, p. 788 et 789.

¹⁷⁴ Voir aussi l'article 3, par. 2, de la Convention européenne de 1997 sur la nationalité.

¹⁷⁵ Voir l'article 20 de la Convention américaine des droits de l'homme, l'article 5 d (iii) de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale et l'article 9 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes; voir également le projet d'articles de la Commission sur la nationalité en relation avec la succession d'États, *Annuaire... 1999*, vol. I, doc. A/CN.4/L.573 [et Corr.2], p. 87 à 89.

¹⁷⁶ Amendements aux dispositions relatives à la naturalisation de la Constitution politique du Costa Rica, avis consultatif OC-4/84 du 19 janvier 1984, série A n° 4, in I.L.R., vol. 79, 1989, p. 296.

¹⁷⁷ Voir *supra* la note 52.

¹⁷⁸ Brownlie, *Principles...*, p. 390 et 391; Van Panhuys, op. cit., p. 160 et 161.

¹⁷⁹ Brownlie, « The relations of nationality in public international law », p. 302 et 314.

¹⁸⁰ Article 20 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme : « Toute personne a le droit d'acquérir la nationalité de l'État sur le territoire duquel elle est née, si elle n'a pas droit à une autre nationalité ».

¹⁸¹ Affaire *Albert Flegenheimer*, décision n° 182 du 20 septembre 1958, *Recueil des sentences arbitrales*, tome XIV, p. 327 à 390.

¹⁸² Pour les circonstances dans lesquelles la nationalité peut être acquise par naturalisation, voir l'article 6 de la Convention européenne sur la nationalité.

¹⁸³ *Annuaire... 1952* (voir *supra* la note 173), p. 8.

¹⁸⁴ Voir, d'une manière générale, Brownlie, *Principles...*, p. 394 à 397; O'Connell, *International Law*, p. 682.

¹⁸⁵ Brownlie, *Principles...*, p. 402; Weiss, *Nationality and Statelessness in International Law*, p. 218 à 220 et 244; Bar-Yaacov, op. cit., p. 143; affaire *Albert Flegenheimer* (voir *supra* la note 181), p. 338 à 340; affaire *Salem (Égypte c. États-Unis)*, sentence du 8 juin 1932, in *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (Publication des Nations Unies, numéro de vente : 1949.V.1), p. 1184; et *Esphahanian c. Bank Tejarat*, réclamation n° 157, 29 mars 1983, *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, Cambridge, Grotius, 1984, vol. 2, p. 166.

naturalisation conférée de manière discriminatoire¹⁸⁶ pour des motifs tenant à la race ou au sexe pourront n'être pas reconnues. Il est probable qu'une nationalité conférée en l'absence de tout lien ou, peut-être, alors que le lien est très ténu, ne sera pas reconnue, car on estimera qu'il y a eu abus de droit de la part de l'État conférant sa nationalité, la naturalisation étant ainsi viciée par la mauvaise foi¹⁸⁷. La nationalité ne sera pas non plus reconnue dans le cas de naturalisation forcée, qu'il y ait ou non un lien substantiel entre l'État et l'individu¹⁸⁸.

105. On présume néanmoins que l'État est de bonne foi¹⁸⁹. De plus, comme la Cour interaméricaine des droits de l'homme l'a souligné dans l'affaire des *Amendements aux dispositions relatives à la naturalisation de la Constitution politique du Costa Rica*, on doit laisser à l'État conférant sa nationalité une « marge d'appréciation » lorsqu'il décide des liens qu'il considère nécessaires pour octroyer sa nationalité¹⁹⁰.

106. L'affaire *Nottebohm*¹⁹¹ est considérée comme le fondement de l'opinion selon laquelle il doit y avoir un lien « effectif » (*genuine and effective*) entre l'individu et l'État de la nationalité, non seulement en cas de double nationalité ou de pluralité de nationalités (l'exigence d'un tel lien est généralement acceptée dans de tels cas)¹⁹², mais aussi lorsque le national ne possède qu'une nationalité. C'est ainsi que la CIJ a déclaré :

Selon la pratique des États, les décisions arbitrales et judiciaires et les opinions doctrinales, la nationalité est un lien juridique ayant à sa base un fait social de rattachement, une solidarité effective d'existence, d'intérêts, de sentiments jointe à une réciprocité de droits et de devoirs. Elle est, peut-on dire, l'expression juridique du fait que l'individu auquel elle est conférée, soit directement par la loi, soit par un acte de l'autorité, en fait, plus étroitement rattachée à la population de l'État qui la lui confère qu'à celle de tout autre État. Conférée par un État, elle ne lui donne titre à l'exercice de la protection vis-à-vis d'un autre État que si elle est la traduction en termes juridiques de l'attachement de l'individu considéré à l'État qui en a fait son national¹⁹³.

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

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

soit que ce dernier n'avait pas de « lien effectif » avec le Liechtenstein, la Cour a préféré cette dernière solution qui la dispensait de condamner le comportement d'un État souverain. Cette opinion, dans une certaine mesure confirmée par les opinions dissidentes¹⁹⁴, suppose l'existence d'une prémisse judiciaire implicite au sein de la majorité des membres de la Cour, et elle ne saurait justifier une limitation de la portée de l'arrêt. Elle donne néanmoins à penser que le principe énoncé dans cet arrêt ne doit pas être appliqué trop systématiquement dans des situations différentes, dans lesquelles il n'y a aucun indice d'irrégularité de la part de l'État de la nationalité.

109. Deuxièmement, la Cour était à l'évidence pré-occupée par les liens « extrêmement ténus »¹⁹⁵ entre Nottebohm et le Liechtenstein alors que l'intéressé était étroitement lié au Guatemala depuis 34 ans. Elle a donc jugé injuste de permettre au Liechtenstein de protéger Nottebohm contre le Guatemala. Ceci explique pourquoi elle a répété que le Liechtenstein « n'est pas fondé à étendre sa protection à Nottebohm à l'égard du Guatemala »¹⁹⁶. Le *dictum* essentiel en l'espèce n'est donc pas celui visé ci-dessus relatif au « lien effectif »¹⁹⁷, mais bien le passage suivant :

[Les] faits établissent clairement d'une part l'absence de tout lien de rattachement entre Nottebohm et le Liechtenstein, d'autre part l'existence d'un lien ancien et étroit de rattachement entre lui et le Guatemala, lien que sa naturalisation n'a aucunement affaibli. Cette naturalisation ne repose pas sur un attachement réel au Liechtenstein qui lui soit antérieur et elle n'a rien changé au genre de vie de celui à qui elle a été conférée dans des conditions exceptionnelles de rapidité et de bienveillance. Sous ces deux aspects, elle manque de la sincérité qu'on doit attendre d'un acte aussi grave pour qu'il s'impose au respect d'un État se trouvant dans la situation du Guatemala. Elle a été octroyée sans égard à l'idée que l'on se fait, dans les rapports internationaux, de la nationalité¹⁹⁸.

110. La Cour n'entendait pas se prononcer sur le statut de la nationalité liechtensteinoise de Nottebohm vis-à-vis de tous les États. Elle a pris soin de limiter son arrêt au droit du Liechtenstein d'exercer sa protection diplomatique au profit de Nottebohm vis-à-vis du Guatemala. Elle a donc laissé sans réponse la question de savoir si le Liechtenstein aurait pu protéger Nottebohm contre un État avec lequel celui-ci n'avait pas de lien étroit¹⁹⁹. C'est probablement par l'affirmative que l'on doit répondre à cette question, car la Cour n'entendait alors proposer qu'un critère relatif²⁰⁰, à savoir que les liens étroits de Nottebohm avec le Guatemala l'emportaient sur le lien – la nationalité – plus faible qui l'unissait au Liechtenstein. Dans ces conditions, l'exigence énoncée dans l'arrêt *Nottebohm*, à savoir un « rattachement effectif », ne vaut que pour les faits particuliers de cette espèce et ne doit pas être considérée comme un principe général applicable à tous les cas de protection diplomatique.

¹⁸⁶ Amendements aux dispositions relatives à la naturalisation de la Constitution politique du Costa Rica (voir *supra* la note 176), p. 304.

¹⁸⁷ Jennings et Watts, *op. cit.*, p. 855. Voir aussi Van Panhuys, *op. cit.*, p. 158 à 165.

¹⁸⁸ Fitzmaurice, « The general principles of international law considered from the standpoint of the rule of law », p. 196 à 201; Jones, *British Nationality Law and Practice*, p. 15.

¹⁸⁹ Brownlie, *Principles...*, p. 402 et 403.

¹⁹⁰ Avis consultatif OC-4/84 du 19 janvier 1984 (voir *supra* la note 176), p. 302 et 303.

¹⁹¹ Voir *supra* la note 52.

¹⁹² Voir *infra* les articles 6 et 7.

¹⁹³ *C.I.J. Recueil 1955* (voir *supra* la note 52), p. 23.

¹⁹⁴ Voir l'opinion contraire des juges Read, p. 37 à 39, et Klaested, p. 29 à 33; voir aussi Kunz, « The Nottebohm judgment (second phase) », p. 548 à 560; et Parry, « Some considerations upon the protection of individuals in international law », p. 707 et 708.

¹⁹⁵ *C.I.J. Recueil 1955* (voir *supra* la note 52), p. 25.

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 26.

¹⁹⁷ Voir *supra* le paragraphe 106.

¹⁹⁸ *C.I.J. Recueil 1955* (voir *supra* la note 52), p. 26.

¹⁹⁹ Voir Leigh, *loc. cit.*, p. 468; et Van Panhuys, *op. cit.*, p. 99.

²⁰⁰ Affaire *Albert Flegenheimer* (voir *supra* la note 181), p. 91; et affaire de la *Barcelona Traction* (voir *supra* la note 17), p. 42.

111. L'idée que le principe énoncé dans l'affaire *Nottebohm*, à savoir la nécessité d'un lien effectif, constitue une règle du droit international coutumier dans des cas où il y a double nationalité ou pluralité de nationalités n'est guère défendue. L'opinion dissidente de M. Read, à savoir que le principe ne recueille aucun appui en dehors du domaine de la double nationalité²⁰¹, a été approuvée peu après par la Commission de conciliation Italie-États-Unis dans l'affaire *Albert Flegenheimer*. Dans cette décision, la Commission a limité l'applicabilité du principe aux affaires de double nationalité, en déclarant :

Lorsqu'une personne n'a qu'une nationalité, acquise *jure sanguinis* ou *jure soli*, ou par une naturalisation valide entraînant la perte de la nationalité antérieure, la théorie de la nationalité effective ne peut être appliquée sans risque de confusion. Il lui manque un fondement suffisamment positif pour qu'on puisse l'appliquer à une nationalité qui repose sur la législation d'un État²⁰².

La Commission a en outre déclaré qu'il était douteux que la CIJ ait « eu l'intention d'établir une règle du droit international général » dans l'affaire *Nottebohm*²⁰³. Le fait que dans la pratique la tentative faite pour appliquer le principe du lien effectif aux navires²⁰⁴, un domaine dans lequel des considérations sociales et économiques justifient probablement une telle règle, ait échoué, atteste que les États ne souhaitent pas souscrire à ce principe. La pratique des États n'est pas non plus très favorable au principe *Nottebohm*²⁰⁵.

112. La doctrine est divisée sur cette question. Geck²⁰⁶, Randelzhofer²⁰⁷, Parry²⁰⁸, Kunz²⁰⁹ et Jones²¹⁰ estiment que le critère du lien effectif n'est pas une règle du droit international coutumier. Nombre de ces auteurs font observer qu'il y a souvent peu de liens entre l'État et l'individu auquel la nationalité a été octroyée *jure soli* ou *jure sanguinis* et qu'il est difficile de limiter l'application du critère du lien effectif aux affaires de naturalisation. D'autres auteurs²¹¹ sont mieux disposés à l'égard du critère du lien effectif. Brownlie soutient qu'il est consacré par une doctrine et des décisions judiciaires antérieures à l'affaire *Nottebohm* et qu'il joue un « rôle de principe général avec diverses applications possibles »²¹² hors du

contexte de la double nationalité. Il précise néanmoins que ce principe ne doit pas être appliqué de manière « trop rigoureuse »²¹³.

113. C'est ailleurs que le principe du lien effectif trouve des défenseurs. Plusieurs membres de la Commission l'ont appuyé lors du débat qui a eu lieu, à la cinquième session, sur la nationalité, y compris l'apatridie²¹⁴. García Amador a proposé de codifier une règle analogue à l'article 23, paragraphe 3, figurant dans son dernier rapport à la Commission, en 1961 :

L'État ne peut présenter une réclamation au nom d'un particulier si le lien juridique de la nationalité n'a pas son origine dans un rapport authentique entre lui et l'intéressé²¹⁵.

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

Le lien de nationalité avec l'État revendiquant doit être authentique et effectif (*genuine and effective*)²¹⁶.

Il reconnaît néanmoins que cette règle devra être appliquée avec « plus de souplesse et être adaptée en fonction de l'évolution des besoins »²¹⁷.

114. À l'article 19 de son projet d'articles sur la nationalité en relation avec la succession d'États²¹⁸, la Commission consacre la notion de lien effectif en relation avec la nationalité mais ne porte aucun jugement sur le statut qui est le sien dans le contexte de la protection diplomatique.

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

Une réclamation internationale présentée en raison d'un dommage subi par un individu possède le caractère national d'un État lorsque cet individu est un national de cet État ou une personne que cet État est autorisé, en vertu du droit international, à assimiler à ses propres nationaux aux fins de la protection diplomatique²¹⁹.

116. L'affaire *Nottebohm* a été abondamment citée lors des plaidoiries devant la CIJ dans l'affaire de la *Barcelona Traction*²²⁰. Bien que la Cour ait distingué cette dernière

²¹³ Brownlie, *Principles...*, p. 423. D'autres auteurs soulignent aussi qu'il faut limiter le champ d'application du critère du lien effectif, Combacau et Sur, *Droit international public*, p. 325.

²¹⁴ *Annuaire...* 1953, vol. I, par. 24, p. 180; par. 5 et 7, p. 186, par. 45 et 46, p. 239 (M. Yepes); par. 32 et 33; p. 181, par. 63, p. 218 (M. Žourek); par. 57, p. 184; par. 24, p. 237 (M. François); par. 50, p. 239 (M. Amado).

²¹⁵ *Annuaire...* 1961, vol. II (voir *supra* la note 46), p. 51.

²¹⁶ Orrego Vicuña, « The changing law of nationality of claims », p. 27, clause 6.

²¹⁷ *Ibid.*, p. 12.

²¹⁸ *Annuaire...* 1999 (voir *supra* la note 175). L'article 19 (*ibid.*, p. 22) est ainsi libellé :

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

²¹⁹ Art. 4 c (voir *supra* la note 108).

²²⁰ *C.I.J. Recueil 1970* (voir *supra* la note 16), p. 42.

²⁰¹ *C.I.J. Recueil 1955* (voir *supra* la note 52), p. 41 et 42.

²⁰² Affaire *Albert Flegenheimer* (voir *supra* la note 181), p. 377.

²⁰³ *Ibid.*, p. 376.

²⁰⁴ Article 91 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer; et Convention des Nations Unies sur les conditions d'enregistrement des navires. Voir art. III, par. 3, de l'Accord visant à promouvoir le respect des mesures internationales de conservation et de gestion par les navires de pêche en haute mer.

²⁰⁵ Les règles concernant les réclamations internationales faites par le Gouvernement britannique ne mentionnent pas la nécessité d'un « lien effectif » en relation avec les individus (règle I) (Warbrick, loc. cit., p. 1006). Voir la règle IV, dans laquelle ce principe est appliqué aux sociétés commerciales (Warbrick, loc. cit., p. 1007).

²⁰⁶ Geck, loc. cit., p. 1050.

²⁰⁷ Randelzhofer, « Nationality », p. 507.

²⁰⁸ Parry, loc. cit., p. 707.

²⁰⁹ Kuntz, loc. cit., p. 536.

²¹⁰ Jones, « The Nottebohm case », p. 239 et 240, et 243 et 244.

²¹¹ Van Panhuys, op. cit., p. 158 et 161; Fitzmaurice, loc. cit., p. 206 et 207; Ruzié, « Nationalité, effectivité et droit communautaire », p. 113; de Castro, « La nationalité, la double nationalité et la supranationalité », p. 582; et Bojars, *Grazhdanstvo gosudarstv mira*, p. 308 à 310.

²¹² Brownlie, « The relations of nationality », p. 349 et 364. Voir en outre Brownlie, *Principles...*, p. 412 et 415.

de l'affaire *Nottebohm* tant du point de vue des faits que du droit, elle a néanmoins jugé qu'il y avait un « rattachement permanent » entre la société et le Canada²²¹. Elle s'est cependant prudemment abstenue d'affirmer que le principe énoncé dans l'affaire *Nottebohm* était un principe du droit international coutumier.

