

# PROTECTION DIPLOMATIQUE

[Point 3 de l'ordre du jour]

DOCUMENT A/CN.4/538

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

[Original: anglais]  
[4 mars 2004]

### TABLE DES MATIÈRES

	<i>Pages</i>
Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport.....	45
Ouvrages cités dans le présent rapport.....	46
	<i>Paragraphes</i>
INTRODUCTION.....	1-4 47
<i>Chapitres</i>	
I. PROTECTION EXERCÉE PAR UN ÉTAT OU UNE ORGANISATION INTERNATIONALE ADMINISTRANT UN TERRITOIRE.....	5-6 48
II. DÉLÉGATION DU DROIT D'EXERCER LA PROTECTION DIPLOMATIQUE ET CESSIION DE RÉCLAMATION.....	7-13 49
III. PROTECTION EXERCÉE PAR UNE ORGANISATION INTERNATIONALE ET PROTECTION DIPLOMATIQUE.....	14-36 50
A. Introduction.....	14 50
B. Article 23.....	15-18 51
C. Article 24.....	19-20 52
D. Article 25.....	21-36 53
IV. DROITS DE L'HOMME, PROTECTION DIPLOMATIQUE ET CLAUSE DE SAUVEGARDE GÉNÉRALE.....	37-43 57
A. Article 26.....	37-40 57
B. Variante pour l'article 21.....	41-43 57
V. PROTECTION DIPLOMATIQUE DE L'ÉQUIPAGE D'UN NAVIRE PAR L'ÉTAT DU PAVILLON.....	44-73 58
Article 27.....	44-73 58
1. Passagers d'un navire.....	68 63
2. Équipages et passagers des aéronefs.....	69-71 63
3. Engins spatiaux.....	72 64
4. Conclusion.....	73 64

---

### Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport

	<i>Sources</i>
Conventions de Genève pour la protection des victimes de la guerre (Genève, 12 août 1949)	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 75, nos 970 à 973, p. 31 et suiv.
Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre	Ibid., n° 973, p. 287.
Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II) [Genève, 8 juin 1977]	Ibid., vol. 1125, n° 17513, p. 609.

Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme) [Rome, 4 novembre 1950]	Ibid., vol. 213, n° 2889, p. 221.
Traité instituant la Communauté économique européenne (Rome, 25 mars 1957)	Ibid., vol. 294, n° 4300, p. 3. Voir également la version consolidée du Traité instituant la Communauté européenne, <i>Journal officiel des Communautés européennes</i> , n° C 340, vol. 40, 10 novembre 1997, p. 173-306.
Convention (n° 108) concernant les pièces d'identité nationales des gens de mer (Genève, 13 mai 1958)	Ibid., vol. 389, n° 5598, p. 277.
Convention de Vienne sur les relations diplomatiques (Vienne, 18 avril 1961)	Ibid., vol. 500, n° 7310, p. 95.
Convention relative aux infractions et à certains autres actes survenant à bord des aéronefs (Tokyo, 14 septembre 1963)	Ibid., vol. 704, n° 10106, p. 219.
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. 999, n° 14668, p. 171.
Convention américaine relative aux droits de l'homme (Pacte de San José de Costa Rica) [San José, 22 novembre 1969]	Ibid., vol. 1144, n° 17955, p. 123.
Convention (n° 147) concernant les normes minima à observer sur les navires marchands (Genève, 29 octobre 1976)	Ibid., vol. 1259, n° 20690, p. 335.
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. 1834, 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.
Traité sur l'Union européenne (Traité de Maastricht) [Maastricht, 7 février 1992]	Ibid., vol. 1757, n° 30615, p. 3.

### Ouvrages cités dans le présent rapport

- AKEHURST, M. B.  
*The Law Governing Employment in International Organizations*, Cambridge University Press, 1976, 294 pages.
- AMERASINGHE, C. F.  
*Local Remedies in International Law*, Cambridge, Grotius, 1990, 410 pages.  
*Principles of the Institutional Law of International Organizations*, Cambridge University Press, 1996, 519 pages.
- BORCHARD, Edwin M.  
*The Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, New York, The Banks Law Publishing Co., 1919, 988 pages.
- BOWETT, D. W.  
*United Nations Forces: a Legal Study of United Nations Practice*, Londres, Stevens, 1964, 579 pages.
- BOYARS, U. R.  
*Citizenship in International and National Law*, Riga, Université d'État Stuchka de Lettonie, 1981.
- BROWNLIE, Ian  
*Principles of Public International Law*, 6<sup>e</sup> éd., Oxford University Press, 2003, 742 pages.
- CANÇADO TRINDADE, A. A.  
«Exhaustion of local remedies and the law of international organizations», *RGDIP*, t. 57, 1979, p. 81 à 123.
- DE LUPIS, Ingrid Detter  
*The Law of War*, Cambridge University Press, 1987.
- DOLZER, Rudolf  
«Diplomatic protection of foreign nationals», in Rudolf Bernhardt (dir. publ.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier, 1992, vol. 1, p. 1067 à 1070.
- EAGLETON, Clyde  
«International organization and the law of responsibility», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1950-I*, t. 76, Paris, Sirey, 1950, p. 323 à 425.
- ENGERS, J. F.  
«The United Nations travel and identity document for Namibians», *AJIL* (Washington), vol. 65, 1971, p. 571 à 578.
- FITZMAURICE, G. G.  
«The case of the *I'm Alone*», *BYBIL 1936*, vol. 17, p. 82 à 111.
- FULLER, Lon L.  
«Positivism and fidelity to law: a reply to Professor Hart», *Harvard Law Review*, vol. 71, 1957-1958, p. 630 à 672.
- GECK, Wilhelm Karl  
«Diplomatic protection», in Rudolf Bernhardt (dir. publ.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 1, Amsterdam, Elsevier, 1992, vol. 1, p. 1045 à 1067.
- GRAMLICH, Ludwig  
«Diplomatic protection against acts of intergovernmental organs», *German Yearbook of International Law* (Berlin), vol. 27, 1984, p. 386 à 428.
- HACKWORTH, Green Haywood  
*Digest of International Law*, vol. III et IV, Washington, United States Government Printing Office, 1942.  
*Digest of International Law*, vol. V, Washington, United States Government Printing Office, 1943.
- HARDY, M. J. L.  
«Claims by international organizations in respect of injuries to their agents», *BYBIL 1961*, vol. 37, p. 516 à 526.
- HYDE, Charles Cheney  
*International Law Chiefly as Interpreted and Applied by the United States*, 2<sup>e</sup> éd. rev., Boston, Little, Brown, 1947, vol. 2.