117. Le critère de lien effectif proposé dans l'affaire *Nottebohm* érode sérieusement la doctrine classique de la protection diplomatique si on l'applique strictement, car il exclurait littéralement des millions de personnes du bénéfice de la protection diplomatique. À l'époque actuelle, marquée par la mondialisation de l'économie et les migrations, des millions de personnes se sont éloignées de l'État de leur nationalité pour s'installer dans des États dont ils n'acquièrent jamais la nationalité²²². De plus, d'autres, innombrables, ont acquis à la naissance, par leur ascendance ou par détermination de la loi, la nationalité d'États avec lesquels ils ont un lien extrêmement ténu. Même les partisans du principe énoncé dans l'affaire *Nottebohm*, comme Brownlie et Van Panhuys, acceptent la nécessité d'appliquer ce principe avec souplesse²²³.

118. En droit international coutumier, une nationalité acquise par fraude, négligence ou erreur grave peut n'être pas reconnue²²⁴ et il appartient à un tribunal international, compte dûment tenu de la présomption en faveur de la validité de l'octroi par l'État de sa nationalité²²⁵ et en laissant une marge d'appréciation à l'État de la nationalité²²⁶, de mener des investigations et, si nécessaire, de ne pas tenir compte de l'octroi de la nationalité²²⁷. Ce principe peut être consolidé en une exigence de bonne foi. La nationalité sera reconnue aux fins de la protection diplomatique dès lors qu'elle n'a pas été octroyée de mauvaise foi; c'est à l'État défendeur qu'il appartient de rapporter la preuve d'une telle mauvaise foi²²⁸.

119. En fait, la résolution 1965 de l'Institut de droit international fait droit à une telle règle, la nationalité conférée en l'absence de « tout lien de rattachement »²²⁹ étant de prime abord conférée de mauvaise foi.

120. Dans l'affaire *Nottebohm*, la Cour était confrontée à une situation extrême, à savoir que le lien entre l'État défendeur et l'individu était très fort, alors que le lien de celui-ci avec l'État demandeur était très faible, avec la possibilité que la nationalité ait été octroyée de mauvaise foi. Il est donc plus sage de limiter la règle énoncée dans

cette affaire aux faits particuliers de l'espèce et d'adopter une règle permettant de contester la nationalité au motif qu'elle a été octroyée de mauvaise foi.

Article 6

Sous réserve des dispositions du paragraphe 4 de l'article 9²³⁰, l'État de nationalité peut exercer sa protection diplomatique à l'égard d'un national qui a subi un préjudice à l'encontre d'un État dont la victime du préjudice est également un national lorsque la nationalité [dominante] [effective] de celui-ci est celle du premier État en question.

Commentaire

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

122. À l'issue de la Conférence pour la codification du droit international, tenue à La Haye en 1930, il a été décidé de restreindre ou d'abolir la dualité ou la pluralité de nationalités²³¹ mais l'on a aussi fini par reconnaître leur existence à l'article 3 de la Convention de La Haye concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité, qui dispose que :

... un individu possédant deux ou plusieurs nationalités pourra être considéré, par chacun des États dont il a la nationalité, comme son ressortissant.

Diverses tentatives ultérieures de la communauté internationale tendant à supprimer la dualité et la pluralité de nationalités ont également échoué. Ainsi, en 1963, les États européens ont adopté la Convention sur la réduction des cas de pluralité de nationalités et sur les obligations militaires en cas de pluralité de nationalités²³² dont le préambule reconnaît que « le cumul des nationalités est une source de difficultés, et qu'une action commune en vue de réduire autant que possible, dans les relations entre États membres, les cas de pluralité de nationalités, répond au but poursuivi par le Conseil ». Une fois encore, l'objectif n'a pas été atteint. Les travaux sur la question ont continué au cours des décennies qui ont suivi, pour aboutir en 1997 à la Convention européenne sur la nationalité²³³, qui traite de la double nationalité d'une manière plus libérale,

²³⁰ Dont le texte se lira comme suit : « Un nouvel État de nationalité ne pourra exercer sa protection diplomatique à l'encontre d'un État de nationalité antérieur dans le cas d'un préjudice subi au cours de la période durant laquelle l'intéressé était un national de ce dernier État seulement. » Voir également Fitzmaurice, loc. cit., p. 193.

²³¹ Hudson, « The First Conference for the codification of international law », p. 450 et 451.

²³² La Ligue des États arabes a fait des efforts dans le même sens avec la Convention sur la nationalité de 1954. Voir Brownlie, « The relations of nationality », p. 351.

²³³ Voir *supra* le chapitre V.

²²¹ Ibid.

²²² Voir Hailbronner, « Diplomatischer Schutz bei mehrfacher Staatsangehörigkeit », p. 36.

²²³ Brownlie, *Principles...*, p. 423; et Van Panhuys, op. cit., p. 99 et 158.

²²⁴ Affaire *Albert Flegenheimer* (voir *supra* la note 181), p. 348 et 349 et 379 et 380; affaire *Salem* (voir *supra* la note 185), p. 1185; Brownlie, *Principles...*, p. 422; Jennings, « General course on principles of international law », p. 458. Voir aussi la note 185; et Bar-Yaacov, op. cit., p. 150 à 152 et 158.

²²⁵ Voir *supra* les notes 174 et 189; et Jennings, loc. cit., p. 459.

²²⁶ Voir *supra* la note 190.

²²⁷ Affaire *Albert Flegenheimer* (voir *supra* la note 181), p. 336 à 349, en particulier p. 338, 341 et 342, et 344; affaires *Flutie*, citées dans Ralston et Doyle, *Venezuelan Arbitrations of 1903*, p. 34; et Van Panhuys, op. cit., p. 153 à 155.

²²⁸ Affaire *Albert Flegenheimer* (voir *supra* la note 181), p. 338 et 339, et 344 et 347.

²²⁹ Art. 4 c (voir *supra* la note 108).

reflétant la division des intérêts au sein du Conseil, dont les membres sont de plus en plus nombreux à accepter le phénomène.

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

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

Un État n'encourt aucune responsabilité si la personne lésée ou celle pour le compte de qui la réclamation est présentée était ou est un de ses ressortissants²³⁴.

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

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

Des opinions divergentes ont cependant été exprimées lors de la Conférence pour la codification du droit international. La proposition qui tendait à préciser la disposition susmentionnée en y ajoutant l'expression « s'il réside habituellement dans ce dernier État » a été rejetée par la majorité des participants. Certaines délégations auraient préféré que la disposition soit purement et simplement omise. Certaines propositions ont aussi été avancées qui, si elles avaient été adoptées, auraient rendu l'exercice de la protection diplomatique possible lorsque des intérêts humanitaires la justifiaient. La règle en question était donc le fruit d'un difficile compromis²³⁵.

125. L'article 5 de la Convention sur certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité indique clairement que le critère de nationalité dominante ou effective doit être pris en considération dans le cas des doubles nationaux :

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

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

²³⁴ Article 16 a (voir *supra* la note 105), p. 135.

²³⁵ Flournoy, Jr., « Nationality convention, protocols and recommendations adopted by the First Conference on the codification of international law », p. 471; et *American Journal of International Law*, vol. 24, 1930, p. 192 à 233.

126. Le projet de convention de 1960 de la Faculté de droit de Harvard relatif à la responsabilité internationale des États à raison des dommages causés sur leur territoire à la personne des étrangers²³⁶ ne reconnaît ni ne dénie clairement le droit d'un État de nationalité à intenter un recours au nom d'un double national à l'encontre d'un autre État de nationalité²³⁷, mais tend à favoriser l'idée d'un tel recours en stipulant que :

Un État peut présenter une réclamation de l'un de ses nationaux du fait du décès d'un tiers seulement si ce dernier n'était pas un national de l'État dont la responsabilité se trouverait engagée²³⁸.

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

Une réclamation internationale présentée par un État en raison d'un dommage subi par un individu qui possède en même temps la nationalité de l'État requérant et celle de l'État requis peut être rejetée par celui-ci et est irrecevable devant la juridiction saisie²³⁹.

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

128. Avant 1930, un large courant était favorable à l'application du principe de la nationalité dominante dans les procédures d'arbitrage concernant des doubles nationaux²⁴⁰. La première réclamation pour laquelle une décision a été prise sur la base de la nationalité dominante concernait l'affaire *James Louis Drummond*; Drummond, qui avait la double nationalité française et britannique, avait été dépossédé de ses biens par le Gouvernement français en 1792. Dans la décision qu'il a rendue en 1834, le Conseil privé britannique a rejeté la réclamation de Drummond en alléguant que :

Techniquement, Drummond était un sujet britannique, mais il était de fait un sujet français, était domicilié (au moment de la saisie de ses biens) en France, et avait toutes les caractéristiques et les attributs d'un Français... L'acte de violence qui a été commis contre lui a été perpétré par le Gouvernement français dans l'exercice de son autorité municipale sur ses propres sujets²⁴¹.

129. L'affaire *Narcissa de Hammer et Amelia de Brissot*, relative aux indemnités à verser aux veuves et aux enfants de deux nationaux américains tués par des rebelles

²³⁶ Sohn et Baxter, loc. cit., p. 548.

²³⁷ La définition du terme « national » visée à l'article 21, par. 3 a, est suffisamment large pour inclure les nationaux qui possèdent deux ou plusieurs nationalités et l'article 23, par. 1, relatif aux recours intentés par l'État, ne dit rien des recours intentés au nom des nationaux possédant plusieurs nationalités à l'encontre d'un État de l'une de ces nationalités.

²³⁸ Ibid., article 23, par. 5, p. 579.

²³⁹ Voir *supra* la note 108.

²⁴⁰ Voir Joseph, op. cit., p. 19 à 21; Leigh, loc. cit., p. 462 à 464; Brownlie, *Principles...*, p. 403 et 404; Rode, « Dual nationals and the doctrine of dominant nationality », p. 140 et 141; et Weis, op. cit., p. 160 à 176.

²⁴¹ Affaire *James Louis Drummond*, 2 Knapp, P.C. Rep., p. 295, 12 Eng. Rep., p. 492, cité par Rode, loc. cit., p. 140.

vénézuéliens, est également souvent citée. Les réclamations des veuves (vénézuéliennes de naissance et américaines par mariage) et de leurs enfants (qui possédaient la double nationalité du fait qu'ils étaient nés de père américain et de mère vénézuélienne au Venezuela) ont été rejetées par la Commission des réclamations États-Unis d'Amérique–Venezuela en 1885 au motif qu'en cas de conflit entre plusieurs nationalités, la nationalité acquise du fait de la naissance sur le territoire et de la domiciliation devait être considérée comme décisive²⁴².

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

Il est admis que si [le demandeur] est aussi vénézuélien en vertu des lois du Venezuela, alors la loi de l'État de résidence l'emporte et le demandeur n'a pas à se présenter devant la Commission mixte²⁴³.

131. L'affaire *Canevaro*²⁴⁴, tranchée par la Cour permanente d'arbitrage en 1912, peut également être citée à l'appui du principe de la nationalité dominante. Dans cette affaire, il était demandé à la Cour permanente d'arbitrage si le Gouvernement italien pouvait présenter une réclamation à caractère financier au nom de Raphaël Canevaro, de nationalité italienne et péruvienne, au motif de dommages résultant du défaut de paiement de chèques par le Gouvernement péruvien. Après avoir examiné le passé de Canevaro et découvert qu'il avait plusieurs fois agi en tant que national péruvien et avait même été candidat au Sénat et consul général du Pérou aux Pays-Bas, la Cour permanente d'arbitrage a conclu que le Gouvernement péruvien était en droit de rejeter la réclamation présentée par le Gouvernement italien.

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

il était devenu citoyen britannique, et puisqu'il résidait en Grande-Bretagne au moment de l'entrée en vigueur du Traité, il avait acquis le droit de présenter une réclamation²⁴⁵.

²⁴² Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party*, p. 2456 à 2459.

²⁴³ *Recueil des sentences arbitrales*, affaire *Mathison*, p. 489. Voir également les affaires *Brignone*, *Miliani* et *Stevenson*, *ibid.*, p. 710, 754 à 761 et 438 à 455, respectivement.

²⁴⁴ *Affaire Canevaro (Italie c. Pérou)*, sentence arbitrale du 3 mai 1912, *La Haye, Recueil des sentences arbitrales*, vol. XI (Publication des Nations Unies, numéro de vente : 61.V.4), p. 397 à 410.

²⁴⁵ Sir John Fischer Williams et H. Lauterpacht (dir.), *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases 1919-22*, affaire n° 148, Londres, Longmans, Green, 1932, p. 216.

133. La question s'est de nouveau posée en 1923, cette fois devant le Tribunal arbitral mixte franco-allemand, dans le cadre de l'affaire *Blumenthal*, à l'issue de laquelle le Tribunal était arrivé à une conclusion analogue²⁴⁶. En 1925, il a été demandé au Tribunal de décider si un État pouvait réclamer que des dommages soient versés à un de ses nationaux qui était aussi un national de l'État défendeur. L'affaire en question concernait une réclamation présentée par Mme Barthez de Monfort, citoyenne française de naissance devenue allemande par mariage. La Commission a estimé qu'elle était compétente pour connaître la demande puisque la requérante n'avait « jamais abandonné son domicile français » et que

le principe de la nationalité active, c'est-à-dire la détermination de la nationalité par divers éléments de fait et de droit, devait être appliqué par un tribunal international, et ... [que] la requérante était donc une citoyenne française et pouvait prétendre à un jugement en conséquence²⁴⁷.

134. La Commission mixte de réclamations France-Mexique a été saisie de la question du droit du Gouvernement mexicain à présenter une réclamation au nom de Georges Pinson, né au Mexique mais naturalisé Français par la suite. Les faits montrant que le Gouvernement mexicain avait toujours traité Pinson comme un citoyen français avant le dépôt de la réclamation, la Commission a conclu que même si la double nationalité de l'intéressé pouvait être établie, le Gouvernement mexicain ne serait pas habilité à intenter une action en son nom²⁴⁸.

135. Dans l'affaire *Alexander Tellech*, tranchée en 1928 par la Commission des réclamations tripartite des États-Unis d'Amérique, de l'Autriche et de la Hongrie, les États-Unis avaient présenté une réclamation au nom d'Alexander Tellech pour obtenir que ce dernier soit dédommagé d'avoir été soumis au service militaire obligatoire en Autriche. La réclamation avait été rejetée au motif que Tellech avait passé en Autriche 28 des 33 années de sa vie et qu'en résidant volontairement en Autriche, en tant que double national, il avait pris le risque d'avoir à s'acquitter des obligations qui lui incombaient en vertu des lois autrichiennes²⁴⁹.

136. L'interprétation de ces décisions a été remise en question par les juges iraniens du Tribunal des réclamations République islamique d'Iran–États-Unis d'Amérique : ils ont conclu que l'interprétation correcte de certaines des affaires citées plus haut (y compris celles pouvant être interprétées comme allant dans le sens du principe de la nationalité dominante) allait dans le sens du principe de la non-responsabilité de l'État dans les réclamations présentées par des doubles nationaux. Ils ont estimé en outre que les autres décisions n'étaient pas pertinentes car elles émanaient de commissions et de tribunaux constitués par une Puissance victorieuse et

²⁴⁶ *Recueil des décisions des tribunaux arbitraux mixtes institués par les traités de paix*, vol. III, Paris, Sirey, 1924, p. 616.

²⁴⁷ Arnold D. McNair et H. Lauterpacht (dir.), *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases 1925-26*, affaire n° 206, Londres, Longmans, Green, 1929, p. 279.

²⁴⁸ Arnold D. McNair et H. Lauterpacht (dir.), *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases 1927-28*, affaires n° 194 et 195, p. 297 à 301, Londres, Longmans, Green, 1931.

²⁴⁹ *Alexander Tellech (États-Unis) c. Autriche et Hongrie*, 25 mai 1928, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VI (Publication des Nations Unies, numéro de vente : 1955.V.3), p. 248 et 249.

un État vaincu sur la base de traités, d'où une asymétrie fondamentale entre leurs juridictions respectives²⁵⁰. Il est cependant indéniable, comme le prouve l'affaire *Narcissa de Hammer et Amelia de Brissot*²⁵¹, que certaines décisions dans lesquelles le principe de la nationalité dominante a été retenu ont conduit au rejet des réclamations introduites par des nationaux de puissances victorieuses.

137. La règle de la non-responsabilité des États dans les réclamations présentées par des doubles nationaux a toutefois bénéficié d'un appui juridictionnel dans les décisions antérieures à l'affaire *Nottebohm*²⁵².