- JENNINGS, Robert et Arthur WATTS (dir. publ.)  
*Oppenheim's International Law*, 9<sup>e</sup> éd., vol. I, *Peace*, Harlow, Longman, 1992.
- KAMTO, Maurice  
«La nationalité des navires en droit international», *La mer et son droit: mélanges offerts à Laurent Lucchini et Jean-Pierre Quéneudec*, Paris, Pedone, 2003, p. 343 à 373.
- KUDRIAVTSEV, V. N. (dir. publ.)  
*Cours de droit international*, Moscou, 1990, vol. 3, 260 pages [en russe].
- LAZAREV, Marklen Ivanovich (dir. publ.)  
*Contemporary International Law of the Sea*, Moscou, Nauka, 1984, 270 pages.
- McNAIR, Lord  
*International Law Opinions*, vol. II, *Peace*, Cambridge University Press, 1956, 415 pages.
- MEYERS, H.  
*The Nationality of Ships*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1967, 395 pages.
- MITROFANOV, M. V.  
*Les fonctionnaires des organisations internationales*, Moscou, Relations internationales, 1981, 117 pages [en russe].
- MOORE, John Bassett  
*History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party*, Washington, United States Government Printing Office, 1898.  
*A Digest of International Law*, vol. III, Washington, United States Government Printing Office, 1906.
- MURPHY, Sean D. (dir. publ.)  
«Contemporary practice of the United States relating to international law: Libyan payment for families of Pan Am flight 103 victims», *AJIL* (Washington), vol. 97, 2003, p. 987 à 991.
- NGUYEN QUOC, Dinh, Patrick DAILLIER et Alain PELLET  
*Droit international public*, 7<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 2002, 1 510 pages.
- NORDQUIST, Myron H. (dir. publ.)  
*United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: a Commentary*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1989.
- O'CONNELL, D. P.  
*International Law*, 2<sup>e</sup> éd., Londres, Stevens, 1970, vol. 2.
- PESCATORE, Pierre  
«Les relations extérieures des Communautés européennes: contribution à la doctrine de la personnalité des organisations internationales», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1961-II*, Leyde, Sijthoff, 1962, t. 103, p. 9 à 238.
- REMIRO BROTONS, Antonio *et al.*  
*Derecho internacional*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, 1 269 pages.
- RITTER, Jean-Pierre  
«La protection diplomatique à l'égard d'une organisation internationale», *Annuaire français de droit international*, vol. VIII, 1962, p. 427 à 456.
- SCHERMERS, Henry G. et Niels M. BLOKKER  
*International Institutional Law: Unity within Diversity*, 4<sup>e</sup> éd. rev., Boston, Martinus Nijhoff, 2003, 1 302 pages.
- SCHWARZENBERGER, Georg  
*International Law*, 3<sup>e</sup> éd., Londres, Stevens, 1957, vol. 1, 808 pages.
- SEYERSTED, Finn  
«United Nations forces: some legal problems», *BYBIL 1961*, vol. 37, p. 351 à 475.
- STEIN, Torsten  
«Interim report on diplomatic protection under the European Union treaty», *Report of the Seventieth Conference held in New Delhi, 2-6 April 2002*, Londres, Association de droit international, 2002.
- VERESHCHETIN, Vladen Stepanovich (dir. publ.)  
*Droit international*, Moscou, 1967 [en russe].
- WATTS, A. D.  
«The protection of alien seamen», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 7, 1958, p. 691 à 711.
- WELLENS, Karel  
*Remedies against international organizations*, Cambridge University Press, 2002, 295 pages.
- WHITEMAN, Marjorie M.  
*Damages in International Law*, Washington, United States Government Printing Office, 1937, vol. II.  
*Digest of International Law*, Washington, United States Government Printing Office, 1965, vol. IV.

## Introduction<sup>1</sup>

1. Le Rapporteur spécial a présenté à la Commission du droit international quatre rapports sur la protection diplomatique des personnes physiques et morales et sur l'épuisement des recours internes<sup>2</sup>. Ces rapports traitaient de toutes les questions que l'on associe traditionnellement au sujet et contenaient 22 projets d'article. La Commis-

sion les a examinés de manière approfondie et a approuvé 16 projets d'article. Elle a écarté six projets d'article au motif qu'ils ne relevaient pas de la protection diplomatique ou que la question dont ils traitaient n'était pas prête à être codifiée.

2. Dans son troisième rapport, en 2002, le Rapporteur spécial a examiné un certain nombre de propositions tendant à ce que le projet soit élargi à diverses questions qui traditionnellement ne relevaient pas de la protection diplomatique<sup>3</sup>. À sa cinquante-quatrième session, en 2002, la Commission s'est donc demandé s'il était souhaitable

<sup>1</sup> Le Rapporteur spécial exprime sa gratitude aux étudiants dont le nom suit qui l'ont aidé à établir le présent rapport: Amanda Rawls et Elina Kreditor (Université de New York), Frank Riemann (Kennedy School of Government, Université de Harvard), Megan Hirst (Université de Queensland) et Michael Vagias (Université de Leyde).

<sup>2</sup> *Annuaire... 2000*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), doc. A/CN.4/506 et Add.1, p. 219; *Annuaire... 2001*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), doc. A/CN.4/514, p. 95; *Annuaire... 2002*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), doc. A/CN.4/523 et Add.1, p. 47; et *Annuaire... 2003*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), doc. A/CN.4/530 et Add.1, p. 3.

<sup>3</sup> *Annuaire... 2002*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), doc. A/CN.4/523 et Add.1, p. 52 et 53, par. 16.

de faire figurer dans le projet d'articles des dispositions sur la protection fonctionnelle de leurs fonctionnaires par les organisations internationales, le droit de l'État de nationalité d'un navire ou d'un aéronef de présenter une réclamation au nom de l'équipage de celui-ci quelle que soit la nationalité de ses membres, la délégation du droit de protection diplomatique, la protection des personnes résidant dans un territoire contrôlé, occupé ou administré par un autre État ou administré par une organisation internationale, le déni de justice, la doctrine des «mains propres» dans le cadre de la protection diplomatique et les conséquences juridiques de la protection diplomatique<sup>4</sup>. Lors du débat, l'idée de traiter de ces questions, à l'exception possible de celle du droit de l'État de la nationalité d'un navire ou d'un aéronef de formuler une réclamation au nom de l'équipage, n'a guère été défendue<sup>5</sup>. La Commission a toutefois estimé qu'il fallait examiner la relation entre la protection fonctionnelle exercée par l'ONU et la protection diplomatique exercée par l'État et la possibilité de réclamations concurrentes<sup>6</sup>.

3. Dans son rapport sur les travaux de sa cinquante-cinquième session, en 2003, la CDI a demandé à la Sixième Commission de l'Assemblée générale son avis sur la protection diplomatique des membres de l'équipage d'un navire par l'État du pavillon et sur la protection diplomatique par leur État de nationalité des fonctionnaires des organisations internationales intergouvernementales, et de lui indiquer s'il y avait d'autres questions que celles déjà examinées par la Commission qui devaient encore être étudiées relativement à la protection diplomatique<sup>7</sup>. La majorité des représentants à la Sixième Commission qui ont pris la parole sur ces sujets étaient opposés ou

indifférents à l'inclusion de dispositions sur la protection diplomatique des membres de l'équipage d'un navire par l'État de nationalité et sur la protection diplomatique par les États de leurs nationaux employés par une organisation internationale intergouvernementale. Ces questions ont toutefois suscité suffisamment d'intérêt pour que la Commission en poursuive l'examen. Excepté deux États, qui ont estimé que des dispositions devaient figurer dans le projet sur, respectivement, la délégation du droit d'exercer la protection diplomatique (République tchèque)<sup>8</sup> et la protection des personnes résidant dans un territoire contrôlé ou occupé par un autre État ou administré par une organisation internationale (Portugal)<sup>9</sup>, aucune délégation n'a demandé que la Commission étudie d'autres questions dans le cadre de la protection diplomatique. Au contraire, bon nombre de délégations ont estimé que tous les sujets relevant traditionnellement de la protection diplomatique avaient été examinés et que la Commission devait achever son étude le plus rapidement possible et, à tout le moins, avant la fin du présent quinquennat. Des membres de la Commission ont exprimé des opinions comparables.

4. Le présent rapport traitera d'abord de la protection des personnes résidant dans un territoire contrôlé ou occupé par un État ou administré par une organisation internationale intergouvernementale et de la délégation ou de la cession du droit de protection diplomatique, des questions dont le Rapporteur spécial pense qu'elles ne devraient pas être traitées dans le présent projet d'articles. Le rapport présente ensuite des propositions sur la protection exercée concurremment par une organisation internationale et par un État et la protection de l'équipage d'un navire par l'État du pavillon.

<sup>4</sup> Ibid., vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 52 à 55, par. 118 à 149.

<sup>5</sup> Ibid., p. 55, par. 146.

<sup>6</sup> Ibid., par. 145.

<sup>7</sup> *Annuaire... 2003*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 14, par. 28 et 29.

<sup>8</sup> *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-huitième session, Sixième Commission*, 17<sup>e</sup> séance (A/C.6/58/SR.17), par. 48.

<sup>9</sup> Ibid., 18<sup>e</sup> séance (A/C.6/58/SR.18), par. 3.

## CHAPITRE PREMIER

### Protection exercée par un État ou une organisation internationale administrant un territoire

5. À sa cinquante-quatrième session, en 2002<sup>10</sup>, la Commission s'est longuement penchée sur la question de savoir si le projet d'articles devait traiter de la protection des habitants d'un territoire administré, contrôlé ou occupé par un autre État ou une organisation internationale. Aucun appui ne s'est manifesté en faveur de l'inclusion d'un tel droit dans le contexte de l'occupation militaire, cette question relevant du droit international humanitaire, en particulier de la Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre et du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II)<sup>11</sup>. Bien

que l'idée d'examiner la question de l'exercice de la protection diplomatique par une organisation internationale au profit de personnes vivant sur un territoire qu'elle administre ait recueilli un certain appui, la majorité des membres de la Commission ont estimé que la question «avait plutôt sa place dans le contexte de la responsabilité des organisations internationales<sup>12</sup>».