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

Considérer sa plainte à l'encontre de cet autre État souverain comme une question internationale reviendrait à lui reconnaître une juridiction équivalente à celle de l'autre nation dont il est aussi un sujet. Il en résulterait inévitablement des complications, car aucun gouvernement ne reconnaîtrait à un autre le droit d'intervenir dans ses affaires au nom d'un individu qu'il considère lui-même comme l'un de ses sujets²⁵³.

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

un individu possédant une double nationalité ne peut faire de l'un des pays auquel il doit allégeance un défendeur devant un tribunal international²⁵⁴.

Le représentant du Royaume-Uni a accepté cet avis et retiré toutes les réclamations présentées au nom de demandeurs ayant la double nationalité²⁵⁵. La même Commission est parvenue à des conclusions similaires dans l'affaire *Frederick Adams et Charles Thomas Blackmore*, en 1931²⁵⁶.

140. Dans un contexte assez différent, le Tribunal arbitral saisi de l'affaire *Salem* devait examiner la réclamation d'une personne née en Égypte, qui avait acquis la

nationalité américaine par naturalisation. Bien que Salem fût né en Égypte, les faits prouvaient qu'il était né national perse et était par conséquent Perse plutôt qu'Égyptien de naissance. L'Égypte, qui était le défendeur dans cette affaire, arguait néanmoins du fait que le Tribunal n'était pas compétent du fait que la nationalité effective de l'intéressé était la nationalité égyptienne. Le Tribunal a fait la réponse suivante :

Le principe de la « nationalité effective » auquel se réfère le Gouvernement égyptien ne semble pas suffisamment établi en droit international. Il a été utilisé dans la célèbre affaire *Canevaro*, mais la décision du Tribunal arbitral nommé à cette occasion demeure un fait ponctuel. Il est donc inutile que le Gouvernement égyptien se réfère à la règle de la « nationalité effective » pour s'élever contre la demande présentée par les États-Unis d'Amérique s'il peut uniquement prouver que Salem était un sujet égyptien²⁵⁷.

141. En 1949, dans l'avis consultatif qu'elle a rendu dans l'affaire *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, la CIJ a qualifié de « pratique courante »²⁵⁸ la pratique des États consistant à ne pas protéger leurs nationaux contre un autre État de nationalité.

142. Les décisions rendues dans les affaires *Nottebohm*²⁵⁹ et *Florence Strunsky-Mergé*²⁶⁰ sont celles qui sont les plus favorables à l'application du principe de la nationalité dominante ou effective dans les demandes impliquant des doubles nationaux.

143. L'affaire *Nottebohm*, dans laquelle la CIJ a tenu que la nationalité de l'État demandeur devait être effective et se fonder sur « un fait social de rattachement, une solidarité effective d'existence, d'intérêts, de sentiments, jointe à une réciprocité de droit et de devoirs »²⁶¹, est examinée en détail dans le commentaire de l'article 5. Bien que l'affaire en question soit un cas de simple nationalité, la Cour a essentiellement fondé son arrêt sur des précédents relatifs à des cas de double nationalité. La Cour a conclu :

L'arbitre international a tranché de la même façon de nombreux cas de double nationalité où la question se posait à propos de l'exercice de la protection. Il a fait prévaloir la nationalité effective, celle concordant avec la situation de fait, celle reposant sur un lien de fait supérieur entre l'intéressé et l'un des États dont la nationalité était en cause. Les

²⁵⁷ *Recueil des sentences arbitrales* (voir *supra* la note 185), p. 1187.

²⁵⁸ *C.I.J. Recueil 1949* (voir *supra* la note 59), p. 186.

²⁵⁹ Voir *supra* la note 52.

²⁶⁰ Affaire *Florence Strunsky-Mergé*, Commission de conciliation italo-américaine, décision du 10 juin 1955, RGDI, vol. 63, 1959, p. 125 et suiv. Selon Paul de Visscher (« Cours général de droit international public », p. 163),

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

Voir aussi Klein, « La protection diplomatique des doubles nationaux : reconsidération des fondements de la règle de non-responsabilité », p. 184; et Tunkin (dir.), *Mezhdunarodnoye pravo*, p. 221.

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

« aura peut-être pour effet de garantir qu'un État puisse présenter une réclamation au nom d'un national qui lui est effectivement rattaché, même si la réclamation est dirigée contre un autre État dont l'individu est aussi un national. Dans pareils cas, le principe de la nationalité effective permet de présenter les réclamations, alors que le principe de l'égalité des nationalités aurait fait obstacle à cette démarche. » (Loc. cit., p. 469.)

²⁶¹ *C.I.J. Recueil 1955* (voir *supra* la note 52), p. 23.

²⁵⁰ Opinion dissidente du juge Shafie Shafeiei sur la question de la double nationalité, affaires n° 157 et 211, *Iran United States Claims Tribunal Reports*, Cambridge, Grotius, 1984, vol. 2, p. 194. Cette opinion est partagée par Bar-Yaacov, op. cit., p. 214, 226 et 233 à 235.

²⁵¹ Voir *supra* la note 242.

²⁵² Voir *supra* la note 52.

²⁵³ *Executors of R.S.C.A. Alexander v. The United States, American and British Claims Commission, 1871*, in J. B. Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party*, Washington, United States Government Printing Office, 1898, vol. III, p. 2531.

²⁵⁴ Affaire *Oldenbourg*, Décisions et avis des membres de la Commission, 5 octobre 1929-15 février 1930, p. 97, et affaire *Honey*, Autres décisions et avis des membres de la Commission, après le 15 février 1930, p. 13. (Cité dans Rode, loc. cit., p. 141.)

²⁵⁵ Bar-Yaacov, op. cit., p. 212.

²⁵⁶ *Frederick Adams et Charles Thomas Blackmore (Royaume-Uni c. Mexique)*, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V (Publication des Nations Unies, numéro de vente : 1952.V.3), p. 216 et 217.

éléments pris en considération sont divers et leur importance varie d'un cas à l'autre : le domicile de l'intéressé y tient une grande place, mais il y a aussi le siège de ses intérêts, ses liens de famille, sa participation à la vie publique, l'attachement à tel pays par lui manifesté et inculqué à ses enfants, etc.²⁶².

Dans son opinion dissidente, le juge Read a fait valoir que le critère du rattachement effectif ne jouait que dans les affaires de double nationalité²⁶³.

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

Le principe fondé sur l'égalité souveraine des États, qui exclut la protection diplomatique en cas de double nationalité, doit céder le pas devant le principe de la nationalité effective lorsque celle-ci coïncide avec celle de l'État demandeur. Il n'en va pas de même lorsqu'une telle prédominance n'est pas établie, car le premier est un principe généralement reconnu, qui peut servir, dans la pratique, à éliminer toute incertitude éventuelle²⁶⁴.

Dans l'avis qu'elle a rendu, la Commission a fait apparaître clairement que le principe de la nationalité effective et la notion de nationalité dominante n'étaient que les deux faces d'une même médaille. La règle ainsi adoptée et le critère susmentionné ont été appliqués par la Commission de conciliation italo-américaine dans plus de 50 autres affaires impliquant des binationaux. Dans chaque cas, la Commission s'est référée à la décision qu'elle a prise dans l'affaire *Florence Strunsky-Mergé*²⁶⁵.

145. Se fondant sur ces affaires, le Tribunal des réclamations irano-américain a appliqué le principe de la nationalité dominante dans de nombreuses affaires concernant des réclamations introduites par des binationaux (irano-américains) contre l'Iran. Dans sa première affaire de double nationalité, l'affaire *Esfahanian*²⁶⁶, dans laquelle le Tribunal a établi pour la première fois sa compétence pour ce genre d'affaires, sa deuxième chambre a pris une décision fondée sur la jurisprudence

susmentionnée, qui allait dans le sens de la doctrine. Les auteurs invoqués dans l'opinion majoritaire, à savoir Basdevant²⁶⁷, Maury²⁶⁸, et Paul de Visscher, confirmaient la validité et la prévalence de la théorie de la nationalité dominante²⁶⁹. La décision citait le passage suivant de De Visscher :

La doctrine du lien effectif ou du rattachement dominant a été régulièrement appliquée au cours du XIX^e siècle, mais parce qu'elle le fut généralement pour rejeter les demandes, la doctrine en est venue à enseigner qu'en règle générale les demandes formées au profit des doubles nationaux sont irrecevables ... l'idée s'est implantée que toute demande de protection introduite au profit d'un double national devait être déclarée irrecevable.

Cette règle ... que l'Institut de droit international a cru devoir réaffirmer en 1965, n'est pas l'expression correcte du droit en vigueur ... en prononçant l'arrêt *Nottebohm*, la Cour internationale a bel et bien entendu affirmer un principe général²⁷⁰.

Se tournant vers des sources plus récentes, la majorité (c'est-à-dire les juges Bellet et Aldrich) a trouvé des éléments à l'appui de la théorie de la nationalité effective dans les travaux de Rousseau²⁷¹, Batiffol et Lagarde²⁷², Siorat²⁷³, Rode²⁷⁴ et de la Commission²⁷⁵. La majorité a soutenu par ailleurs que les tribunaux s'étaient généralement bornés à conclure qu'un État de nationalité ne pouvait pas introduire une demande au nom d'un binational si celui-ci se trouvait physiquement dans l'État de nationalité défendeur.

146. Dans son opinion dissidente, le juge Shafeiei²⁷⁶ a souligné que les juristes étaient divisés quant à l'applicabilité du principe de la nationalité dominante aux affaires impliquant des binationaux, citant, à l'appui du principe de la non-responsabilité, Borchard²⁷⁷, ainsi que le débat qui a eu lieu sur la question à l'Institut de droit international en 1965²⁷⁸, Oppenheim²⁷⁹, Bar-Yaacov²⁸⁰, Nguyen Quoc, Dallier et Pellet²⁸¹ et Von Glahn²⁸².

²⁶⁷ Basdevant, « Conflits de nationalités dans les arbitrages vénézuéliens de 1903-1905 », p. 41 à 63, cité par Verwilghen, « Conflit de nationalités », p. 459.

²⁶⁸ Maury, « Du conflit de nationalités et en particulier du conflit de deux nationalités étrangères devant les autorités et les juridictions françaises ».

²⁶⁹ Affaire *Esfahanian c. Bank Tejarat* (voir *supra* la note 185), p. 164.

²⁷⁰ Paul de Visscher, loc. cit., p. 162.

²⁷¹ Rousseau, *Droit international public*, p. 112.

²⁷² Batiffol et Lagarde, *Droit international privé*.

²⁷³ Siorat, « Protection diplomatique », fascicule 250-B.

²⁷⁴ Rode, loc. cit., p. 139.

²⁷⁵ *Annuaire... 1961* (voir *supra* la note 46), p. 48 à 51.

²⁷⁶ Opinion divergente du juge Shafie Shafeiei (voir *supra* la note 250), p. 199 à 201 et 207.

²⁷⁷ Borchard, « Protection diplomatique des nationaux à l'étranger », p. 289; et « La protection diplomatique des nationaux à l'étranger » (rapport supplémentaire), p. 278.

²⁷⁸ *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 51, tomes I et II (session de Varsovie, septembre 1965), Bâle, 1965.

²⁷⁹ *International Law: A Treatise*, p. 348.

²⁸⁰ Op. cit., p. 238.

²⁸¹ Op. cit., p. 774. Combacau et Sur doutent eux aussi que la règle traditionnelle exposée dans la Convention concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité ait été contredite dans l'affaire *Florence Strunsky-Mergé*, op. cit., p. 327 et 328.

²⁸² *Law Among Nations*, p. 207.

²⁶² Ibid., p. 22.

²⁶³ Ibid., p. 41 et 42.

²⁶⁴ Affaire *Florence Strunsky-Mergé* (voir *supra* la note 260), p. 455 (par. V.5). Voir aussi *Recueil des sentences arbitrales* (Publication des Nations Unies, numéro de vente : 65.V.4), vol. XIV, p. 247.

²⁶⁵ Voir, par exemple, affaire *Spaulding*, décision n° 149, ILR, vol. 24, 1957, p. 452; affaire *Zangrilli* du 21 décembre 1956, ibid., vol. 24, 1957, p. 454; affaire *Cestra*, décision n° 165 du 28 février 1957, ibid., vol. 24, 1956, p. 454; affaire *Puccini*, décision n° 173 du 17 mai 1957, ibid., vol. 24, 1957, p. 454; affaire de la *Succession Salvoni*, décision n° 169 du 9 mai 1957, ibid., vol. 24, 1957, p. 455; affaire *Ruspoli*, décision n° 170 du 15 mai 1957, ibid., vol. 24, 1957, p. 457; affaire *Ganapini*, décision n° 196 du 30 avril 1959, ibid., vol. 30, 1959, p. 366; affaire *Turri*, décision n° 209 du 14 juin 1960, ibid., vol. 30, 1960, p. 371; affaire *Graniero*, décision n° 186 du 20 janvier 1959, ibid., vol. 30, 1959, p. 451; affaire *Di Ciccio*, décision n° 226 du 9 novembre 1962, ibid., vol. 40, 1962, p. 148. Voir aussi Verdross et Simma, par. 1197, p. 791.

²⁶⁶ Affaire *Esfahanian c. Bank Tejarat* (voir *supra* la note 185), p. 157 à 170; voir aussi l'opinion dissidente du juge Shafie Shafeiei (voir *supra* la note 250), p. 178 à 225. Pour une critique de cette décision, voir Khan, *The Iran-United States Claims Tribunal: Controversies, Cases and Contribution*, p. 120; et Rezek, « Le droit international de la nationalité », p. 368.

147. La décision prise dans l'affaire *Espahanian* a été confirmée par le Tribunal Full dans l'affaire n° A/18²⁸³. Là encore, la majorité²⁸⁴, constituée de juges non iraniens, comme la minorité²⁸⁵ ont fait appel aux auteurs faisant autorité pour étayer leurs positions respectives.

148. Le Tribunal des réclamations irano-américain, créé par les Accords d'Alger conclus le 19 janvier 1981²⁸⁶, n'est pas censé connaître des réclamations introduites par des États au nom de leurs nationaux.

Il ne s'agit pas d'un exemple typique de protection diplomatique accordée à des nationaux, où un État, cherchant une forme de réparation internationale pour ses nationaux, crée un tribunal auquel il est lui-même partie, en lieu et place de ses nationaux. Dans ce cas typique, l'État prend fait et cause pour ses nationaux et les dommages pour lesquels il demande réparation sont réputés être des préjudices qu'il a lui-même subis. Ici, le Gouvernement des États-Unis n'est pas partie à l'arbitrage des plaintes introduites par ses nationaux, pas même dans les affaires mineures où il fait office de conseil pour ses nationaux²⁸⁷.

En dépit de cette particularité institutionnelle, il ne fait aucun doute que la jurisprudence du Tribunal des réclamations irano-américain abonde dans le sens du principe de la nationalité dominante²⁸⁸. Le Tribunal a été saisi de quelque 130 affaires impliquant des binationaux²⁸⁹.

149. Une autre institution qui étaye le principe de la nationalité dominante est la Commission d'indemnisation des Nations Unies (UNCC) établie par le Conseil de sécurité pour indemniser ceux qui ont subi des préjudices du fait de l'occupation du Koweït par l'Iraq. La Commission n'examine les plaintes introduites par des ressortissants iraniens que s'ils ont par ailleurs la nationalité dûment établie d'un autre État²⁹⁰.

²⁸³ Voir *supra* la note 67.

²⁸⁴ La majorité a évoqué les auteurs suivants, qui sont en faveur du principe de la nationalité dominante : Reuter, *Droit international public*, p. 236; Yanguas Messia, « La protection diplomatique en cas de double nationalité », p. 556; Donner, *The Regulation of Nationality in International Law*, p. 94; Leigh, loc. cit., p. 453 et 475; et Griffin, « International claims of nationals of both the claimant and respondent States: the case history of a myth », p. 400 à 402.

²⁸⁵ Le volumineux dissentiment des juges iraniens s'appuyait sur les auteurs cités par le juge Shafie Shafeiei dans son opinion dissidente dans l'affaire *Espahanian c. Bank Tejarat* (voir *supra* la note 250), ainsi que sur Fitzmaurice, loc. cit., p. 193 et Jessup, op. cit., p. 100. [Voir *Iran-United States Claims Tribunal Report*, affaire n° A/18 (voir *supra* la note 67), p. 327 et 328.]

²⁸⁶ Déclaration du Gouvernement de la République populaire et démocratique d'Algérie, in *ILM*, vol. 20, 1981, p. 224 à 229; et Déclaration du Gouvernement de la République populaire et démocratique d'Algérie, concernant le règlement des différends entre le Gouvernement des États-Unis d'Amérique et le Gouvernement de la République islamique d'Iran, in *ILM*, vol. 20, 1981, p. 230 à 233.