6. La protection diplomatique des personnes résidant sur un territoire placé sous la protection d'un État qui n'y exerce pas sa souveraineté n'est pas sans précédent en droit international. Les personnes vivant dans des «protectorats<sup>13</sup>»; des territoires sous mandat<sup>14</sup> ou des territoires sous tutelle<sup>15</sup> ont à l'occasion bénéficié de la

<sup>10</sup> *Annuaire... 2002*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 53 et 54, par. 133 à 136.

<sup>11</sup> Des décisions donnent à penser qu'un occupant belligérant n'est pas tenu d'exercer sa protection diplomatique au profit des nationaux d'un territoire occupé: *Compensation (Germany) Case* (1959), *ILR*, vol. 28, p. 648; *Slovak National Internment Case* (1970), *ibid.*, vol. 70, p. 691.

<sup>12</sup> *Annuaire... 2002*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 55, par. 148.

<sup>13</sup> Jennings et Watts, *Oppenheim's International Law*, p. 266 à 274 (notamment p. 270).

<sup>14</sup> Ibid., p. 298 à 300.

<sup>15</sup> Ibid., p. 316 à 318.

protection diplomatique de la puissance administrante, mais cette pratique est limitée<sup>16</sup> et fonction du traité ou de la relation institutionnelle entre l'État administrant et l'État administré et, de toute manière, repose sur le consentement de l'État vis-à-vis duquel cette protection doit être exercée<sup>17</sup>. Il y a peut-être des précédents en faveur de la protection des résidents d'un territoire administré par une organisation ou une institution internationale – ou censé être administré par une telle organisation ou institution<sup>18</sup> – mais, là encore, la nature

<sup>16</sup> *National Bank of Egypt v. Austro-Hungarian Bank*, affaire n° 10, *Annual Digest of Public International Law Cases 1923–1924*, Londres, Longmans, 1933, p. 23; *Falla-Nataf and Brothers v. Germany*, affaire n° 24, *ibid.*, 1927–1928, *ibid.*, 1931, p. 44; *Parounak and Bedros Parounakian v. Turkish Government*, affaire n° 11, *ibid.*, 1929–1930, 1935, p. 25; Schwarzenberger, *International Law*, p. 378 à 381.

<sup>17</sup> Schwarzenberger, *op. cit.*, p. 378 à 381, 592 à 595.

<sup>18</sup> Le Conseil des Nations Unies pour le Sud-Ouest africain, créé en 1967 par l'Assemblée générale dans sa résolution 2248 (S-V) du 19 mai 1967, délivrait des documents de voyage et d'identité aux

et la portée de la protection dépendent de l'arrangement institutionnel conclu entre le territoire administré, la puissance administrante et des États tiers. Il n'y a donc aucun élément, ou il y en a trop peu, attestant une pratique générale justifiant une codification ou un développement progressif du droit. Quoi qu'il en soit, il s'agit en l'espèce d'une forme de protection fonctionnelle<sup>19</sup> du type reconnu dans l'affaire de la *Réparation*<sup>20</sup>, dont la Commission a décidé qu'elle ne relevait pas de la présente étude de la protection diplomatique.

Namibiens, alors que l'Afrique du Sud continuait d'occuper la Namibie (voir Engers, «The United Nations travel and identity document for Namibians»). Assurément, le Conseil pensait que la délivrance d'un tel document emportait un droit de protection. L'auteur ne connaît cependant aucun cas dans lequel une telle protection a été accordée. Voir également Nguyen Quoc, Daillier et Pellet, *Droit international public*, p. 612 et 613, par. 394.

<sup>19</sup> Schwarzenberger, *op. cit.*, p. 593.

<sup>20</sup> *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1949*, p. 174.

## CHAPITRE II

### Délégation du droit d'exercer la protection diplomatique et cession de réclamation

7. La distinction est nette entre délégation du droit d'exercer la protection diplomatique et cession des réclamations. Dans le premier cas, un État (ou groupe d'États) délègue à un autre État son droit d'exercer la protection diplomatique au profit d'un national. Dans le second, par contre, la personne lésée cède sa réclamation découlant du préjudice à une autre personne, qui peut être ou ne pas être un national du même État.

8. Un État peut, au moyen d'un accord international, déléguer à un autre État le droit de protéger ses nationaux à l'étranger<sup>21</sup>. Un tel accord peut être conclu lorsqu'un État n'a pas de représentation diplomatique dans un pays étranger où ses nationaux sont nombreux à résider<sup>22</sup>, ou lorsqu'un État est placé sous le «protectorat» d'un autre État<sup>23</sup>, ou lorsque, des hostilités ayant éclaté, un État belligérant délègue à un État neutre la protection de ses nationaux résidant dans un État ennemi<sup>24</sup>. L'exemple le plus connu d'une telle délégation du droit d'exercer la protection diplomatique est celui que donne l'article 8 c du Traité sur l'Union européenne (Traité de Maastricht), qui dispose:

Tout citoyen de l'Union bénéficie, sur le territoire d'un pays tiers où l'État membre dont il est ressortissant n'est pas représenté, de la protection de la part des autorités diplomatiques et consulaires de tout État membre, dans les mêmes conditions que les nationaux de cet État. Les États membres établissent entre eux les règles nécessaires et engagent les négociations internationales requises en vue d'assurer cette protection<sup>25</sup>.

<sup>21</sup> Jennings et Watts, *op. cit.*, p. 936.

<sup>22</sup> Oppenheim cite le cas de la protection des nationaux des Samoa occidentales aux termes d'un traité d'amitié de 1962 (*ibid.*, note 2).

<sup>23</sup> Voir *supra* les notes 13 et 16.

<sup>24</sup> Voir De Lupis, *The Law of War*, p. 323.

<sup>25</sup> Article 20 de la version consolidée du Traité instituant la Communauté européenne. Voir généralement, au sujet de cette disposition, Stein, «Interim report on diplomatic protection under the European Union treaty», p. 277 et suiv.

Il n'est pas certain que cette disposition, et les autres arrangements de ce type, envisage la protection diplomatique au sens du présent projet d'articles, à savoir l'action exercée par un État en son nom propre à raison d'un préjudice causé à un de ses nationaux par le fait internationalement illicite d'un autre État<sup>26</sup>, ou vise uniquement l'action consulaire, c'est-à-dire l'assistance immédiate apportée à un national en difficulté<sup>27</sup>. Quoi qu'il en soit, il est difficile d'imaginer qu'un État tiers qui n'a pas consenti à l'exercice de la protection diplomatique par un État européen dont la personne lésée n'est pas un national puisse être, en droit, tenu de reconnaître le droit d'un tel État de protéger un non-national. C'est en effet sur le lien de nationalité entre l'État et l'individu que repose la protection diplomatique<sup>28</sup>. L'article 8 c lui-même postule la nécessité du consentement des États non européens au régime qu'il prévoit en ce qu'il requiert des négociations internationales «en vue d'assurer cette protection<sup>29</sup>». Cela est conforme à la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques qui dispose qu'en cas de rupture des relations diplomatiques entre deux États, ou si une mission est rappelée définitivement ou temporairement, «l'État accréditant peut confier la protection de ses [...] ressortissants à un État tiers *acceptable pour l'État accréditaire*<sup>30</sup>».

9. Il n'y a pas de règles générales sur le sujet de la protection diplomatique déléguée. Tout dépend de la nature du traité ou de la relation institutionnelle entre

<sup>26</sup> Voir l'article premier du projet d'articles sur la protection diplomatique adopté à titre provisoire par la Commission [*Annuaire...* 2002, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 71, par. 280].

<sup>27</sup> Voir Stein, *loc. cit.*, en particulier p. 278 et 289.

<sup>28</sup> Voir l'article 2 du projet d'articles adopté par la Commission (*supra*, note 26); affaire du *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, arrêt, 1939, *C.P.J.I. série A/B n° 76*, p. 16.

<sup>29</sup> Voir Stein, *loc. cit.*, p. 280, 281, 284 et 287. Voir également Borchart, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, p. 472.

<sup>30</sup> Art. 45 c. Voir également l'article 46.

l'État déléguant, l'État délégataire et l'État tiers à l'encontre duquel la protection diplomatique est exercée. Ce facteur, associé au peu de pratique des États sur le sujet, confirme que celui-ci n'est pas prêt à être codifié.