²⁸⁷ Affaire *Espahanian c. Bank Tejarat* (voir *supra* la note 185), p. 165.

²⁸⁸ Voir, de façon générale, Aldrich, *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal*, p. 44 à 79; et Brower et Brueschke, *The Iran-United States Claims Tribunal*, p. 32 à 42, et 288 à 323.

²⁸⁹ Aghahosseini, « The claims of dual nationals before the Iran-United States claims tribunal: some reflections », p. 22.

²⁹⁰ Décision prise par le Conseil d'administration de la Commission d'indemnisation des Nations Unies, durant sa troisième session, lors de la 18^e séance, tenue le 28 novembre 1991, et telle que révisée lors de la 24^e séance, tenue le 16 mars 1992 : Critères applicables à d'autres catégories de réclamations (S/AC.26/1991/7/Rev.1), par. 11.

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

En cas de nationalité double ou multiple, le droit de présenter une réclamation internationale ne peut être exercé que par l'État avec lequel le ressortissant étranger a les liens juridiques ou autres les plus étroits et les plus authentiques²⁹¹.

Le principe a aussi reçu le soutien d'Orrego Vicuña dans son rapport de 1999 soumis au Comité sur la protection diplomatique des personnes et des biens de l'Association de droit international²⁹².

151. La Convention européenne sur la nationalité ne prend pas partie. L'article 17, paragraphe 2, prévoit que ses dispositions relatives à des nationalités multiples n'affectent en rien

les règles du droit international portant sur la protection diplomatique et consulaire d'un État partie en faveur d'un de ses nationaux qui possède simultanément une autre nationalité.

152. Comme en témoignent les décisions rendues par le Tribunal des réclamations irano-américain, les auteurs sont partagés quant au critère de la nationalité dominante dans des affaires impliquant des binationaux. Cependant, même les auteurs²⁹³ qui sont cités comme y étant opposés, acceptent l'utilité d'un tel critère. La dernière édition de *Oppenheim's International Law*, qui souscrit à la règle contenue à l'article 4 de la Convention sur certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité (en précisant qu'il s'agit probablement d'une règle du droit international coutumier), concède que le conflit entre les articles 4 et 5 de la Convention est souvent tranché en faveur de l'article 5 dans les cas impliquant un État de nationalité contre l'autre, pourvu que la nationalité dominante de l'intéressé soit celle de l'État demandeur²⁹⁴.

153. Une des principales objections au principe de la nationalité dominante ou effective est son indétermination. Alors que certains mettent en avant le domicile²⁹⁵ ou la résidence²⁹⁶ comme élément déterminant l'existence d'un lien effectif, d'autres soulignent l'importance de l'allégeance²⁹⁷ ou d'un acte de naturalisation²⁹⁸. La jurisprudence du Tribunal des réclamations irano-américain contribue pour beaucoup à élucider les facteurs à prendre en considération pour déterminer le caractère effectif du lien d'un individu à l'égard de son État de nationalité. Les facteurs qu'il a examinés à la faveur d'un grand nombre d'affaires concernant sur la résidence

²⁹¹ *Annuaire... 1958* (voir *supra* la note 121), p. 64.

²⁹² Orrego Vicuña a proposé la règle suivante :

« En cas de nationalité double, le caractère effectif du lien devrait prévaloir sur toute autre considération, en permettant les réclamations à l'encontre d'un État dont l'intéressé est aussi un ressortissant. »

(« The changing law of nationality of claims », p. 27, clause 11.)

²⁹³ Brownlie, *Principles...*, p. 404; Geck, loc. cit., p. 1051; et Parry, loc. cit., p. 699.

²⁹⁴ Jennings et Watts, op. cit., p. 516.

²⁹⁵ Borchard, op. cit., p. 589; et Parry, loc. cit., p. 711.

²⁹⁶ Article 5 de la Convention de La Haye; Bar-Yaacov, op. cit., p. 136 et 137, et 260; et Fitzmaurice, loc. cit., p. 193.

²⁹⁷ Opinion dissidente du juge Read dans l'affaire *Nottebohm* (voir *supra* la note 52), p. 44 et 45; et Brownlie, *Principles...*, p. 422.

²⁹⁸ Jennings, loc. cit., p. 459; et Randelzhofer, loc. cit., p. 507.

habituelle, le temps passé dans chacun des pays de nationalité, la date de la naturalisation (durée pendant laquelle l'intéressé a eu la nationalité de l'État exerçant sa protection avant d'introduire la réclamation); l'endroit où l'intéressé a fait ses études, ainsi que le programme et la langue des cours; l'emploi et les intérêts financiers; l'endroit où vit la famille, les liens familiaux dans chaque pays, la nationalité des autres membres de la famille et l'enregistrement des naissances et des mariages à l'ambassade de l'autre État de nationalité; la participation à la vie sociale et publique; l'utilisation de la langue, l'imposition, le compte en banque, la sécurité sociale, les visites dans l'autre État de nationalité et les autres liens qu'il entretient avec cet État; la possession et l'utilisation d'un passeport de l'autre État; le renoncement à une nationalité; et le service militaire effectué dans un des États. Aucun de ces facteurs n'a été considéré comme décisif, et le poids attribué à chacun varie en fonction des circonstances de l'espèce²⁹⁹. Le Tribunal s'est aussi intéressé aux éléments indiquant une acquisition ou une utilisation abusive de nationalité³⁰⁰.

154. Les cas où un État a accordé sa protection diplomatique à des binationaux contre l'autre État dont ils étaient ressortissants sont rares dans la pratique des États. Toutefois, les documents dont on dispose vont dans le sens d'une acceptation du principe de la nationalité dominante ou effective³⁰¹.

155. Dans l'ouvrage qu'il a consacré à la double nationalité, Bar-Yaacov indique que la pratique contemporaine des États-Unis consiste à refuser la protection diplomatique aux binationaux qui l'invoquent contre l'autre État de nationalité, surtout si les intéressés résident dans cet État. Aucune protection n'était accordée aux nationaux qui n'avaient pas opté pour la nationalité américaine ou à ceux qui, bien qu'ayant opté pour la nationalité des États-Unis, s'étaient ensuite établis dans leur autre État de nationalité. En ce qui concerne les citoyens naturalisés, la position initiale des États-Unis consistait de ne pas leur accorder protection contre l'État d'origine. Cependant, en 1859, cette politique a été inversée.

²⁹⁹ Brower et Brueschke, op. cit., p. 32 à 42.

³⁰⁰ Pour plus d'informations sur ces facteurs et les précautions à prendre concernant l'acquisition ou l'utilisation frauduleuse de la nationalité, voir, par exemple, affaire *Espahanian c. Bank Tejarat* (voir *supra* la note 185), p. 166; *Golpira c. Iran* (1983), *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 2, Cambridge, Grotius, 1985, p. 174; *Danielpour (M.) c. Iran* (1989), *ibid.*, vol. 22, p. 121; *Danielpour (S. J.) c. Iran* (1989), *ibid.*, vol. 22, p. 126; *Berookhim c. Iran* (1990), *ibid.*, vol. 25, p. 285; *Nemazee c. Iran* (1990), *ibid.*, vol. 25, p. 159; *Golshani c. Iran* (1989), *ibid.*, vol. 22, p. 159; *Etezadi c. Iran* (1990), *ibid.*, vol. 25, p. 270; *Hemmat c. Iran* (1989), *ibid.*, vol. 22, p. 136; *Ebrahimi c. Iran* (1989), *ibid.*, vol. 22, p. 144; *Perry-Rohani c. Iran* (1989), *ibid.*, vol. 22, p. 198; *Abrahamian c. Iran* (1989), *ibid.*, vol. 23, p. 287; *Ghaffari (A.) c. Nioc* (1990), *ibid.*, vol. 25, p. 184; *Mahmoud c. Iran* (1985), *ibid.*, vol. 9, p. 350; *Malek c. Iran* (1988), *ibid.*, vol. 19, p. 52; *Nourafchan c. Iran* (1989), *ibid.*, vol. 23, p. 310; etc. Voir aussi Aldrich, op. cit., p. 61 à 80; Brower et Brueschke, op. cit., p. 298 à 305, et 315 et 316; et Bederman, « Nationality of individual claimants before the Iran-United States Claims Tribunal », p. 129.

³⁰¹ S'agissant de la pratique des États et de l'évolution du droit en ce qui concerne la protection accordée par un État contre l'autre État de nationalité, Hailbronner fait observer que bien que la pratique ne soit pas uniforme dans ce domaine et que la majorité des États soient opposés à la protection dans de tels cas, une lente évolution semble se faire jour dans le sens de l'acceptation du principe de la nationalité effective dans ce contexte. (loc. cit., p. 30 à 36.) Pour un avis contraire, cf. Lee, op. cit., p. 159.

Rejetant la doctrine de la non-responsabilité, le Département d'État a proclamé qu'une fois qu'un individu devenait citoyen des États-Unis, son alliance avec les États-Unis devenait exclusive. Sur la base de cet argument, le Gouvernement des États-Unis a essayé à plusieurs occasions d'étendre sa protection diplomatique à des citoyens naturalisés américains contre l'État de leur autre nationalité, même quand ils étaient réinstallés dans ce pays³⁰². La pratique du Royaume-Uni paraît analogue. La protection contre l'autre État de nationalité était refusée si l'intéressé résidait dans cet État. Contrairement aux États-Unis, le Royaume-Uni n'étendait pas sa protection aux personnes naturalisées britanniques si elles décidaient de retourner dans leur pays d'origine³⁰³.

156. Cependant, comme les États-Unis et le Royaume-Uni ont changé de politique, les conclusions de Bar Yaacov sont devenues caduques. Actuellement, le Département d'État des États-Unis applique le principe de la nationalité effective³⁰⁴ et, selon les règles adoptées en 1985,

le Gouvernement britannique ne reprendra pas normalement à son compte la revendication d'un binational en tant que ressortissant britannique si l'État défendeur est l'État de l'autre nationalité de l'intéressé, mais il peut le faire si le défendeur a, dans les circonstances qui ont donné lieu au préjudice, traité le demandeur comme un national britannique³⁰⁵.

157. Dans les années 70, le Gouvernement chilien refusait d'étendre sa protection diplomatique à l'encontre d'un autre État de nationalité³⁰⁶. À la même époque, la République fédérale d'Allemagne n'était pas opposée à exercer officieusement une telle protection³⁰⁷, alors que la Suisse, tout en considérant la non-responsabilité comme la règle générale, ne refusait pas en principe d'étendre sa protection à l'encontre d'un autre État de nationalité dans des cas exceptionnels³⁰⁸.

158. Inévitablement, l'application du principe de la nationalité effective ou dominante à des affaires de double nationalité suppose que l'on juge la force respective des liens de l'intéressé avec les États de nationalité. Les tribunaux devraient user de la plus grande prudence lorsqu'ils appliquent le principe de la prépondérance dans des affaires où la force des liens que le binational entretient avec ses deux États de nationalité est pratiquement équivalente, car cet exercice comporte un risque sérieux de porter atteinte à l'égalité des deux États de nationalité³⁰⁹.

159. On peut trouver un élément utile pour résoudre les différends entre des États de nationalité dans la mise en

³⁰² Bar-Yaacov, op. cit., p. 64 à 72 et 147 à 155.

³⁰³ *Ibid.*, p. 72 à 75 et 155 à 157.

³⁰⁴ Brownlie, *Principles...*, p. 404, citant le Digest of US Practice, 1979. Voir aussi Lee, op. cit., note 141, p. 160. Les Pays-Bas appliquent le même principe, *ibid.*, p. 161.

³⁰⁵ Règle III du Règlement applicable aux revendications internationales, citée in Warbrick, loc. cit., p. 1007.

³⁰⁶ Orrego Vicuña, « Chili », p. 141.

³⁰⁷ Seidl-Hohenveldern, « Federal Republic of Germany », p. 247.

³⁰⁸ Caffisch, « Switzerland », p. 499.

³⁰⁹ Rezek, loc. cit., p. 266 et 267. Voir aussi Klein, loc. cit., p. 184. C'est dans ce sens que l'affaire *Florence Strunsky-Mergé* (voir *supra* la note 260), p. 455, par. V.5, citée *supra* dans le commentaire de l'article 6 (par. 144), a été interprétée; voir Van Panhuys, op. cit., p. 78; Verdross et Simma, op. cit., par. 1338, p. 905; Jürgens, *Diplomatischer Schutz und Staatenlose*, p. 206, et Leigh, loc. cit., p. 472.

garde du Tribunal des réclamations irano-américain dans l'affaire n° A/18 :

Dans les cas où le Tribunal établit sa compétence sur la base de la nationalité dominante ou effective du demandeur, l'autre nationalité peut demeurer pertinente quant au fond³¹⁰.

Selon cette règle, le Tribunal doit examiner les circonstances de l'espèce lors de l'examen quant au fond. S'il conclut que le binational a utilisé la nationalité de l'État défendeur pour obtenir des avantages auxquels ne peuvent prétendre que des nationaux de cet État, il peut refuser de se prononcer en faveur de l'État demandeur³¹¹.

160. Pour la plupart, les auteurs sont en faveur du principe de la nationalité dominante dans les affaires impliquant des binationaux. De plus, les décisions judiciaires comme les écrits des publicistes ont jeté la lumière sur les facteurs à prendre en compte pour déterminer quelle est la nationalité dominante. Le principe contenu à l'article 6 rend correctement compte de l'état actuel du droit international coutumier et est conforme à l'évolution du droit international relatif aux droits de l'homme, qui accorde une protection juridique même à l'encontre de l'État dont les intéressés sont ressortissants³¹².

Article 7

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

2. Deux ou plusieurs États de nationalité au sens de l'article 5 peuvent exercer conjointement leur protection diplomatique à l'égard d'une personne ayant une double ou multiple nationalité.

Commentaire

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

Il était du devoir du tribunal d'examiner dans lequel des deux pays existaient les éléments de droit et de fait créant une relation effective, et pas seulement théorique, de nationalité...

Il était du devoir d'un tribunal à compétence internationale de résoudre les conflits de nationalité. À cet effet, il devait prendre en compte le pays où le requérant était domicilié, travaillait et exerçait ses droits politiques. La nationalité déterminée selon ce critère était considérée comme dominante³¹³.

³¹⁰ Décision du 6 avril 1984 (voir *supra* la note 67), p. 265 et 266.

³¹¹ Voir *Khosrowshahi c. Iran* (1990), *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 24, Cambridge, Grotius, 1991, p. 45; et *James M. Saggi c. Iran* (1993), sentence n° 544-298-2. Voir aussi, Aldrich, op. cit., p. 76 à 79; Brower et Brueschke, op. cit., p. 296 à 322.

³¹² Voir Hailbronner, loc. cit., p. 35.

³¹³ *Baron Frédéric de Born c. État serbe-croate-slovène*, décision du 12 juillet 1926 du Tribunal arbitral mixte hongaro-yougoslave,

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

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

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

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

Une réclamation internationale présentée par un État en raison d'un dommage subi par un individu qui possède, en plus de la nationalité de l'État requérant, celle d'un autre État que l'État requis, peut être rejetée par celui-ci et est irrecevable devant la juridiction saisie, à moins qu'il puisse être établi que l'intéressé possède un lien de rattachement prépondérant avec l'État requérant³¹⁴.

164. Le projet de Convention de la Faculté de droit de Harvard de 1960 sur la responsabilité internationale des États pour les dommages causés aux étrangers³¹⁵ appuie implicitement cette règle dans la mesure où la reconnaissance du principe de la nationalité effective peut être interprétée comme s'appliquant à tous les cas concernant la protection diplomatique de binationaux. García Amador a adopté une approche assez semblable dans son troisième rapport de 1958, dans lequel il propose que les personnes ayant une double ou multiple nationalité ne puissent faire l'objet d'une protection diplomatique sauf lorsqu'il peut être démontré que l'intéressé a « les liens juridiques ou autres les plus étroits et les plus authentiques » avec l'État offrant une telle protection qu'avec tout autre État³¹⁶.

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

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

La règle du droit international [veut] que, dans les cas de double nationalité, une puissance tierce ne soit pas habilitée à contester la réclamation d'une des deux puissances dont l'intéressé a la nationalité en invoquant la nationalité de l'autre puissance³¹⁷.

167. La Commission de conciliation Italie-États-Unis est arrivée à la même conclusion dans l'affaire *Vereano*, qui concernait une réclamation présentée au nom d'un

affaire n° 205, in *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases 1925-26* (voir *supra* la note 247), vol. 3, p. 277.

³¹⁴ Voir *supra* la note 108.

³¹⁵ Article 23, par. 3, Sohn et Baxter, loc. cit., p. 579.