10. La cession par une personne à une autre d'une réclamation pouvant donner lieu à la protection diplomatique peut intervenir dans différentes situations, dont les plus communes sont probablement la succession en cas de décès, la cession et la subrogation aux termes d'un contrat d'assurance. Dans de tels cas, la règle de la continuité de la nationalité, consacrée à l'article 4 du projet d'articles sur la protection diplomatique, s'applique<sup>31</sup>. Cela signifie que, aussi longtemps que la réclamation appartient de manière continue à un national de l'État requérant à compter de la date du dommage jusqu'à celle de la présentation de la réclamation, un changement dans la propriété de cette réclamation n'affecte pas le droit de l'État requérant d'exercer sa protection diplomatique. Ainsi, une réclamation sera *rejetée*:

a) si elle a été cédée par un national à un non-national de l'État requérant durant la période critique<sup>32</sup>, c'est-à-dire si elle a été «dénationalisée»;

b) si elle a été cédée par un non-national à un national de l'État requérant après la date du dommage<sup>33</sup>, c'est-à-dire si elle a été «nationalisée».

11. Selon la jurisprudence, si la personne au nom de laquelle une réclamation diplomatique a été présentée décède, la réclamation ne peut être légitimement maintenue que si l'héritier ou le légataire a la même nationalité que le défunt<sup>34</sup>. Le même principe s'applique

<sup>31</sup> Jennings et Watts, op. cit., p. 514; Brownlie, *Principles of Public International Law*, p. 461 à 463; O'Connell, *International Law*, p. 1049 à 1051. Voir également la résolution de l'Institut de droit international adoptée lors de la session qu'il a tenue en 1965 à Varsovie (*Annuaire de l'Institut de droit international*, 1965, t. II, p. 260). L'article 2 de la résolution sur le caractère national d'une réclamation internationale présentée par un État en raison d'un dommage subi par un individu est ainsi libellé (ibid., p. 261):

«Lorsque le bénéficiaire d'une réclamation internationale est une autre personne que l'individu lésé originellement, 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.»

<sup>32</sup> Borchard, op. cit., p. 637.

<sup>33</sup> Réclamation *Doboz* (1958), *ILR*, vol. 26 (1958-II), p. 345.

<sup>34</sup> Affaires *Stevenson* (1903), Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IX (numéro de vente: 1959.V.5), p. 385; *Captain W. H. Gleadell (Great Britain) v. United Mexican States* (1929), ibid., vol. V (numéro de vente: 1952.V.3), p. 44; *F. W. Flack, on behalf of the estate of the late D. L. Flack (Great Britain) v. United Mexican State* (1929),

à la cession (*assignment*) des réclamations<sup>35</sup>. Selon Brownlie:

Si durant la période critique une réclamation est cédée à ou par un non-national de l'État requérant, elle doit être rejetée. Toutefois, la cession n'affecte pas la réclamation si le principe de la continuité est observé<sup>36</sup>.

12. La subrogation est le mécanisme juridique permettant à l'assureur d'exercer les droits de l'assuré et de présenter une réclamation juridique à raison du préjudice subi. Une fois que l'assureur a désintéressé l'assuré, il se substitue à lui. L'assuré ne peut plus réclamer de dommages-intérêts en son nom propre dans la mesure où il a été indemnisé par l'assureur<sup>37</sup>. En cas de subrogation dans le cadre d'un contrat d'assurance, le principe de la continuité de la nationalité n'est observé que si tant l'assuré que l'assureur sont des nationaux de l'État requérant<sup>38</sup>. L'État ne peut intervenir pour le compte d'assureurs étrangers même si l'assuré était son national<sup>39</sup>. À l'inverse, un État ne peut présenter de réclamation au nom d'une compagnie d'assurances nationale qui a assuré des biens étrangers parce que la réclamation n'appartenait pas à un national au moment où le préjudice a été subi. Même si dans quelques affaires les réclamations d'assureurs de biens étrangers ont été accueillies<sup>40</sup>, il semble que c'était sur la base de l'équité. Quoi qu'il en soit, ces affaires n'établissent pas une dérogation à la règle de la continuité de la nationalité qui constituerait une règle exceptionnelle.

13. Comme la cession des réclamations est régie par la règle de la continuité de la nationalité, il n'est nul besoin d'envisager de codifier davantage le sujet.

ibid., p. 61; *Minnie Stevens Eschauzier (Great Britain) v. United Mexican States* (1931), ibid., p. 207; *Kren* (1953), *ILR*, vol. 20, p. 233; *Perle* (1954), ibid., vol. 21, p. 161; *Bogovic* (1954), ibid., p. 156; *Hanover Bank* (1957), ibid., vol. 26 (1958-II), p. 334; *Friede* (1956), ibid., p. 352; *Ruchwarger* (1959), ibid., vol. 30, p. 215.

<sup>35</sup> Réclamations *Perle* (1954), *ILR*, vol. 21, p. 161; *Doboz* (1958), ibid., vol. 26 (1958-II), p. 345; *First National City Bank of New York* (1957), ibid., p. 323; *Batavian National Bank* (1957), ibid., p. 346.

<sup>36</sup> Op. cit., p. 462.

<sup>37</sup> Voir Whiteman, *Damages in International Law*, p. 1320.

<sup>38</sup> *The Home Insurance Company (U.S.A.) v. United Mexican States*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IV (numéro de vente: 1951.V.1), p. 48. Toutefois, selon certaines décisions, l'assureur doit supporter les risques envisagés dans la police et ne peut donc prétendre à la protection: *The Eagle Star and British Dominions Insurance Company (Ltd.) and Excess Insurance Company (Ltd.) (Great Britain) v. United Mexican States* (1931), ibid., vol. V (numéro de vente: 1952.V.3), p. 142.

<sup>39</sup> Voir O'Connell, op. cit., p. 1051; Hackworth, *Digest of International Law*, vol. V, p. 810.

<sup>40</sup> Voir les affaires concernant les navires *Caldera*, *Circassian* et *Mechanic*, décrites dans Whiteman, *Damages...*, p. 1320 à 1328.

## CHAPITRE III

### Protection exercée par une organisation internationale et protection diplomatique

#### A. Introduction

14. La relation entre la protection de ses agents par une organisation intergouvernementale (quelquefois appelée «protection fonctionnelle») et la protection diplomatique

a été évoquée en plusieurs occasions lors des débats qui ont eu lieu à la Commission sur le sujet de la protection diplomatique. La question qu'il faut maintenant se poser est celle de savoir si et, dans l'affirmative, dans quelle mesure et comment, cette relation doit être traitée dans le

projet d'articles sur la protection diplomatique. Plusieurs articles sont proposés ci-après à l'examen de la Commission qui visent à couvrir toutes les questions découlant de cette relation. Il se pourrait bien que des clauses de sauvegarde du type de celles proposées aux projets d'articles 23 et 24 soient inutiles. Par contre, une disposition comme l'article 25 est probablement nécessaire pour prendre acte de la relation entre la protection exercée par une organisation internationale et la protection diplomatique.