³¹⁶ *Annuaire... 1958* (voir *supra* la note 121), art. 21, par. 4, p. 64.

³¹⁷ Affaire *Salem* (voir *supra* la note 185), p. 1188.

ressortissant américain ayant acquis la nationalité turque par mariage. La Commission a rappelé sa décision dans l'affaire *Florence Strunsky-Mergé*, décision selon laquelle :

Les ressortissants des États-Unis qui ne possédaient pas la nationalité italienne mais la nationalité d'un État tiers pouvaient être considérés comme « nationaux des États-Unis », aux termes du traité, même si leur nationalité dominante était celle d'un État tiers³¹⁸.

168. En 1958, cette règle a été confirmée par la Commission dans l'affaire *Albert Flegenheimer*³¹⁹.

169. Dans l'affaire *Stankovic*, la même Commission a examiné une réclamation présentée par les États-Unis au nom d'un ressortissant yougoslave qui avait émigré en Suisse après la création de la République fédérale de Yougoslavie et y avait obtenu un passeport d'apatride en 1948. En 1956, il a été naturalisé citoyen des États-Unis. À la suite d'une objection soulevée par les autorités italiennes, la Commission a estimé que les États-Unis avaient le droit de présenter une réclamation au nom de Stankovic même s'il avait aussi la nationalité d'un autre État. Elle a estimé que le passage de la nationalité d'un État Membre des Nations Unies à celle d'un autre État Membre n'affectait pas sa compétence³²⁰.

170. La meilleure solution au problème du lien effectif dans les cas de double nationalité impliquant des États tiers est un compromis : l'État requérant doit simplement montrer qu'il existe un lien de nationalité manifeste entre lui et la personne ayant subi des dommages. C'est la règle qu'a suivie le Tribunal des réclamations irano-américain dans un certain nombre d'affaires concernant des requérants qui étaient à la fois nationaux des États-Unis et d'un État tiers³²¹. Même lorsque la question de la nationalité dominante a été soulevée dans ces affaires, les exigences concernant les preuves étaient considérablement moins rigoureuses que dans les affaires impliquant des binationaux américano-iraniens³²². Dans certains cas, le Tribunal a toutefois indiqué que s'il pouvait être prouvé que le requérant possédait aussi la nationalité d'un État tiers, il serait nécessaire de déterminer sa nationalité dominante³²³.

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

faites par des binationaux ressortissants d'États autres que l'Iraq³²⁴.

172. Lorsqu'un État présente une réclamation à l'encontre d'un autre État au nom d'un individu qui possède la nationalité de ces deux États, le conflit de lois est évident³²⁵. Le problème ne se pose pas, cependant, lorsqu'un des États de nationalité d'un binational souhaite protéger ce binational contre un État tiers. Il n'y a donc aucune raison d'appliquer le principe de la nationalité dominante ou effective³²⁶. C'est cette approche qu'a adoptée le Royaume-Uni³²⁷.

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

174. En principe, il n'y a aucune raison que les États de nationalité ne puissent exercer conjointement un droit qui appartient à chaque État dont l'intéressé a la nationalité. L'exercice conjoint de la protection diplomatique par deux ou plusieurs États avec lesquels la victime a un lien de nationalité dûment établi doit en conséquence être autorisé³²⁸.

Article 8

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

Commentaire

175. Comme le montrent le paragraphe 1 de l'article premier et le commentaire qui s'y rapporte, la protection diplomatique est traditionnellement accordée aux

³¹⁸ Affaire *Florence Strunsky-Mergé* (voir *supra* la note 260), par. V (8), p. 456, citée dans l'affaire *Vereano*, 1957, ILR, vol. 24, p. 465.

³¹⁹ Affaire *Albert Flegenheimer* (voir *supra* la note 181), p. 149.

³²⁰ Affaire *Stankovic*, 1963, ILR, vol. 40, 1970, p. 155.

³²¹ Voir, par exemple, *Dallal c. Iran* (1983), *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 3, Cambridge, Grotius, 1984, p. 23; et *Bederman*, loc. cit., p. 123 et 124.

³²² Voir, par exemple, *Saghi c. Iran* (1987), *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 14, Cambridge, Grotius, 1988, p. 4 et 6; et *McHarg, Roberts, Wallace and Todd c. Iran* (1986), *ibid.*, vol. 13, p. 289. Voir aussi *Aldrich*, op. cit., p. 56 et 57.

³²³ *Uiterwyk Corporation c. Iran* (1988), *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 19, Cambridge, Grotius, 1989, p. 118 (Aldrich considère que cette affaire montre que les exigences en matière de preuves étaient moins strictes dans ce type d'affaires, op. cit., p. 57.); *Asghar c. Iran* (1990), *ibid.*, vol. 24, Cambridge, Grotius, 1991, p. 242 et 243; et *Daley c. Iran* (1988), *ibid.*, vol. 18, Cambridge, Grotius, 1989, p. 236 et 237.

³²⁴ Voir *supra* la note 290.

³²⁵ Parry, loc. cit., p. 707.

³²⁶ Voir, par exemple, *Jennings et Watts*, op. cit., p. 883. Voir également *Chernichenko*, *Mezhdunarodno-pravovye voprosy grazhdanstva*, p. 110 à 112; *Ushakov* (dir.), *Kurs mezhdunarodnogo Prava* (1990), p. 80 à 82; et *Hailbronner*, loc. cit., p. 36. Selon Lee, la protection consulaire est généralement accordée dans de tels cas sans objection de l'État d'accueil (op. cit., p. 159).

³²⁷ La première phase de l'article III des Règles du Gouvernement britannique applicables aux réclamations internationales, citée par *Warbrick*, loc. cit., p. 1006 et 1007, est la suivante :

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

³²⁸ *Van Panhuys*, op. cit., p. 180; *Ohly*, loc. cit., p. 289; *Warbrick*, loc. cit., p. 1006 et 1007.

seuls ressortissants³²⁹. Il a été clairement établi qu'elle ne s'étendait pas aux apatrides lors de l'affaire *Dickson Car Wheel Company*, dans le cadre de laquelle le Tribunal a conclu :

Un État ... n'est pas en défaut sur le plan international lorsqu'il porte préjudice à un individu sans nationalité et, en conséquence, aucun État n'a le pouvoir d'intervenir ou de présenter une réclamation au nom dudit individu avant ou après le dommage³³⁰.

La règle traditionnelle ne tient pas compte de la situation des apatrides et des réfugiés et, en conséquence, est en décalage avec le droit international contemporain, qui accorde de l'importance au statut de ces deux catégories de personnes³³¹, comme en témoigne l'existence de conventions telles que la Convention sur la réduction des cas d'apatridie et la Convention relative au statut des réfugiés.

176. Les réfugiés posent un problème particulier, car un réfugié « ne peut ... ou ne veut se réclamer de la protection [du pays dont il a la nationalité] »³³². Si un réfugié demande et obtient la protection de l'État dont il a la nationalité, il perd son statut de réfugié³³³. En outre, Grahl-Madsen estime que l'État dont le réfugié est ressortissant perd son droit de protection diplomatique à l'égard du réfugié³³⁴.

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

178. Les conventions relatives aux réfugiés et à l'apatridie ne traitent pas de la protection diplomatique comme il convient. L'annexe à la Convention relative au statut des réfugiés prévoit la délivrance de titres de voyage³³⁵ mais précise que celle-ci ne donne en aucun cas au porteur le droit de se prévaloir de la protection des autorités diplomatiques ou consulaires du pays d'émission et ne confère pas à ces autorités le droit de protection³³⁶. D'un autre côté, Goodwin-Gill déclare que « dans la pratique ... les États émetteurs accordent souvent non pas une protection totale mais une assistance... »³³⁷. Selon la Conven-

tion relative au statut des apatrides, les apatrides peuvent être considérés par l'État de résidence comme « ayant les droits et les obligations attachés à la possession de la nationalité de ce pays »³³⁸. Concernant l'assistance administrative, elle dispose que :

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

La Convention sur la réduction des cas d'apatridie, en revanche, reste muette sur la question de la protection.

179. Partout, on a proposé que l'État sur le territoire duquel le réfugié ou l'apatride réside depuis suffisamment longtemps et avec lequel il a un lien effectif ait le droit de lui accorder sa protection diplomatique³⁴⁰. Cette option irait dans le sens de Grahl-Madsen, qui écrit :

La demande d'asile ou du statut de réfugié n'est pas seulement l'expression d'un désir, mais aussi une démarche juridique précise qui peut aboutir à l'octroi de l'asile ou du statut de réfugié. L'obtention de ce statut est comparable à l'acquisition d'une nouvelle nationalité³⁴¹.

Lee partage cette opinion :

De fait, il y a lieu de faire l'analogie entre le statut d'un réfugié et celui d'un ressortissant de l'État d'accueil. En effet, du point de vue du réfugié, la demande d'asile politique montre son intention de mettre fin à sa relation avec son pays d'origine, d'une part, et sa volonté de bénéficier de la protection de l'État d'accueil, de l'autre. L'État d'accueil, en accordant l'asile au réfugié et en lui délivrant des papiers d'identité et des titres de voyage, montre sa volonté de l'accepter et de le protéger³⁴².

180. La résidence est un aspect important de la relation avec l'État, comme le montre la jurisprudence du Tribunal des réclamations irano-américain³⁴³. La Commission d'indemnisation des Nations Unies (UNCC)³⁴⁴ considère elle aussi la résidence comme une condition de la présentation des réclamations.

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

Le fonctionnaire consulaire de l'État où réside habituellement un apatride peut protéger celui-ci d'après les dispositions du paragraphe 1^{er} de l'article 2 de la présente Convention, à moins que cet apatride ne soit un ancien ressortissant de l'État de résidence³⁴⁵.

³²⁹ À la Conférence de La Haye pour la codification du droit international, les Pays-Bas ont proposé que le droit de l'État d'accueil de protéger les réfugiés soit reconnu. Cette proposition n'a pas été retenue; voir Van Panhuys, op. cit., p. 72.

³³⁰ *Dickson Car Wheel Company (États-Unis c. Mexique)*, Recueil des sentences arbitrales, décision, juillet 1931, vol. IV (Publication des Nations Unies, numéro de vente : 1951.V.1), p. 678.

³³¹ Voir Jennings et Watts, op. cit., p. 886 et 887, et 890 à 896.

³³² Article 1 A, par. 2, de la Convention relative au statut des réfugiés.

³³³ Voir Grahl-Madsen, « Protection of refugees by their country of origin », p. 392.

³³⁴ Ibid., p. 389, 391, et 394. Sur cette question, voir aussi Lee, op. cit., p. 352 à 359.

³³⁵ En vertu de l'article 28.

³³⁶ Par. 16.

³³⁷ Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law*, p. 305. La Suisse protège les réfugiés qui ne sont plus attachés de facto à leur État d'origine, avec l'assentiment de l'État contre lequel la réclamation est présentée; voir Caffisch, « Pratique suisse en matière de droit international public », note du 26 janvier 1978, p. 113. La Belgique fournit une protection administrative et consulaire à l'étranger à ceux qui ont le statut de réfugié en Belgique (Lee, op. cit., p. 358).

³³⁸ Article 1, par. 2 (ii).

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

³⁴⁰ Brownlie, *Principles...*, p. 423; Ohly, loc. cit., p. 313, note 81. Voir également Jennings et Watts, op. cit., *supra*, note 34, p. 886 et 887; et Jürgens, op. cit., p. 218.

³⁴¹ Grahl-Madsen, loc. cit., p. 381.

³⁴² Lee, op. cit., p. 358. Voir aussi la décision n° 60 VIII 59 du 4 août 1959 du tribunal administratif (*Verwaltungsgerichtshof*) de Munich.

³⁴³ Concernant le lien effectif, voir *supra* le paragraphe 145.

³⁴⁴ L'article 5, par. 1 a, du Règlement provisoire applicable à la procédure relative aux réclamations stipule qu'un gouvernement « peut présenter des réclamations au nom de ses ressortissants et, s'il le juge bon, d'autres personnes résidant sur son territoire » (document S/AC.26/1992/10, Annexe).

³⁴⁵ Article 46, par. 1.

Le Protocole à la Convention européenne sur les fonctions consulaires relatif à la protection des réfugiés établit une règle analogue :

Le fonctionnaire consulaire de l'État où ce réfugié a sa résidence habituelle a le droit de protéger celui-ci et de défendre ses droits et intérêts, conformément à la Convention, en consultation, chaque fois que c'est possible, avec le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, ou toute autre institution des Nations Unies qui pourrait lui succéder³⁴⁶.

182. L'article 8 va donc dans le sens de l'approche actuelle en matière de protection des réfugiés et des apatrides. Il concorde également avec le projet de convention de la Faculté de droit de Harvard sur la responsabilité internationale des États pour les dommages causés aux étrangers³⁴⁷, pour lequel « un apatride ayant sa résidence habituelle dans cet État » est considéré comme un « national » aux fins de la Convention. Dans son rapport de 1999 soumis au Comité sur la protection diplomatique des personnes et des biens de l'Association de droit international³⁴⁸, Orrego Vicuña recommande également de permettre aux États de présenter des réclamations au nom de personnes non ressortissantes dans le cas de « situations humanitaires où l'intéressé n'aurait pas d'autre moyen de faire valoir ses droits ».

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

184. La clause restrictive assujettit le droit d'exercer la protection diplomatique à une condition importante : souvent, le réfugié a subi des dommages du fait de l'État dont il a la nationalité et qu'il a fui pour éviter les persécutions. Il ne serait toutefois pas bon que l'État d'accueil accorde

sa protection diplomatique au réfugié dans de telles circonstances. L'objection selon laquelle un État dont l'intéressé a acquis la nationalité après coup ne devrait pas avoir le droit de le protéger contre l'État de nationalité antérieure s'applique a fortiori à la protection des réfugiés. Cette question est examinée dans le commentaire portant sur l'article relatif au maintien de la nationalité.

Rapports (et articles) à paraître

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

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

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

186. Les rapports suivants porteront sur :

- a) L'épuisement des recours locaux;
- b) La levée de la protection diplomatique;
- c) Le refus de protection diplomatique;
- d) La protection des sociétés.

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

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

CHAPITRE III

Continuité de la nationalité et cessibilité des réclamations

Article 9

1. Si une personne lésée a changé de nationalité de bonne foi après avoir subi un dommage, le nouvel État de nationalité peut exercer la protection diplomatique à l'égard de cette personne pour ce dommage, à condition que l'État de nationalité d'origine n'ait pas exercé ou ne soit pas en train d'exercer la protection diplomatique à l'égard de cette personne à la date du changement de nationalité.

2. Cette règle s'applique dans le cas où la réclamation a été cédée de bonne foi à une personne ou à des personnes possédant la nationalité d'un autre État.

3. Ni le changement de nationalité de la personne lésée, ni la cession de la réclamation au national d'un autre État n'affectent le droit qu'a l'État de nationalité d'origine de présenter une réclamation en son nom propre pour le préjudice qu'il a subi dans ses intérêts généraux du fait du dommage causé à la personne lésée quand cette personne avait encore sa nationalité.

³⁴⁶ Article 2, par. 2.

³⁴⁷ Voir Sohn et Baxter, loc. cit., p. 578 [art. 21, par. 3 c].

³⁴⁸ Orrego Vicuña, « The changing law of nationality of claims », p. 27, clause 7.

4. Le nouvel État de nationalité ne peut exercer sa protection diplomatique contre un État de nationalité antérieur à raison d'un dommage subi par une personne qui possédait alors la nationalité de ce dernier État.

Commentaire

189. La règle de la continuité de la nationalité est posée en ces termes par Jennings et Watts :

Du moment de la survenance du dommage au moment où la réparation est accordée, la réclamation doit avoir appartenu de façon continue et ininterrompue à une personne ou une série de personnes : a) possédant la nationalité de l'État qui fait valoir la réclamation; et b) n'ayant pas la nationalité de l'État à l'encontre duquel la réclamation est présentée³⁴⁹.

Bien que cette règle soit bien établie dans la pratique des États et qu'elle ait été corroborée par de nombreuses décisions de justice, elle peut être source d'iniquités considérables lorsque la personne lésée a changé de nationalité, de bonne foi et après avoir subi le dommage, sans que cela ait un rapport avec sa réclamation internationale, par exemple par naturalisation volontaire ou involontaire (par mariage par exemple), par cession de territoires ou par la succession d'États. Il est difficile en doctrine de concilier cette règle avec la fiction de Vattel selon laquelle le préjudice causé à un particulier est un préjudice causé à l'État auquel le particulier appartient, et qui aurait pour effet de conférer à l'État de nationalité le droit de réclamer dès lors qu'un de ses nationaux a été lésé. La règle est également en contradiction avec la tendance moderne à voir dans la personne physique un sujet de droit international. Il semble donc nécessaire de repenser le critère de la nationalité continue. C'est ce qu'entend faire l'article 9.

A. – La formulation classique et la justification de la règle

190. La règle de la continuité de la nationalité est considérée comme « un corollaire du principe selon lequel la protection diplomatique dépend de la nationalité de la personne en cause »³⁵⁰. Elle est expliquée ainsi par le surarbitre Parker dans la *Décision administrative n° V* de la Commission mixte des réclamations États-Unis–Allemagne :

Il ne fait aucun doute que la pratique générale des nations est de ne pas épouser les prétentions privées élevées contre une autre nation à moins que les réclamations n'aient eu à leur point d'origine la nationalité de l'État réclament. La raison de cette règle est que c'est la nation qui est lésée par le préjudice causé à son national, et qu'elle est la seule qui peut réclamer réparation puisque aucun autre national n'a subi de préjudice. Selon l'usage des nations, celle qui a causé le dommage ne reste en général pas sourde aux réclamations de celle qui a été lésée. Une nation tierce ne peut se dire lésée parce que l'intérêt dans la réclamation est passé à l'un de ses nationaux ou parce que le plaignant lui-même est devenu l'un de ses nationaux par voie de naturalisation. Si la naturalisation est un transfert d'allégeance, elle n'emporte pas le transfert des obligations d'État existantes³⁵¹.

³⁴⁹ Jennings et Watts (dir.), op. cit., p. 512.

³⁵⁰ Geck, loc. cit., p. 1055; Leigh, loc. cit., p. 456. Voir aussi l'affaire du *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis* (voir *supra* la note 1312).

³⁵¹ *Décision administrative n° V* (États-Unis c. Allemagne), opinion d'Edwin B. Parker, 31 octobre 1924, in *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VII (Publication des Nations Unies, numéro de vente : 1956.V.5), p. 140 et 141.

191. La règle se justifie d'abord parce qu'elle prévient les abus des particuliers (qui sinon feraient du démarchage pour se trouver un protecteur) et des États (qui sinon épouseraient des réclamations anciennes afin d'exercer des pressions politiques sur l'État défendant)³⁵². Dans la *Décision administrative n° V*, Parker déclare encore :

Toute autre règle laisserait la porte grand ouverte aux abus et risquerait de faire d'une nation puissante une entité agissant au nom de ceux qui, après avoir subi un préjudice, céderaient leurs réclamations aux nationaux de cet État ou profiteraient de son régime de naturalisation pour lui faire épouser leurs revendications³⁵³.

À quoi Moore ajoute, non sans exagération, que s'il n'y avait pas ce critère de la nationalité continue, un particulier

pourrait s'adresser successivement à une douzaine de gouvernements, à qui il pourrait prêter allégeance pour qu'il fasse valoir sa revendication. Dans un tel système, le gouvernement tenu pour débiteur ne saurait jamais quand l'affaire serait réglée. Tous les gouvernements ont donc intérêt à limiter de telles prétentions³⁵⁴.

192. L'origine de la règle peut s'expliquer aussi par le fait que les commissions des réclamations créées pour indemniser les étrangers étaient limitées dans leur compétence par les dispositions de la convention spéciale qui les avait créées et qu'une « interprétation stricte des termes de celle-ci amenait en général à rejeter les demandes en réparation à moins que leurs auteurs ne puissent prouver qu'ils avaient la nationalité de l'État requérant au moment de la présentation de la demande »³⁵⁵. Les conventions n'avaient pas à contenir de clause de nationalité continue puisque les règles ordinaires de l'interprétation des traités garantissaient qu'une certaine nationalité était exigée de la personne lésée tant au moment de la survenance du dommage qu'au moment de la présentation de la réclamation³⁵⁶.

B. – Statut juridique de la règle

193. On entend souvent affirmer que la règle de la continuité de la nationalité est devenue une règle coutumière parce qu'elle a été consacrée par les traités, la pratique des États, les décisions de justice, les projets de codification, les réinterprétations et les écrits des publicistes.

194. Elle « se retrouve dans d'innombrables traités, par exemple dans la quasi-totalité des 250 accords de règlement forfaitaire conclus après la seconde guerre mondiale »³⁵⁷. On la trouve dans la Déclaration du

³⁵² Borchard, « The protection of citizens abroad and the change of original nationality », p. 377 à 380; Brownlie, *Principles...*, p. 483; Wyler, op. cit., p. 35 et 36, et 253 à 259; et Geck, loc. cit., p. 1056.

³⁵³ *Décision administrative n° V* (voir *supra* la note 351), p. 141. Voir également l'affaire *Albino Abiatti c. Venezuela*, in Moore, *History and Digest...*, p. 2348.

³⁵⁴ *A Digest of International Law*, 1906, p. 637; voir également Ohly, loc. cit., p. 285.

³⁵⁵ Sinclair, « Nationality of claims: British practice », p. 127. Voir également Jennings, loc. cit., p. 476 et 477. Jennings, qui s'appuie sur Sinclair, dit qu'il y a de bonnes raisons de considérer que la règle de la continuité de la nationalité est « une règle de procédure et non une règle de fond ».

³⁵⁶ Wyler, op. cit., p. 259 à 262; O'Connell, op. cit., p. 1037.

³⁵⁷ Geck, loc. cit., p. 1055. Voir également Sinclair, loc. cit., p. 142, et Wyler, op. cit., p. 43 à 48.

Gouvernement algérien, aux termes de laquelle a été créé le Tribunal des réclamations irano-américain, dans les termes suivants :

On entend par « réclamations de nationaux de l'Iran ou des États-Unis, selon le cas », des réclamations maintenues sans interruption de la date où elles ont été formées à la date de l'entrée en vigueur du présent accord, par des nationaux de l'un ou l'autre État...³⁵⁸.

Elle figure aussi dans les règlements qui régissent la pratique des États-Unis³⁵⁹ et du Royaume-Uni³⁶⁰. Et elle a été confirmée par les décisions des commissions mixtes des réclamations, des tribunaux d'arbitrage et des cours internationales³⁶¹. Dans l'affaire *Kren* par exemple, la

³⁵⁸ Art. VII, par. 2 (voir *supra* la note 286), p. 230.

³⁵⁹ En 1982, le Secrétaire d'État adjoint aux affaires parlementaires, M. Powell A. Moore, écrivait ce qui suit au Président de la Commission des affaires étrangères de la Chambre :

« Selon la règle de la continuité de la nationalité, depuis longtemps établie, nul n'a droit à la protection diplomatique de l'État dont il demande l'aide s'il n'était pas un national de cet État au moment où la réclamation a pris naissance puis sans interruption par la suite jusqu'au moment de la présentation formelle de la réclamation. En fait, une réclamation doit être une réclamation nationale non seulement au moment où elle est présentée mais aussi au moment où a été subi le dommage ou le préjudice ».

(Nash Leich, « Contemporary practice of the United States relating to international law », 1982, p. 836.)

³⁶⁰ En 1985, le Gouvernement britannique a rendu publiques ses « règles applicables aux réclamations internationales ». En voici des passages :

« Règle I

« Le Gouvernement de Sa Majesté n'épouse une réclamation que si son auteur a la nationalité du Royaume-Uni et l'avait au moment où il a subi un préjudice.

« *Commentaire* : Le droit international dispose que pour être valable, une réclamation doit émaner d'une personne qui avait la nationalité de l'État qui la présente, au moment où le préjudice a été subi et sans interruption par la suite jusqu'à la date de la formation de la plainte. En pratique cependant, il suffisait jusqu'à présent d'établir la nationalité au moment du préjudice et au moment de la formation de la plainte (voir I. M. Sinclair, « Nationality of Claims: British Practice » (1950), XXVII B.Y.B.I.L., p. 125 à 144).

« ...

« Règle II

« Si le requérant a acquis ou perdu la nationalité du Royaume-Uni après la date à laquelle le préjudice a été subi, le Gouvernement de Sa Majesté épousera sa réclamation, dans certains cas, en consultation avec le gouvernement du pays dont il avait auparavant ou dont il a eu par la suite la nationalité.

« ...

« Règle XI

« Si le requérant est mort après avoir subi un préjudice causé dans sa personne ou dans ses biens, ses représentants privés peuvent demander réparation ou indemnisation du préjudice au nom de sa succession. Ce type de réclamation ne doit pas être confondu avec la demande en réparation motivée par le décès d'une personne et présentée par un ayant-droit de celle-ci.

« *Commentaire* : Quand les représentants privés sont d'une nationalité différente de celle du requérant initial, les règles fixées ci-dessus devraient s'appliquer comme s'il s'agissait d'un seul et même auteur ayant changé de nationalité. »

(Warbrick, op. cit., p. 1006 à 1008. À propos de la pratique britannique, voir aussi Sinclair, loc. cit., p. 131 à 144.)

³⁶¹ *Minnie Stevens Eschautier (Grande-Bretagne c. Mexique)*, sentence du 24 juin 1931, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V (Publication des Nations Unies, numéro de vente : 1955.V.3), p. 209; affaire *Gleadell (Grande-Bretagne c. Mexique)*, ibid., p. 44; affaire *Stevenson (Grande-Bretagne c. Venezuela)*, ibid., vol. IX (Publication des Nations Unies, numéro de vente : 59.V.5), p. 494; affaire *Miliani*, 1903, ibid., vol. X (Publication des Nations Unies, numéro de vente : 60.V.4), p. 591; et affaire *Bogovic*, ILR, vol. 21, 1954, p. 156.

Commission des réclamations américano-yougoslave de 1953 a déclaré :

C'est un principe de droit international bien établi que pour justifier l'exercice de la protection diplomatique, une réclamation doit être d'origine nationale, qu'elle doit, dès son principe, relever d'un droit appartenant à ceux auxquels l'État doit protection et dont il a reçu allégeance. (Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, p. 166). En outre, bien que ce caractère national s'attache dès l'origine à la réclamation du citoyen d'un État, la réclamation doit d'ordinaire avoir encore ce caractère national au moment où elle est présentée (Borchard, *supra*, p. 666) et l'on s'accorde à penser que ce caractère doit avoir été ininterrompu jusqu'au moment du dépôt officiel de la réclamation (Feller, *The Mexican Claims Commission*, p. 96)³⁶².

C'est dans des termes moins explicites que la CPJI a soutenu la règle de la continuité de la nationalité dans l'affaire du *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*. Mais, dans une affaire mettant aussi la règle en jeu, elle a bien expliqué que la protection diplomatique était limitée aux nationaux et que, « lorsqu'un dommage a été causé au national d'un pays tiers, une réclamation à raison de ce dommage ne tombe pas dans le domaine de la protection diplomatique »³⁶³. Plus récemment, la règle a été réaffirmée par le Tribunal des réclamations irano-américain³⁶⁴.

195. On a essayé à maintes reprises de codifier la règle de la continuité de la nationalité. Une des premières tentatives du genre (1925) a été le Projet n° 16 de l'Institut américain de droit international, relatif à la protection diplomatique, qui disposait :

Une réclamation diplomatique n'est recevable que si l'intéressé était ressortissant du pays réclamant lorsque s'est produit l'acte ou l'événement donnant lieu à la réclamation, et l'était également lors de la présentation de la réclamation³⁶⁵.

En 1929, le projet de convention de la Faculté de droit de Harvard relatif à la responsabilité des États à raison des dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers prévoyait que :

a) Un État n'est responsable à l'égard d'un autre État, qui présente une réclamation pour le compte d'un de ses ressortissants, que s'il y a

³⁶² ILR, vol. 20, 1953, p. 234.

³⁶³ *Chemin de fer Panevezys Saldutiskis* (voir *supra* la note 12), p. 16 et 17. En l'espèce, la Cour a refusé de se prononcer sur une exception préliminaire relative à la continuité de la nationalité au motif qu'elle concernait une question de fond.

³⁶⁴ Le critère de la nationalité continue a été appliqué à la réclamation plutôt qu'au réclamant. Quand la nationalité de la réclamation avait changé entre la date limite légale mentionnée dans les Accords d'Alger (c'est-à-dire le 19 janvier 1981, date de l'entrée en vigueur de la Déclaration du Gouvernement de la République populaire et démocratique d'Algérie, concernant le règlement des différends (voir *supra* la note 286), et la date du dépôt de la réclamation, il suffisait, pour que le Tribunal exerce sa compétence, d'établir la nationalité à la date limite légale [*Gruen Associates, Inc., c. Iran Housing Co. et al.* (1983), *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 3, p. 97; *Sedco, Inc. et al. c. National Iranian Oil Co.* (1985), *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 9, p. 248]. Le Tribunal a jugé que la date où le préjudice avait été causé et non celle de la signature du contrat qui avait été violé était celle à partir de laquelle pourrait s'exercer sa compétence [*Phelps Dodge Corp. and Overseas Private Investment Corp. c. Islamic Republic of Iran* (1986), *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 10, p. 121 et 126]. Si cette condition n'était pas remplie, le Tribunal rejetait les requêtes en se déclarant incompétent [par exemple *James Ainsworth c. Islamic Republic of Iran* (1988), *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 18, p. 95; *International Systems and Controls Corporation c. Industrial Development and Renovation Organization of Iran* (1986), *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 12, p. 259]. Pour la jurisprudence du Tribunal sur ce point, se reporter à Aldrich, op. cit., p. 45 et 46, ainsi qu'à Brower et Brueschke, op. cit., p. 76 à 80.

³⁶⁵ *Annuaire... 1956*, vol. II, annexe 7, art. VIII, p. 228.

eu intérêt constant d'un de ses ressortissants à ladite réclamation sans solution de continuité jusqu'au jour de sa présentation;

b) Un État n'est responsable à l'égard d'un autre État qui présente une réclamation pour le compte d'un non-ressortissant que si :

- 1) L'intéressé a perdu sa nationalité en vertu de la loi;
- 2) Si l'intérêt à la réclamation est passé d'un ressortissant à l'intéressé également en vertu de la loi³⁶⁶.

Un an plus tard, le Comité préparatoire à la Conférence pour la codification du droit international énonçait une règle plus restrictive dans la Base de discussion n° 28 :

Un État ne peut réclamer une indemnité pécuniaire, en raison d'un dommage subi par une personne privée sur le territoire d'un État étranger, que si la personne lésée était, au moment où le dommage a été causé, et est restée jusqu'à la décision à intervenir, le national de l'État réclamant.

[...]

En cas de décès de la personne lésée, la réclamation d'indemnité pécuniaire présentée par son État national ne peut être maintenue que pour ceux de ses héritiers qui ont la nationalité de cet État et dans la mesure de leur intérêt³⁶⁷.

Le critère de la continuité a été repris par García Amador dans le troisième rapport sur la responsabilité des États qu'il a présenté à la Commission, dans lequel il énonçait la règle suivante :

1. Pour que l'État puisse exercer le droit de présenter une réclamation internationale visé à l'article précédent, il faut que l'étranger ait possédé la nationalité de l'État réclamant au moment où il a subi le dommage et qu'il la conserve jusqu'à ce qu'il soit statué sur la réclamation.

2. En cas de décès du ressortissant étranger, le droit pour un État de présenter une réclamation internationale au nom des successeurs ou ayants droit dudit ressortissant est subordonné aux mêmes conditions³⁶⁸.

En 1932, l'Institut de droit international a refusé, à une courte majorité, d'approuver la règle traditionnelle de la continuité de la nationalité³⁶⁹. Il avait cependant adopté en 1965 une résolution qui réaffirmait la règle traditionnelle, en soulignant que la réclamation doit avoir le caractère national de l'État demandeur, tant à la date à laquelle elle est présentée qu'à la date où le dommage a été causé. En revanche, il a abandonné le critère de l'ininteruption entre ces deux dates. La résolution dispose que :

Article premier

a) Une réclamation internationale présentée par un État en raison d'un dommage subi par un individu peut être rejetée par l'État auquel elle est présentée si elle ne possède pas le caractère national de l'État requérant à la date de sa présentation comme à la date du dommage. Devant la juridiction saisie d'une telle réclamation, le défaut de caractère national est une cause d'irrecevabilité.

b) Une réclamation internationale présentée par un État nouveau en raison d'un dommage subi par un de ses nationaux avant l'accession à l'indépendance de cet État, ne peut être rejetée ou déclarée irrecevable en application de l'alinéa précédent pour la seule raison que ce national était auparavant ressortissant de l'ancien État.

³⁶⁶ Ibid., annexe 9, art. XV, p. 230.

³⁶⁷ Base de discussion n° 28, ibid., p. 225.

³⁶⁸ *Annuaire... 1958* (voir *supra* la note 121), art. 21, p. 64.