#### QUATRIÈME PARTIE.

### PROTECTION EXERCÉE PAR UNE ORGANISATION INTERNATIONALE ET PROTECTION DIPLOMATIQUE

#### Article 23

**Les présents articles sont sans préjudice du droit d'une organisation internationale d'exercer sa protection au bénéfice de ses agents lésés par le fait internationalement illicite d'un État.**

#### Article 24

**Les présents articles sont sans préjudice du droit de l'État d'exercer sa protection diplomatique contre une organisation internationale.**

#### Article 25

**Les présents articles sont sans préjudice du droit de l'État d'exercer sa protection diplomatique au profit d'un national qui est aussi un agent d'une organisation internationale [lorsque cette organisation n'est pas en mesure d'exercer sa protection fonctionnelle au bénéfice de l'intéressé ou lorsqu'elle ne souhaite pas le faire].**

#### B. Article 23

**Les présents articles sont sans préjudice du droit d'une organisation internationale d'exercer sa protection au bénéfice de ses agents lésés par le fait internationalement illicite d'un État.**

15. Dans son avis consultatif dans l'affaire de la *Réparation*<sup>41</sup>, la CIJ a jugé que l'ONU était une «personne internationale», ce qui signifiait «que l'Organisation est un sujet de droit international, qu'elle a capacité d'être titulaire de droits et devoirs internationaux et qu'elle a capacité de se prévaloir de ses droits par voie de réclamation internationale<sup>42</sup>». La Cour a raisonné comme suit:

Pour que l'agent puisse s'acquitter de ses devoirs de façon satisfaisante, il faut qu'il sente que cette protection lui est assurée par l'Organisation et qu'il peut compter sur elle. Afin de garantir l'indépendance de l'agent et, en conséquence, l'action indépendante de l'Organisation elle-même, il est essentiel que l'agent, dans l'exercice de ses fonctions, n'ait pas besoin de compter sur une autre protection que celle de l'Organisation (sauf, bien entendu, la protection plus directe et plus immédiate due par l'État sur le territoire duquel il peut se trouver). En particulier, il ne doit pas avoir à s'en remettre à la protection de son propre État. Si tel était le cas, son indépendance pourrait, contrairement au principe qu'applique l'Article 100 de la Charte, se trouver compromise. Enfin,

il est essentiel que l'agent – qu'il appartienne à un État puissant ou faible, à un État plus ou moins touché par les complications de la vie internationale, à un État en sympathie ou non avec sa mission – sache que, dans l'exercice de ses fonctions, il est placé sous la protection de l'Organisation. (Cette assurance est encore plus nécessaire si l'agent est un apatride.)

À considérer le caractère des fonctions confiées à l'Organisation et la nature des missions de ses agents, il devient évident que la qualité de l'Organisation pour exercer, dans une certaine mesure, une protection fonctionnelle de ses agents est nécessairement impliquée par la Charte<sup>43</sup>.

#### La Cour a finalement conclu:

Qu'au cas où un agent des Nations Unies subit, dans l'exercice de ses fonctions, un dommage dans des conditions de nature à engager la responsabilité d'un État Membre de l'Organisation, celle-ci a qualité pour présenter contre le gouvernement *de jure* ou *de facto* responsable une réclamation internationale en vue d'obtenir la réparation des dommages causés aux Nations Unies [et] ... à la victime ou à ses ayants droit<sup>44</sup>.

16. L'avis de la CIJ a été approuvé par l'Assemblée générale dans sa résolution 365 (IV) du 1<sup>er</sup> décembre 1949 et a été suivi, bien que par implication nécessaire seulement, par la Cour dans d'autres avis consultatifs<sup>45</sup> et par le Tribunal administratif de l'OIT dans l'affaire *Jurado c. OIT* (n° 1)<sup>46</sup>. La pratique consistant pour l'Organisation des Nations Unies à formuler des réclamations pour le compte de ses agents auxquels des États ont par leur fait illicite causé un préjudice atteste l'acceptation de l'avis de la Cour<sup>47</sup>.

<sup>43</sup> Ibid., p. 183 et 184.

<sup>44</sup> Ibid., p. 187.

<sup>45</sup> *Applicabilité de la section 22 de l'article VI de la convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1989, p. 195 et 196; *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1999, en particulier p. 84 et 85, par. 50 et 51 et p. 88, par. 63 et 64.

<sup>46</sup> *ILR*, vol. 40 (1970), p. 296 et 301.

<sup>47</sup> Voir le rapport du Secrétaire général sur la réparation des dommages subis au service des Nations Unies (A/1347, du 5 septembre 1950), et les rapports sur l'état des affaires de réclamation pour dommages subis au service de l'Organisation des Nations Unies (A/1851, du 10 août 1951, et A/2180, du 12 septembre 1952); voir également *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquième session, Supplément n° 1* (A/1287), rapport annuel du Secrétaire général sur l'activité de l'Organisation, p. 142 et 143; *ibid.*, *sixième session* (A/1844), p. 208; *ibid.*, *septième session* (A/2141), p. 173 et 174; *ibid.*, *huitième session* (A/2404), p. 155 et 156; *ibid.*, *neuvième session* (A/2663), p. 116; *ibid.*, *dixième session* (A/2911), p. 116 et 117; *Annuaire... 1967*, vol. II, doc. A/CN.4/L.118 et Add.1 et 2, «Pratique suivie par l'Organisation des Nations Unies, les institutions spécialisées et l'Agence internationale de l'énergie atomique en ce qui concerne leur statut juridique, leurs privilèges et leurs immunités: étude préparée par le Secrétariat», p. 239 et 240; Seyerstedt, «United Nations forces: some legal problems», p. 424 à 426; Bowett, *United Nations Forces*, p. 243; rapports annuels du Directeur de l'Office de secours et de travaux des Nations Unies pour les réfugiés de Palestine dans le Proche-Orient, *Documents officiels de l'Assemblée générale, onzième session, Supplément n° 14* (A/3212), annexe G, par. 17; *ibid.*, *douzième session* (A/3686), annexe H, par. 8; *ibid.*, *treizième session, Supplément n° 14* (A/3931), annexe H, par. 5; *ibid.*, *quatorzième session, Supplément n° 14* (A/4213), annexe H, par. 7; Brownlie, *op. cit.*, p. 654 et 655; Financement des forces des Nations Unies chargées du maintien de la paix au Moyen-Orient: Force intérimaire des Nations Unies au Liban, A/51/725/Add.1, 11 juin 1997, par. 8; résolution 51/233 de l'Assemblée générale, en date du 25 juin 1997, par. 8; voir également les résolutions suivantes dans lesquelles l'Assemblée générale prie instamment Israël d'exécuter ses obligations: 52/237, du 26 juin 1998; 53/227, du 8 juin 1999; 54/267, du 15 juin 2000; 55/180 A, du 19 décembre 2000; 55/180 B, du 14 juin 2001; 56/214 A, du 21 décembre 2001; 56/214 B, du 27 juin 2002; 57/325, du 18 juin 2003.

<sup>41</sup> Voir *supra* la note 20.

<sup>42</sup> Ibid., p. 179.

17. Bien qu'il y ait des similarités entre la protection fonctionnelle et la protection diplomatique, il y a aussi d'importantes différences. La protection diplomatique est un mécanisme conçu pour assurer la réparation du préjudice causé au national d'un État qui postule qu'un préjudice causé à un national est un préjudice causé à l'État lui-même. La protection fonctionnelle est quant à elle un moyen de promouvoir l'efficacité du fonctionnement d'une organisation internationale en garantissant que ses agents sont respectés. Des différences de ce type ont amené aussi bien la Commission du droit international<sup>48</sup> que la Sixième Commission<sup>49</sup> à conclure que la protection de ses agents par une organisation internationale n'a pas sa place dans un projet d'articles sur la protection diplomatique. De nombreuses questions restent sans réponse en ce qui concerne la protection fonctionnelle, dont les suivantes sont peut-être les plus importantes: Quels agents d'une organisation internationale peuvent être protégés<sup>50</sup>? Quelles organisations internationales peuvent exercer la protection fonctionnelle? S'agit-il de la seule organisation des Nations Unies ou de toutes les organisations intergouvernementales<sup>51</sup>? S'applique-t-elle seulement en cas de dommages subis dans l'exercice de fonctions officielles<sup>52</sup>? Une organisation internationale a-t-elle l'obligation de protéger ses agents<sup>53</sup>? L'agent lésé doit-il d'abord épuiser les recours internes<sup>54</sup>? La protection fonctionnelle peut-elle être exercée contre l'État de nationalité de l'agent lésé<sup>55</sup>?

18. La protection de ses agents par une organisation internationale est par sa nature différente de la protection diplomatique. De plus, les incertitudes sont si nombreuses en ce qui concerne cette forme de protection qu'il est difficile de discerner des règles coutumières claires en la matière. Dans ces conditions, il semble préférable d'exclure ce sujet de la présente étude et de l'indiquer clairement dans une clause de sauvegarde comme celle qui figure à l'article 23. La Commission pourra vouloir donner son avis sur le point de savoir si la protection

<sup>48</sup> *Annuaire... 2002*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), par. 122 et 145, respectivement p. 52 et 55.

<sup>49</sup> C'est ce qu'ont indiqué clairement les orateurs qui ont pris la parole lors du débat qui a eu lieu à la Sixième Commission en 2002 et en 2003 sur le rapport de la Commission.

<sup>50</sup> Voir l'opinion individuelle du juge Azevedo dans l'affaire de la *Réparation* (*supra*, note 20), p. 193 à 195; et Hardy, «Claims by international organizations in respect of injuries to their agents», p. 522 et 523.