³⁶⁹ *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 37 (session d'Oslo, août 1932), Bruxelles, 1932, p. 278. Voir aussi Wyler, op. cit., p. 41. Cf. Borchard, « The protection of citizens abroad... ». Borchard était le Rapporteur spécial dont la proposition tendant à ce que la règle traditionnelle soit réaffirmée a été rejetée.

Article 2

Lorsque le bénéficiaire d'une réclamation internationale est une autre personne que l'individu lésé originairement, la réclamation peut être rejetée par l'État auquel elle est présentée et est irrecevable devant la juridiction saisie, à moins d'avoir possédé le caractère national de l'État requérant aussi bien à la date du dommage qu'à celle de sa présentation.

Article 3

a) ...

b) Par date du dommage, il y a lieu d'entendre la date de la perte ou du préjudice subi par l'individu.

c) Par date de la présentation, il y a lieu d'entendre, en cas de réclamation par voie diplomatique, la date de la présentation formelle de la réclamation par un État, et en cas de recours à une juridiction internationale, la date du dépôt de la demande auprès de celle-ci³⁷⁰.

196. La plupart des auteurs sont, dans le meilleur des cas, partagés dans leur adhésion à la règle de la continuité. Rares sont ceux qui font preuve du même enthousiasme qu'Edwin Borchard, pour qui les raisons sous-tendant la règle avaient une « validité fondamentale et inaltérable »³⁷¹. Les opinions qu'ils expriment vont de la remise en cause du caractère coutumier de la règle³⁷² au scepticisme quant à son caractère équitable tant pour l'État que pour le particulier³⁷³. Wyler, dans l'étude exhaustive qu'il a consacrée à la question, conclut à juste titre que rares sont les juristes disposés à défendre la règle sans la nuancer³⁷⁴.

197. La règle de la continuité de la nationalité est étayée par *certaines* décisions judiciaires, par la pratique de *certaines* États, par *certaines* exercices de codification et par *certaines* auteurs. Mais elle suscite aussi une forte opposition.

198. Dans la *Décision administrative n° V*, le surarbitre Parker a indiqué à plusieurs reprises que l'exigence de la nationalité continue n'était pas un principe général de droit international. Il écrit :

La pratique générale des nations qui consiste à ne pas épouser les prétentions privées élevées contre une autre nation qui n'auraient pas eu à leur point d'origine la nationalité de l'État réclamant n'a pas toujours été suivie. La partie de la prétendue règle invoquée par l'Agent de l'Allemagne selon laquelle la réclamation doit avoir de façon continue la nationalité de la nation qui la fait valoir, depuis l'origine jusqu'au moment où elle est introduite ou même jusqu'au moment où un tribunal compétent se prononce, est loin d'être aussi clairement établie que l'aspect relatif à la nationalité d'origine. Certains tribunaux ont

³⁷⁰ Résolution sur le caractère national d'une réclamation internationale présentée par un État en raison d'un dommage subi par un individu (voir *supra* la note 108), p. 55 et 56.

³⁷¹ Borchard, loc. cit., p. 373 (voir aussi p. 300, 377 à 380). Voir également Borchard, op. cit., p. 660 à 667.

³⁷² O'Connell, op. cit., p. 1036.

³⁷³ Balladore Pallieri, « La determinazione internazionale della cittadinanza ai fini dell'esercizio della protezione diplomatica », p. 123; Geck, loc. cit., p. 1055 et 1056; Van Panhuys, op. cit., p. 90; Joseph, op. cit., p. 29; Ohly, loc. cit., p. 72; et Brownlie, p. 483.

Ohly avance que

« du fait qu'elle ne permet pas de faire droit à de telles réclamations, l'application stricte de la doctrine de la nationalité continue laisse impunie une conduite internationale illicite tout en récompensant l'État dont les actes ont fait naître la réclamation, ce qui l'encourage à se conduire de façon tout aussi illicite à l'avenir » (loc. cit., p. 286).

³⁷⁴ Wyler, op. cit., p. 228 à 231; voir aussi Joseph, op. cit., p. 26 à 29.

refusé de la suivre. D'autres, tout en la suivant, en ont contesté le bien-fondé³⁷⁵.

En 1932, l'Institut de droit international n'a pas pu parvenir à un accord sur la règle de la continuité. La proposition du Rapporteur spécial Borchard tendant à ce que la règle soit validée a été rejetée avec force par Nicolas Politis, qui a déclaré :

Le Rapporteur se réclame de la pratique diplomatique et jurisprudentielle pour poser la règle que la protection ne doit pas être exercée ou ne peut plus être exercée lorsque l'individu lésé a changé de nationalité depuis le dommage. La réalité est tout autre. Un grand nombre de cas font application de l'idée contraire. À la vérité, la protection doit pouvoir s'exercer en faveur de l'individu, malgré son changement de nationalité, sauf lorsque celui-ci agit contre son gouvernement d'origine, ou ne se décide pour une nationalité nouvelle que dans un but frauduleux, en recherchant la protection d'un gouvernement fort, capable de donner plus de prise à sa réclamation. L'objection faite par le Rapporteur de la difficulté de prouver que cette fraude n'est pas déterminante. La pratique diplomatique offre de très nombreux cas où semblable preuve a pu être faite; il est notamment, en matière de divorce, des cas célèbres où la fraude s'est trouvée établie et aucun compte n'a par suite été tenu du changement de nationalité effectué³⁷⁶.

L'impossibilité de parvenir à un consensus a poussé Van Eysinga à conclure, dans son opinion dissidente dans l'affaire du *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, que la pratique de la continuité n'avait pas « cristallisé » en une règle générale³⁷⁷.

199. Les projets de codification ne sont pas moins fluctuants du point de vue de leur adhésion à la règle. Le projet de convention de 1960 de la Faculté de droit de Harvard sur la responsabilité internationale des États à raison des dommages causés aux étrangers disait ce qui suit :

Un État n'a le droit de présenter ou de maintenir une réclamation au nom d'une personne que pour autant que celle-ci soit ressortissante de cet État. Le fait qu'une personne soit devenue ressortissante de cet État après la survenance du préjudice n'empêche pas l'État en question de présenter une réclamation au nom de cette personne.

Le droit d'un État de présenter ou de maintenir une réclamation prend fin si, à n'importe quel moment entre la survenance du préjudice initial et le prononcé de la sentence ou du règlement final, l'étranger lésé, ou son ayant droit pour la réclamation en question, devient un national de l'État contre lequel la réclamation est introduite³⁷⁸.

Plus récemment, Orrego Vicuña, Rapporteur spécial du Comité de la protection diplomatique des personnes et des biens de l'Association de droit international, a avancé la proposition suivante :

³⁷⁵ *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VII (voir *supra* la note 351), p. 141.

³⁷⁶ *Annuaire de l'Institut de droit international* (voir *supra* la note 369), p. 487 et 488. Pour la réponse du Rapporteur spécial, voir Borchard, « The protection of citizens abroad... ». Pour une synthèse de la question, voir le rapport de Briggs à la session de 1965 de l'Institut de droit international, « La protection diplomatique des individus en droit international : la nationalité des réclamations », p. 157 à 178.

³⁷⁷ *Chemin de fer Panevezys Saldutiskis* (voir *supra* la note 12), p. 34 et 35.

³⁷⁸ Article 23, par. 6 et 7, in Sohn et Baxter, loc. cit., p. 579. Voir aussi l'article 24, par. 2, qui dispose :

« Un État n'est pas dégagé de sa responsabilité du simple fait qu'il a imposé sa nationalité, en tout ou en partie, à l'étranger lésé ou à l'un de ses ayants droit, sauf si l'intéressé y a consenti ou si la nationalité a été imposée dans le cadre d'une cession de territoire. Il n'est pas nécessaire que ce consentement soit explicite... »

(Loc. cit., p. 579.)

8. On peut se passer du critère de la continuité de la nationalité dans le contexte des marchés financiers et de services mondiaux et des opérations qui s'y rattachent ou d'autres circonstances particulières. Dans ce genre de cas, le préjudice suit l'individu intéressé même si celui-ci change de nationalité, de même que le droit de présenter réclamation.

9. La cessibilité des réclamations devrait être facilitée pour que puisse être satisfaite la norme énoncée au paragraphe 8 ci-dessus.

10. Seul le dernier État de nationalité devrait être habilité à présenter une réclamation selon la règle énoncée au paragraphe 8. Une telle réclamation ne peut pas être introduite à l'encontre de l'État de nationalité antérieur. Il faut nécessairement que les changements de nationalité et la cession des réclamations aient été effectués de bonne foi³⁷⁹.

C. – Le caractère incertain du contenu de la règle

200. Le statut de règle coutumière du critère de la nationalité continue est incertain, ce que fait ressortir encore le flou qui entoure le contenu de ce critère. Le sens à donner aux termes « la date du dommage », « la nationalité », « la continuité » et au *dies ad quem* (le jour à partir duquel la revendication doit rester ininterrompue) n'a rien de clair.

201. La « date du dommage »³⁸⁰ s'interprète en général comme désignant la date à laquelle a eu lieu l'acte ou l'omission dommageable imputé au défendeur ayant causé un préjudice à un national de l'État requérant. L'article 3 b de la résolution 1965 de l'Institut de droit international confirme cette interprétation³⁸¹. On a pu soutenir aussi que le *dies a quo* était le jour où le délit international avait eu lieu, c'est-à-dire le jour où l'État défendeur s'était abstenu de donner réparation, ou le jour où un déni de justice avait été commis³⁸². Cependant, les tribunaux internationaux ont refusé de faire une telle distinction³⁸³.

202. Le critère de la nationalité au moment du dommage a amené à s'interroger aussi sur ce qu'est un national. Il a été soutenu devant plusieurs commissions des réclamations qu'une simple déclaration d'intention attestant le désir d'acquiescer une certaine nationalité enregistrée antérieurement au dommage était une réponse suffisante à l'exigence de la nationalité continue. La Commission américano-mexicaine des réclamations a accepté à l'occasion qu'une telle déclaration d'intention corroborée par une prise de résidence dans le nouvel État de nationalité, ait la même valeur que la nationalité elle-même du point de vue de l'origine de la réclamation, mais les commissions des réclamations qui devaient venir après elle n'ont pas jugé cette façon de penser satisfaisante³⁸⁴.

203. Le terme « continuité de la nationalité » donne une fausse idée : en pratique, on ne cherche pas beaucoup à établir qu'il n'y a pas discontinuité de nationalité entre la date du dommage et la date de présentation de la réclamation. On ne s'intéresse qu'à ces deux seules dates³⁸⁵.

³⁷⁹ Orrego Vicuña, « The changing law of nationality of claims », p. 27, règles 8 à 10.

³⁸⁰ Sur ce sujet, voir, d'une manière générale, Wyler, op. cit., p. 53.

³⁸¹ Voir *supra* la note 108.

³⁸² Joseph, op. cit., p. 25.

³⁸³ Borchard, op. cit., p. 663.

³⁸⁴ Borchard, *ibid.*, 662 et 663, Wyler, op. cit., p. 91.

³⁸⁵ Cf. Joseph, op. cit., p. 24 à 26, voir dans la continuité un troisième critère, distinct des autres.

C'est ainsi que les projets de l'Institut américain de droit international de 1925³⁸⁶ et de l'Institut de droit international de 1965³⁸⁷ exigent seulement que le « titulaire du droit » ait été un national de l'État requérant au moment du dommage et qu'il le soit au moment de la présentation de la réclamation. Ainsi, une réclamation peut se trouver endossée par l'État de nationalité d'origine parce que la personne lésée ayant ensuite changé de nationalité ou ses droits ayant été cédés à des nationaux d'autres États, la déclaration finit dans les mains d'un national du même État que celui de la personne lésée au départ. L'utilité pratique de cette règle reste cependant douteuse. C'est ce qu'a fait ressortir Briggs dans son rapport de 1965 à l'Institut de droit international :

Si la jurisprudence des tribunaux internationaux a ainsi établi la règle qu'une réclamation, pour être recevable, doit posséder la nationalité de l'État requérant aussi bien à l'origine qu'à la date de sa présentation à une cour internationale, existe-t-il une condition supplémentaire, à savoir qu'une telle réclamation doit avoir été *continuellement* nationale entre ces deux dates ? Il est rare qu'un tel problème se soit posé devant les tribunaux. Dans la plupart des affaires où un tribunal international a déclaré, *in expressis verbis*, qu'une réclamation devait être « continuellement » nationale, dès l'origine jusqu'à sa présentation, il avait en fait à décider de la question de savoir si une réclamation possédait ou non la nationalité de l'État requérant soit à l'une ou l'autre, soit à l'une et l'autre, des deux dates critiques. (Cf. les affaires *Gleadell* et *Flack*, ci-dessus; et l'affaire *Benchiton*, ci-dessous.) Rares et controversées ont été les affaires où un tribunal s'est trouvé confronté avec une réclamation qui possédait la nationalité requise à chacune des deux dates critiques, mais qui, entre ces deux dates, avait perdu ou réacquis une telle nationalité³⁸⁸.

204. L'absence d'accord sur le contenu de la règle de la continuité n'est nulle part plus visible que dans la polémique qui entoure la définition du *dies ad quem*, c'est-à-dire du jour jusqu'auquel la réclamation doit avoir une nationalité ininterrompue. On a proposé et utilisé plusieurs dates : celle à laquelle le gouvernement épouse la revendication de son national, celle à laquelle s'engagent des négociations diplomatiques, celle à laquelle la réclamation est formellement déposée, celle de la signature, de la ratification et de l'entrée en vigueur de la convention d'arbitrage du litige, celle de la présentation de la réclamation, celle de la conclusion de la procédure orale, celle du jugement et celle du règlement³⁸⁹. L'intérêt pratique de la polémique autour du *dies ad quem* est illustré par l'affaire *Minnie Stevens Eschauzier*, dame dont les prétentions avaient été repoussées parce qu'elle avait perdu sa nationalité britannique en épousant un national des États-Unis entre le moment de la présentation de sa réclamation et le moment où l'affaire devait se régler³⁹⁰. Le désaccord sur le *dies ad quem* s'explique en grande partie par le fait qu'on a interprété des conventions différentes pour arriver à des dates différentes. Le surarbitre Parker a été bien clair là-dessus 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'espèce³⁹¹.

Si pertinente que soit cette explication, on ne peut pas dire qu'elle donne des preuves d'une pratique étatique assez claire pour qu'on puisse en dériver une règle coutumière.

205. L'élément de la règle de la continuité de la nationalité qui a suscité le moins de polémique est le critère qui veut que la réclamation ait pour origine un préjudice subi par un national de l'État requérant. Selon Borchard,

Il y a peu de principes de droit international plus fermement établis que la règle qui veut qu'une réclamation doit, pour bénéficier de la protection diplomatique, avoir appartenu *dès son origine* à un citoyen... Le principe selon lequel une réclamation doit avoir une origine nationale découle des relations réciproques entre les gouvernements et leurs citoyens, les uns donnant leur protection, les autres donnant leur allégeance. Endosser une réclamation à l'origine étrangère parce qu'un national en devient le titulaire ferait du gouvernement un agent de recouvrement (*claim agent*)³⁹².

Ainsi donc, un État ne peut faire valoir la réclamation d'une personne qui a acquis la nationalité par naturalisation après la date du dommage. Ce serait sinon permettre au nouvel État de nationalité, comme le font observer plusieurs décisions, de faire office d'agent de recouvrement³⁹³. La naturalisation n'est pas rétroactive, elle est un transfert d'allégeance, elle n'est pas un transfert d'obligations déjà existantes. Cependant, lorsque le dommage est un préjudice persistant, le nouvel État de nationalité peut former une réclamation³⁹⁴. Ce principe a été appliqué aux réclamations des héritiers étrangers de nationaux décédés, à la cession de réclamation à des titulaires étrangers³⁹⁵ et à la subrogation en matière d'assurance³⁹⁶. Cela conduit à d'inévitables iniquités dans certains cas d'espèce.

³⁹¹ *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VII (voir *supra* la note 351), p. 143.

³⁹² Borchard, *op. cit.*, p. 660. Voir aussi, *ibid.*, p. 462, 627 à 629, et 637 et 638, *ibid.*; Geck, *loc. cit.*, p. 1055; Shaw, *op. cit.*, p. 565; Brownlie, *Principles...*, p. 483; Joseph, *op. cit.*, p. 24 et 25; Parry, *loc. cit.*, p. 702; Sinclair, *loc. cit.*, p. 126; et affaire *Benchiton*, in *sir John Fischer Williams et H. Lauterpacht (dir.), Annual Digest and Reports of Public International Law Cases 1923-1924*, Londres, Longmans, Green, 1933, p. 189.

Sur ce point, Schwarzenberger écrit :

« À moins que l'instrument applicable n'appelle une autre interprétation, la personne, la société ou le navire doivent posséder la nationalité de l'État requérant au moment du dommage (*dies a quo*). Cela tient à ce que la réclamation est celle du sujet de droit international qui la fait valoir. Si, au moment du dommage, l'intéressé avait une autre nationalité ou était apatride, l'État requérant n'a pas subi de dommage. »

(*Op. cit.*, p. 597).

³⁹³ *Décision administrative n° V* (voir *supra* la note 351), p. 141; et affaire *Albino Ambiatto* (voir *supra* la note 353).

³⁹⁴ Borchard, *op. cit.*, p. 661. La notion de « préjudice persistant » (« continuous wrong ») a été évoquée par l'Autriche pour protéger les « Allemands tchèques » naturalisés en Autriche après la seconde guerre mondiale, des mesures de confiscation de leurs biens ayant été prises par la Tchécoslovaquie (Van Panhuys, *op. cit.*, p. 95).

³⁹⁵ Affaire *Stevenson* (voir *supra* la note 361).

³⁹⁶ Borchard, *op. cit.*, p. 627 à 629 et 636 à 638; et Brownlie, *op. cit.*, p. 484 et 485.

³⁸⁶ *Annuaire...* 1956 (voir *supra* la note 365).

³⁸⁷ Voir *supra* la note 108.

³⁸⁸ Briggs, *loc. cit.*, p. 72 et 73.

³⁸⁹ Wyler, *op. cit.*, p. 75 à 80; Briggs, *loc. cit.*, p. 24 et suiv., Sinclair, *loc. cit.*, p. 128 à 130, Brownlie, *Principles...*, p. 483 et 484; Schwarzenberger, *International Law*, p. 597 et 598; et Garcia Amador, *op. cit.*, p. 504.

³⁹⁰ Voir *supra* la note 361.

D. – La remise en question jurisprudentielle et politique de la règle de la continuité

206. Les objections que suscite la règle de la continuité ne visent pas seulement son contenu imprécis et son caractère inéquitable. Du point de vue théorique, cette règle s'écarter à la fois de la fiction de Vattel selon laquelle le préjudice causé à un particulier est un préjudice causé à l'État lui-même, et de la tendance à voir de plus en plus dans la personne physique un sujet de droit international. Du point de vue politique aussi, elle s'attire de fortes objections. C'est donc une règle qu'il est temps de repenser.

207. La protection diplomatique est fondée sur l'idée exprimée par Vattel que le préjudice causé au national d'un État est un préjudice causé à cet État³⁹⁷. En bonne logique, le préjudice subi par un étranger devrait toucher son État de nationalité immédiatement, dès le moment qu'il apparaît et que les péripéties que vont connaître par la suite la personne lésée ou sa nationalité ne devraient plus entrer en considération³⁹⁸. Et pourtant, dans l'affaire *Stevenson*³⁹⁹, cet argument a été écarté par la Commission de réclamations anglo-vénézuéliennes de 1903. En l'espèce, un sujet britannique, qui résidait depuis longtemps au Venezuela, avait subi un préjudice du fait des autorités vénézuéliennes. Avant que l'affaire ne soit réglée, cette personne est morte et ses droits à réparation ont été dévolus par succession à sa veuve, qui était vénézuélienne selon le droit vénézuélien, et à ses 12 enfants, dont 10 étaient vénézuéliens selon le même droit. L'agent du Royaume-Uni a soutenu que lorsqu'il y a réclamation d'un État contre un autre, l'État réclamant demande réparation du préjudice qu'il a subi lui-même et n'agit pas seulement pour représenter son national lésé. Ainsi, le fait que le national lésé ait par la suite acquis la nationalité de l'État défendeur n'invalidait pas la réclamation, qui était fondée sur un préjudice que l'État requérant avait subi à travers son national. Le surarbitre Plumley a rejeté cet argument :

L'arbitre n'a pas connaissance d'un seul cas où les arbitres internationaux auraient été invités ou autorisés à fixer la valeur monétaire d'un affront infligé à une nation en tant que tel. Si la position de l'éminent Agent du Royaume-Uni est assurément correcte, c'est-à-dire qu'il y a toujours, sous toute demande d'indemnisation présentée à un tribunal international, l'affront infligé à une nation à travers son national par le gouvernement défendeur, il y a aussi toujours dans les commissions de ce genre un national lésé habilité à réclamer et à recevoir l'indemnisation du gouvernement auteur du dommage et défendeur. Dans tous les cas dont l'arbitre a eu connaissance – et il a assidûment recherché des précédents – le tribunal a exigé la présence d'un bénéficiaire ayant la nationalité de la nation requérante et ayant légalement le droit de recevoir l'indemnité ou les redevances fixées. Il a exigé que le droit à réparation soit attaché au bénéficiaire jusqu'au moment de la coadhésion du traité instituant ou mettant en place le tribunal international chargé de se prononcer sur la réclamation⁴⁰⁰.

D'autres commissions des réparations ont adopté la même position⁴⁰¹.

³⁹⁷ Voir *supra* le commentaire de l'article 3 au paragraphe 62.

³⁹⁸ O'Connell, *op. cit.*, p. 1034; Geck, *loc. cit.*, p. 1056; et Jennings, *loc. cit.*, p. 475 et 476.

³⁹⁹ Affaire *Stevenson* (voir *supra* la note 361).

⁴⁰⁰ *Ibid.*, p. 506.

⁴⁰¹ Dans l'affaire *Miliani*, la Commission italo-vénézuélienne a déclaré ce qui suit :

208. Il y a de bonnes raisons logiques de rejeter la règle de la continuité et de se contenter de considérer que l'État requérant est l'État dont la personne lésée avait la nationalité au moment du dommage. C'est même la solution que préconise Wyler⁴⁰². Pourtant, elle n'est pas sans faiblesses, comme Wyler le reconnaît lui-même⁴⁰³. En particulier, elle ne tient pas compte du rôle nouveau que joue la personne physique dans l'ordre juridique international.

209. Il n'est peut-être pas possible encore de qualifier la personne physique de sujet de droit international⁴⁰⁴, mais ses droits fondamentaux sont aujourd'hui reconnus par le droit international conventionnel et par le droit international coutumier. Ni la règle de la continuité de la nationalité ni la notion vattelienne, qui donnent le droit à réparation uniquement à l'État de nationalité au moment du dommage, ne reconnaissent la place de la personne physique dans l'ordre juridique international contemporain. C'est ce que soulignait Politis dès 1932, quand il réfutait avec succès la proposition de Borchard, qui voulait faire adopter à l'Institut de droit international la règle traditionnelle de la continuité de la nationalité⁴⁰⁵. Les juristes qui l'ont suivi, tels Geck⁴⁰⁶, O'Connell⁴⁰⁷ et Jennings⁴⁰⁸, ont critiqué la règle pour les mêmes raisons. Il semble donc préférable de rejeter la doctrine de la continuité de la nationalité en tant que règle de fond de droit international coutumier. Elle crée des difficultés particulières quand il y a changement involontaire de nationalité, en cas par exemple de succession d'États, mais ce n'est pas dans ce cas seulement qu'il faut la repousser. Le mariage par exemple peut emporter un changement de nationalité qui n'est pas volontaire, mais on ne voit pas pourquoi il devrait influencer sur le jeu de la règle de la nationalité des réclamations autrement que ne le fait la succession d'États⁴⁰⁹.

210. L'article 3 du présent projet d'articles affirme que seul l'État de nationalité a le droit d'exercer sa protection diplomatique à l'égard d'un individu lésé, essentiellement parce que c'est là le meilleur moyen d'accorder la protection la plus efficace. En donnant le droit au nouvel État de nationalité d'engager une procédure au nom de l'individu, l'article 9 ne s'écarter pas de ce principe; le fait que la réclamation suive l'individu à travers l'évolution de son statut, introduit un élément de souplesse qui fait une plus large place aux droits de l'intéressé tout en reconnaissant que l'État est probablement le protecteur le plus efficace de ces droits.

« S'il reste vrai que le préjudice causé à un citoyen est un préjudice causé à la nation, le plaignant, devant un tribunal international, est en général la nation, qui parle au nom de son citoyen. Il est rarissime que l'on puisse considérer que la nation conserve un droit lorsque le citoyen ne lui appartient plus. »

[*Recueil des sentences arbitrales*, vol. X (voir *supra* la note 361), p. 591]. Voir également l'affaire *Studer* étudiée par Hurst, « *Nationality of claims* », p. 168.

⁴⁰² Wyler, *op. cit.*, p. 264.

⁴⁰³ *Ibid.*

⁴⁰⁴ Voir *supra* le paragraphe 189.

⁴⁰⁵ *Annuaire de l'Institut de droit international* (voir *supra* la note 369), p. 487 et 488. Voir également García Amador, premier rapport, *Annuaire... 1956* (voir *supra* la note 40), p. 194.

⁴⁰⁶ Geck, *loc. cit.*, p. 1055.

⁴⁰⁷ O'Connell, *op. cit.*, p. 1034 à 1036.

⁴⁰⁸ Jennings, *loc. cit.*, p. 476 et 477.

⁴⁰⁹ O'Connell, *op. cit.*, p. 1036; et Van Panhuys, *op. cit.*, p. 92 à 94.

211. La principale raison d'ordre politique justifiant la règle de la nationalité continue est qu'elle empêche les abus en matière de protection diplomatique⁴¹⁰. Aujourd'hui, la remarque de Moore selon laquelle, sans cette règle, les personnes lésées pourraient « s'adresser successivement à une douzaine de gouvernements, à qui il pourrait prêter allégeance pour qu'ils fassent valoir leur revendication »⁴¹¹ paraît tout à fait fantaisiste. Les États modernes sont circonspects lorsqu'il s'agit d'octroyer leur nationalité et exigent généralement un séjour prolongé sur le territoire comme condition de la naturalisation. Il serait ridicule de prétendre ou de suggérer que les puissantes nations industrialisées qui sont les mieux à même d'exercer efficacement leur protection diplomatique iraient jusqu'à octroyer des naturalisations de complaisance afin d'« acquérir » une réclamation⁴¹². Même si c'était le cas, en invoquant l'absence de lien effectif, critère établi dans l'affaire *Nottebohm*⁴¹³, l'État défendeur pourrait contre-carrer la manœuvre la plupart du temps⁴¹⁴. Dans l'opinion indépendante sur l'affaire de la *Barcelona Traction*, sir Gerald Fitzmaurice indiquait :

Une application trop rigide et trop généralisée de la règle de la continuité peut conduire à des situations où d'importants intérêts ne sont pas protégés, où des personnes lésées ne peuvent faire valoir leurs droits, où des dommages ne sont pas réparés, et cela non pas pour un motif quelconque relatif au fond de la réclamation, mais parce que des considérations purement formelles ont pour résultat qu'aucun État n'a qualité pour agir. Cette situation est d'autant moins défendable aujourd'hui que ce que l'on a toujours considéré comme l'autre grande justification de la règle de la continuité (voire parfois comme la source et l'origine mêmes de cette règle) a perdu une grande partie de sa valeur : je veux parler de la nécessité d'empêcher les abus qui se produiraient si les réclamations pouvaient être cédées à titre onéreux aux ressortissants d'États puissants, de telle sorte que les gouvernements de ces derniers États puissent en imposer l'acceptation à l'État défendeur⁴¹⁵.

E. – Conclusion

212. La « règle » traditionnelle de la continuité de la nationalité n'a plus de raison d'être. Elle n'a plus sa place dans un monde où les droits des personnes physiques sont reconnus par le droit international et dans lequel il n'est pas facile de changer de nationalité. On ne peut donc qu'être d'accord avec Wyler quand il conclut :

En tout cas, la protection diplomatique verrait son efficacité s'accroître de manière appréciable si on la débarrassait des règles de la continuité⁴¹⁶.

L'article 9 vise à affranchir la protection diplomatique du joug de la continuité et à mettre en place un régime souple, adapté au droit international contemporain mais sensible aux risques d'abus qui motivaient la règle.

213. Le paragraphe 1 de l'article 9 autorise un État à introduire une réclamation au nom d'une personne qui a acquis sa nationalité de bonne foi après avoir subi un

préjudice imputable à un État autre que celui dont l'intéressé avait précédemment la nationalité, pour autant que l'État de nationalité d'origine n'ait pas exercé ou n'exerce pas sa protection diplomatique pour le même dommage.

214. Plusieurs éléments garantissent que la règle ne sera pas à l'origine d'instabilité ou d'abus. Premièrement, elle reconnaît, conformément à la fiction de Vattel, que la priorité doit être accordée aux réclamations présentées par l'État de nationalité d'origine. Ce n'est que lorsque celui-ci s'abstient et que l'intéressé change de nationalité que la réclamation suit ce dernier. Deuxièmement, l'individu lésé qui change de nationalité n'est pas en mesure de choisir quel État, celui de sa nationalité d'origine ou celui de sa nouvelle nationalité, introduira la réclamation en son nom. Seul le nouvel État de nationalité peut introduire une réclamation et seulement lorsqu'il choisit de le faire.

215. Troisièmement, la nouvelle nationalité doit avoir été acquise de bonne foi⁴¹⁷. Lorsqu'une nationalité est acquise à seule fin d'obtenir la protection d'un autre État, il est normalement possible d'établir qu'il s'agit d'une naturalisation de complaisance⁴¹⁸. La critique de Borchard, formulée en 1934, selon laquelle cela revient à « confondre le motif avec l'illicéité ou la mauvaise foi »⁴¹⁹ n'est pas sans fondement. Cependant, depuis l'affaire *Nottebohm*, aucun État n'est susceptible d'entamer des procédures au nom d'un de ses nationaux naturalisés lorsqu'il y a des raisons de croire que la naturalisation n'a pas été obtenue de bonne foi et qu'il n'y a aucun lien entre l'intéressé et l'État en question.

216. Le paragraphe 2 de l'article 9 étend le principe énoncé ci-dessus à la cession des réclamations.

217. Le paragraphe 3 de l'article 9 garantit à l'État de nationalité d'origine le droit d'introduire une réclamation lorsque son intérêt national a été lésé du fait d'un préjudice subi par un de ses nationaux. La restriction au paragraphe 1 reconnaît aussi les droits particuliers de l'État de nationalité d'origine, ce qui réaffirme le principe contenu à l'article 3 du présent projet d'articles.

218. Il ne faudrait pas que l'abolition de la règle de la continuité ait pour effet de donner à l'État de la nationalité acquise la possibilité d'introduire une réclamation au nom d'un de ses nouveaux ressortissants contre l'État de la nationalité antérieure pour un préjudice imputable à ce dernier et subi alors que l'intéressé était toujours un de ses nationaux. La réaction hostile suscitée par la loi Helms-Burton⁴²⁰, qui vise à permettre aux Cubains naturalisés américains d'engager des poursuites en raison des pertes qu'ils ont subies du fait du Gouvernement cubain alors

⁴¹⁰ Voir *supra* le paragraphe 192.

⁴¹¹ *A Digest of International Law*, p. 637.

⁴¹² Van Panhuys, op. cit., p. 92.

⁴¹³ *C.I.J. Recueil 1955* (voir *supra* la note 52), p. 23.

⁴¹⁴ Voir Ohly, loc. cit., p. 288 et 289.

⁴¹⁵ *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited* (voir *supra* la note 16), p. 101 et 102. Voir aussi Ohly, loc. cit., p. 286.

⁴¹⁶ Wyler, op. cit., p. 268.

⁴¹⁷ Cette exigence figure dans la proposition d'Orrego Vicuña à l'Association de droit international; voir « The changing law of nationality of claims », règle 10.

⁴¹⁸ Voir Nicolas Politis, *Annuaire de l'Institut de droit international* (voir *supra* la note 369), p. 487 et 488.

⁴¹⁹ « The protection of citizens abroad... », p. 383 et 384.

⁴²⁰ Loi fédérale américaine du 12 mars 1996, « Cuban Liberty and Democratic Solidarity (LIBERTAD) Act », in *ILM*, vol. 35, n° 1, janvier 1996, p. 357.

qu'ils étaient encore des nationaux cubains⁴²¹, montre bien à quel point une telle conséquence est inacceptable. Le paragraphe 4 de l'article 9, qui permet de parer à une telle éventualité, s'appuie sur la proposition d'Orrego

⁴²¹ Voir Lowe, « US extraterritorial jurisdiction: The Helms-Burton and D'Amato Acts », p. 386 à 388.

Vicuña présentée au Comité sur la protection diplomatique des personnes et des biens de l'Association de droit international⁴²².

⁴²² Orrego Vicuña, « The changing law of nationality of claims », règle 10. Voir aussi la déclaration de Nicolas Politis à l'Institut de droit international, in *Annuaire de l'Institut de droit international* (voir *supra* la note 369), p. 487 et 488.