<sup>51</sup> Brownlie, *op. cit.*, p. 654 et 655. Voir également les opinions dissidentes des juges Hackworth et Badawi Pasha dans l'affaire de la *Réparation*, p. 200 et 210, respectivement; Pescatore, «Les relations extérieures des Communautés européennes: contribution à la doctrine de la personnalité des organisations internationales», p. 218 et 219; Schermers et Blokker, *International Institutional Law*, p. 1184, par. 1857.

<sup>52</sup> Hardy, *loc. cit.*, p. 521 et 523.

<sup>53</sup> Voir l'affaire *Jurado* (*supra*, note 46), p. 301; Pescatore, *loc. cit.*, p. 218; Akehurst, *The Law Governing Employment in International Organizations*, p. 99 et 100.

<sup>54</sup> Cançado Trindade, «Exhaustion of local remedies and the law of international organizations», p. 82 et 83; Eagleton, «International organization and the law of responsibility», p. 351 et 352; Hardy, *loc. cit.*, p. 526; Amerasinghe, *Principles of the Institutional Law of International Organizations*, p. 440 et 441, et *Local Remedies in International Law*, p. 372 et 373.

<sup>55</sup> La CIJ a répondu à cette question par l'affirmative dans l'affaire de la *Réparation* (voir *supra* la note 20), p. 186. *Sed contra*, voir l'opinion dissidente du juge Krylov (*ibid.*, p. 218).

fonctionnelle relève de l'étude de la responsabilité des organisations internationales. À de nombreux égards, le sujet à l'examen est à la responsabilité des organisations internationales ce que la protection diplomatique est à la responsabilité des États. Cela semblerait indiquer qu'il appelle une étude distincte.

### C. Article 24

**Les présents articles sont sans préjudice du droit de l'État d'exercer sa protection diplomatique contre une organisation internationale.**

19. La question de savoir si un État peut exercer sa protection diplomatique au bénéfice d'un de ses nationaux contre une organisation internationale n'a pas été traitée par la CIJ dans l'affaire de la *Réparation*, bien qu'elle ait préoccupé certains juges<sup>56</sup>. En 1962, Ritter a écrit qu'il s'agissait là d'un des domaines les moins étudiés du droit international<sup>57</sup>. Quarante ans plus tard, Wellens a fait observer que l'observation de Ritter «est toujours valide aujourd'hui car la pratique des États est rare et la jurisprudence n'a pas encore expressément traité de la question de savoir si un tel exercice est praticable<sup>58</sup>».

20. Manifestement, c'est un sujet qui est lié à la protection diplomatique. Les règles régissant la nationalité sont applicables, bien qu'il puisse être nécessaire de modifier les règles relatives à la double nationalité dans les cas où une personne est un national de l'État requérant et un agent de l'organisation internationale défenderesse. Il n'est pas sûr que les règles relatives à l'épuisement des recours internes s'appliquent, comme l'attestent les différentes opinions exprimées sur le sujet par les publicistes<sup>59</sup>. Bien que ce sujet soit proche de celui de la protection diplomatique, il semble relever de l'étude de la responsabilité des organisations internationales puisqu'il soulève essentiellement des questions d'attribution, de responsabilité et de réparation. De plus, le présent projet d'articles concerne surtout la protection diplomatique du point de vue de l'État auteur de la réclamation, c'est-à-dire les circonstances dans lesquelles des réclamations peuvent être présentées – et non de celui de l'État défendeur. Inévitablement, une étude de la protection diplomatique exercée à l'égard d'une organisation internationale serait axée sur la question de savoir si et, dans l'affirmative, comment cette protection peut être exercée contre une entité non étatique dont la personnalité morale est définie par son propre acte constitutif et non par le droit international coutumier. Dans ces conditions, il est proposé d'examiner cette question dans le cadre de l'étude de la responsabilité des organisations internationales. Il est extrêmement douteux qu'il faille en faire mention dans une clause de sauvegarde comme celle proposée dans le projet d'article 24.

<sup>56</sup> Voir, par exemple, l'opinion dissidente du juge Krylov (*supra*, note 20), p. 219.

<sup>57</sup> «La protection diplomatique à l'égard d'une organisation internationale», p. 427. Voir également p. 454 et 455.

<sup>58</sup> *Remedies against International Organizations*, p. 74.

<sup>59</sup> Eagleton, *loc. cit.*, p. 411 et 412; Wellens, *op. cit.*, p. 76 à 78; Cançado Trindade, *loc. cit.*, p. 83 à 85; Amerasinghe, *Local Remedies...*, p. 373 à 377; Schermers et Blokker, *op. cit.*, p. 1184 et 1185, par. 1858; Gramlich, «Diplomatic protection against acts of intergovernmental organs», p. 398; Ritter, *loc. cit.*



## D. Article 25

**Les présents articles sont sans préjudice du droit de l'État d'exercer sa protection diplomatique au bénéfice d'un national qui est aussi agent d'une organisation internationale [lorsque cette organisation n'est pas en mesure d'exercer sa protection fonctionnelle au bénéfice de l'intéressé ou lorsqu'elle ne souhaite pas le faire.]**

21. La question de savoir si un État peut exercer sa protection diplomatique au profit d'un de ses nationaux qui est agent d'une organisation internationale relève à l'évidence de la présente étude. Cela ressort des débats qui ont eu lieu aussi bien à la Commission du droit international<sup>60</sup> qu'à la Sixième Commission<sup>61</sup>.

22. Le souci des États pour le droit de protection diplomatique au cas où l'ONU serait autorisée à présenter des réclamations pour le compte de leurs nationaux parce qu'ils sont des agents de l'Organisation<sup>62</sup> transparait dans la question adressée à la CIJ dans l'affaire de la *Réparation*. L'Assemblée générale a demandé à la Cour, si elle décidait que l'ONU avait qualité pour présenter une réclamation à un État en vue d'obtenir la réparation des dommages causés à un agent, de dire «comment l'action de l'Organisation des Nations Unies doit-elle se concilier avec les droits que l'État dont la victime est ressortissante pourrait posséder?»<sup>63</sup>

23. En répondant à cette question, la CIJ a reconnu d'emblée que, en cas de dommage causé à un agent de l'ONU (qui n'est pas un national de l'État défendeur), «le droit de protection diplomatique appartenant à l'État et le droit de protection fonctionnelle appartenant à l'Organisation peuvent se trouver en concurrence»<sup>64</sup>. La Cour a ensuite déclaré:

En pareil cas, il n'existe pas de règle de droit qui attribue une priorité à l'un ou à l'autre, ou qui oblige soit l'État soit l'Organisation à s'abstenir de présenter une réclamation internationale. La Cour ne conçoit pas pourquoi les parties intéressées ne pourraient trouver des solutions inspirées par la bonne volonté et le bon sens; et, pour les rapports entre l'Organisation et ses Membres, elle attire l'attention sur le devoir de ceux-ci de donner «pleine assistance», devoir prévu par l'Article 2, paragraphe 5, de la Charte.

<sup>60</sup> *Annuaire... 2002*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 52 et 53, par. 123.

<sup>61</sup> Lors des débats qui ont eu lieu à la Sixième Commission sur le rapport de la Commission du droit international en 2002 et en 2003, l'idée d'examiner ce sujet a recueilli un certain appui. Voir en particulier les interventions du Maroc [*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-septième session, Sixième Commission*, 21<sup>e</sup> séance (A/C.6/57/SR.21), par. 20], de la République islamique d'Iran (ibid., par. 28), du Portugal [ibid., 24<sup>e</sup> séance (A/C.6/57/SR.24), par. 12] et de l'Algérie [ibid., 26<sup>e</sup> séance (A/C.6/57/SR.26), par. 39] en 2002, et de l'Allemagne [ibid., cinquante-huitième session, Sixième Commission, 14<sup>e</sup> séance (A/C.6/58/SR.14), par. 61], de la République de Corée [ibid., 16<sup>e</sup> séance (A/C.6/58/SR.16), par. 81], du Japon (ibid., par. 86) et du Portugal [ibid., 18<sup>e</sup> séance (A/C.6/58/SR.18), par. 2] en 2003.

<sup>62</sup> Voir les déclarations faites à la Sixième Commission lors du débat qui a précédé l'adoption de la demande d'avis consultatif: *Yearbook of the United Nations, 1948-49* (publication des Nations Unies, numéro de vente: 1950.I.11), p. 936 à 938; *Documents officiels de l'Assemblée générale, troisième session, première partie, Sixième Commission*, 112<sup>e</sup> à 121<sup>e</sup> séances, p. 518 à 610.

<sup>63</sup> *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1949, p. 175.

<sup>64</sup> Ibid., p. 185.

Bien que les bases des deux réclamations soient différentes, cela ne signifie pas que l'État défendeur puisse être contraint à payer deux fois la réparation due à raison du dommage. Les tribunaux internationaux connaissent bien le problème que pose une réclamation à laquelle sont intéressés deux ou plusieurs États nationaux, et ils savent comment protéger, en pareil cas, l'État défendeur.

Le risque de concurrence entre l'Organisation et l'État national peut être réduit ou éliminé, soit par une convention générale, soit par des accords conclus dans chaque cas d'espèce. Il n'est pas douteux qu'avec le temps une pratique se développera, et il convient de se rappeler que déjà certains États, dont les ressortissants ont subi des dommages, au cours de missions entreprises par eux pour le compte de l'Organisation, se sont montrés raisonnablement disposés à rechercher, dans un esprit de coopération, une solution pratique<sup>65</sup>.

La Cour s'est alors penchée sur le problème pouvant se poser si l'agent est un national de l'État défendeur. Elle a déclaré ce qui suit:

La pratique généralement suivie selon laquelle un État n'exerce pas sa protection au profit d'un de ses nationaux contre un État qui considère celui-ci comme son propre national ne constitue pas un précédent dont on puisse se prévaloir ici. En effet, l'action exercée par l'Organisation ne se fonde pas sur la nationalité de la victime mais sur sa qualité d'agent de l'Organisation. Il est donc ici indifférent de savoir si l'État auquel s'adresse la réclamation le considère ou non comme son national, car la question de sa nationalité n'est pas pertinente pour l'admissibilité de la réclamation.

En droit, il ne semble donc pas que la circonstance que l'agent possède la nationalité de l'État défendeur constitue un obstacle à une réclamation présentée par l'Organisation, à raison d'un manquement aux obligations existant envers elle, qui s'est produit dans l'exercice, par cet agent, de sa mission<sup>66</sup>.

La Cour a conclu:

Quand l'Organisation des Nations Unies présente une réclamation en vue d'obtenir la réparation des dommages causés à son agent, elle ne peut le faire qu'en se fondant sur un manquement à des obligations existant envers elle; le respect de cette règle aura d'ordinaire pour conséquence de prévenir un conflit entre l'action de l'Organisation et les droits que pourrait posséder l'État dont la victime est ressortissant et, de la sorte, d'assurer la conciliation de ces réclamations; cette conciliation dépendra pour le surplus de considérations propres à chaque cas d'espèce et d'accords à conclure entre l'Organisation et les divers États individuellement, soit en général, soit dans chaque cas d'espèce<sup>67</sup>.

24. Le fait que la CIJ n'ait pas énoncé de directives claires s'agissant de concilier l'exercice concurrent de la protection fonctionnelle et de la protection diplomatique a troublé des juges dissidents<sup>68</sup> ainsi que des représentants qui ont pris la parole à la Sixième Commission lors du débat sur l'avis consultatif<sup>69</sup>. Aucune proposition précise n'a toutefois été formulée sur la manière de concilier protection diplomatique et protection fonctionnelle, hormis des négociations entre les parties intéressées et la possibilité d'élaborer une convention générale sur le sujet<sup>70</sup>. Que l'on estimait que des négociations *ad hoc* étaient la meilleure solution au problème a été confirmé tant par le

<sup>65</sup> Ibid., p. 185 et 186.

<sup>66</sup> Ibid., p. 186.

<sup>67</sup> Ibid., p. 188.

<sup>68</sup> Voir les opinions des juges Azevedo (ibid., p. 193 à 195) et Krylov (ibid., p. 217 et 218).

<sup>69</sup> Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, quatrième session, Sixième Commission*, 183<sup>e</sup> à 187<sup>e</sup> séances.

<sup>70</sup> M. Maktos (États-Unis d'Amérique), ibid., 183<sup>e</sup> séance, p. 295; Mme Bastid (France), ibid., p. 296; M. Fitzmaurice (Royaume-Uni), 184<sup>e</sup> séance, p. 298 à 300; M. Mattar (Liban), ibid., p. 303 et 304.

rapport du Secrétaire général sur l'avis consultatif<sup>71</sup> que par la résolution adoptée ultérieurement par l'Assemblée générale à ce sujet, qui autorisait «le Secrétaire général à prendre les mesures et à négocier, dans chaque cas particulier, les accords utiles pour concilier l'action de l'Organisation et les droits que pourrait posséder l'État dont la victime est ressortissant<sup>72</sup>». Il est intéressant de noter qu'à la Sixième Commission les orateurs du bloc soviétique ont fermement rejeté l'avis de la Cour au motif qu'il portait atteinte au droit souverain de l'État de protéger ses nationaux<sup>73</sup>.

25. Pour l'essentiel, la relation entre protection fonctionnelle et protection diplomatique soulève quatre questions qui méritent d'être examinées et dont la CIJ était saisie dans l'affaire de la *Réparation*:

- a. la possibilité d'une multiplicité des réclamations;
- b. le droit de l'Organisation des Nations Unies de présenter une réclamation au nom d'un agent contre l'État dont cet agent est un national;
- c. la question de savoir s'il est possible de distinguer clairement entre protection fonctionnelle et protection diplomatique;
- d. la priorité entre les réclamations.

26. Les réclamations multiples ne posent pas de problèmes sérieux. La CIJ a fait observer, dans l'avis consultatif dans l'affaire de la *Réparation*<sup>74</sup>, qu'il ne s'agit pas d'un phénomène nouveau, puisqu'il s'est posé aux tribunaux internationaux confrontés à des réclamations concurrentes du chef de doubles nationaux. Le premier principe en la matière est que l'État défendeur ne doit pas payer deux fois des dommages-intérêts, et ce principe a été avalisé aussi bien par la Cour<sup>75</sup> que par le Secrétaire général dans son rapport sur la mise en œuvre de l'avis consultatif susmentionné<sup>76</sup>. Les projets d'article sur les

réclamations concernant des personnes ayant plusieurs nationalités<sup>77</sup> ne mentionnent pas ce principe évident. Il ne semble donc pas y avoir de raison de l'énoncer dans une disposition sur les cas où protection fonctionnelle et protection diplomatique se trouvent en concurrence.

27. On a estimé qu'en considérant, dans son avis consultatif<sup>78</sup>, qu'une organisation internationale avait qualité pour présenter une réclamation au nom d'un agent contre l'État national de celui-ci la CIJ s'était écartée du principe général<sup>79</sup> en grande partie parce qu'à l'époque, comme l'a reconnu la Cour, aucune règle acceptée du droit international coutumier n'autorisait un État de nationalité à présenter une réclamation au nom d'un double national contre l'autre État de nationalité. Maintenant qu'on admet qu'une telle réclamation peut être présentée lorsque la nationalité de l'État auteur est la nationalité dominante<sup>80</sup>, cet aspect de l'avis de la Cour est conforme aux principes de la protection diplomatique. Il n'est nul besoin de mentionner cette question dans un projet d'articles pour deux raisons: premièrement, le principe est conforme à l'article 6 du présent projet d'articles et, deuxièmement, si l'on tentait d'énoncer un principe sur la nationalité dominante relativement à une organisation internationale, il faudrait examiner les pratiques en matière d'emploi et de nominations suivies par l'organisation en cause, un problème qui ne relève pas de la présente étude.

28. Le moyen le plus efficace de concilier protection fonctionnelle et protection diplomatique serait probablement d'élaborer des directives identifiant clairement les catégories d'agents pouvant bénéficier de la protection fonctionnelle et de définir en outre les paramètres des fonctions ouvrant droit à une telle protection. Après avoir déterminé qui a qualité d'agent et quelles activités relèvent des fonctions officielles aux fins de la protection fonctionnelle, il serait possible de circonscrire cette protection dans des limites clairement définies. Les personnes et les actions entrant dans ces limites seraient habilitées à bénéficier de la seule protection fonctionnelle alors que celles qui n'y entreraient pas pourraient bénéficier de la protection diplomatique. On éliminerait ainsi toute concurrence entre les deux régimes, qui se trouveraient totalement conciliés. En pratique, toutefois, il n'est pas facile de distinguer clairement entre les deux régimes à l'aide de ces critères.

29. Dans son avis consultatif dans l'affaire de la *Réparation*, la CIJ ne donne pas de directives claires sur le sujet. Sur la question de savoir qui est un agent, la Cour déclare qu'elle

comprend le terme «agent» dans le sens le plus large, entendant par là quiconque, fonctionnaire rémunéré ou non, employé à titre permanent ou non, a été chargé par un organe de l'Organisation d'exercer, ou d'aider à exercer, l'une des fonctions de celle-ci, bref, toute personne par qui l'Organisation agit<sup>81</sup>.

<sup>71</sup> Ibid., annexe, doc. A/955, «Réparation pour dommages subis au service de l'Organisation des Nations Unies: avis consultatif de la Cour internationale de Justice et rapport du Secrétaire général». On peut lire, au paragraphe 21 de ce rapport:

«Sous réserve de l'approbation de l'Assemblée générale, le Secrétaire général propose d'adopter la procédure suivante: déterminer quels cas paraissent de nature à engager la responsabilité d'un État; consulter le gouvernement de l'État dont la victime était un ressortissant pour s'assurer si ce gouvernement a une objection quelconque à ce que l'Organisation présente une réclamation, ou s'il désire présenter une réclamation conjointement avec l'Organisation; présenter, dans chaque cas de cette nature, une demande appropriée à l'État intéressé pour entreprendre les négociations en vue de déterminer les faits, ainsi que le montant de la réparation, le cas échéant. Au cas où le Secrétaire général et l'État intéressé manifesteraient des opinions divergentes qu'il ne serait pas possible de concilier par voie de négociations, on proposerait de soumettre le différend à l'arbitrage. Le tribunal d'arbitrage serait composé d'un arbitre désigné par le Secrétaire général, d'un arbitre désigné par l'État intéressé et d'un troisième arbitre désigné en commun accord par les deux premiers arbitres ou, si ces derniers ne peuvent s'entendre sur ce point, par le Président de la Cour internationale de Justice.»

<sup>72</sup> Résolution 365 (IV), par. 2.

<sup>73</sup> Voir *supra* la note 69: M. Koretsky (Union des Républiques socialistes soviétiques), 183<sup>e</sup> séance, p. 296; M. Krajewski (Pologne), 184<sup>e</sup> séance, p. 297 et 298; M. Gottlieb (Tchécoslovaquie), *ibid.*, p. 305. Voir également Mitrofanov, *Les fonctionnaires des organisations internationales*, p. 48.

<sup>74</sup> C.I.J. *Recueil* 1949, p. 185, cité au paragraphe 23 ci-dessus. Voir également Kudriavtzev, *Cours de droit international*, p. 79.

<sup>75</sup> C.I.J. *Recueil* 1949, p. 186, cité au paragraphe 23 ci-dessus.

<sup>76</sup> A/955 (voir *supra* la note 71), par. 23.

<sup>77</sup> Articles 5 et 7.

<sup>78</sup> *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, C.I.J. *Recueil* 1949, p. 186.

<sup>79</sup> Voir l'observation du juge Krylov, *ibid.*, p. 218. Voir également Boyars, *Citizenship in International and National Law*, p. 68.

<sup>80</sup> Voir l'article 6 du présent projet d'articles, *Annuaire... 2002*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 71, par. 280. Voir également Vereshchetin, *Droit international*, p. 75.

<sup>81</sup> C.I.J. *Recueil* 1949, p. 177.

S'agissant du type de fonctions appelant une protection, on se souviendra que, dans l'avis susmentionné, la Cour avait affaire à un préjudice subi directement par un agent dans l'exercice de ses fonctions. C'est ce qu'a souligné M. Kerno, qui a fait valoir au nom de l'ONU que celle-ci ne se prévalait pas d'un droit général à faire siennes les réclamations de ses fonctionnaires mais uniquement d'un droit limité s'agissant des dommages subis dans l'exercice de fonctions officielles<sup>82</sup>. La Cour a donc abordé la question dont elle était saisie en considérant qu'elle présupposait

que le dommage à raison duquel est demandée la réparation naît du manquement à une obligation destinée à aider un agent de l'Organisation *dans l'exercice de ses fonctions*\*. Il ne s'agit pas d'un cas dans lequel l'acte ou l'omission illicite constitueraient seulement une violation des obligations générales incombant à l'État à l'égard de la condition des étrangers; les réclamations présentées à ce titre ressortiraient à la compétence de l'État national et non en règle générale à celle de l'Organisation<sup>83</sup>.

De plus, la Cour a indiqué qu'elle ne songeait qu'aux fonctions officielles de l'agent lorsqu'elle a déclaré que:

[L]Organisation peut constater la nécessité – et a en fait constaté la nécessité – de confier à ses agents des missions importantes qui doivent être effectuées dans des régions troublées du monde. De telles missions, par leur nature, exposent souvent les agents à des dangers exceptionnels auxquels les personnes ne sont pas exposées d'ordinaire<sup>84</sup>.

L'avis de la Cour peut être interprété comme autorisant à considérer que l'ONU dispose d'un droit de protection lorsqu'un fonctionnaire subit un préjudice dans l'exercice de ses fonctions officielles mais non dans l'exercice d'une activité privée<sup>85</sup>.

30. Dans l'opinion individuelle qu'il a jointe à l'avis dans l'affaire de la *Réparation*, le juge Azevedo a souligné que le terme «agent» se prêtait à différentes interprétations. Selon lui, il fallait notamment entendre par «agent» les fonctionnaires ou les experts nommés directement par l'Organisation, quelle que soit leur nationalité, mais non les représentants des États membres ou les experts nommés eu égard à leur nationalité<sup>86</sup>. Le terme «agent» désigne-t-il aussi, selon cette interprétation, un rapporteur spécial nommé directement par l'ONU, quelle que soit sa nationalité, mais non les membres de la CDI élus par l'Assemblée générale en tenant compte des impératifs de la répartition géographique? Cette question illustre l'incertitude qui s'attache au terme «agent».

31. La question de savoir quels sont les actes qui relèvent de l'exercice de fonctions officielles est encore plus controversée. À l'évidence, il y a en la matière des certitudes, mais de nombreux problèmes non résolus

<sup>82</sup> C.I.J. *Mémoires, Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, p. 65.

<sup>83</sup> C.I.J. *Recueil 1949*, p. 182.

<sup>84</sup> *Ibid.*, p. 183.

<sup>85</sup> Seyesterd, loc. cit., p. 424; Amerasinghe, *Principles...*, p. 440. Cette interprétation de l'avis dans l'affaire de la *Réparation* a été suivie par le Tribunal administratif de l'OIT dans l'affaire *Jurado* (voir *supra* la note 46). Voir également Remiro Brotóns et al., *Derecho internacional*, p. 514 et 515.

<sup>86</sup> C.I.J. *Recueil 1949*, p. 195; voir également l'opinion dissidente du juge Krylov, *ibid.*, p. 218. Voir Hardy, loc. cit., p. 522 et 523, qui estime qu'il doit y avoir un «lien effectif» entre l'Organisation et l'agent. Le Représentant du Portugal a émis une opinion similaire lors du débat qui a eu lieu à la Sixième Commission en 2003 [*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-huitième session, Sixième Commission*, 18<sup>e</sup> séance (A/C.6/58/SR.18), par. 2].

demeurent dans un «clair-obscur», pour utiliser les termes employés par Fuller<sup>87</sup>. L'Organisation des Nations Unies peut-elle exercer sa protection fonctionnelle lorsque le propriétaire d'un agent, irrité par le non-paiement du loyer, fait irruption dans son bureau à l'Organisation et fait feu sur lui? Les exemples de ce type sont légion. Hardy, après en avoir examiné, et rappelant l'observation de la CIJ selon laquelle «[q]uand l'Organisation des Nations Unies présente une réclamation en vue d'obtenir la réparation des dommages causés à son agent, elle ne peut le faire qu'en se fondant sur un manquement à des obligations existant envers elle»<sup>88</sup>, fait valoir ce qui suit:

Ainsi, bien que l'avis envisage uniquement les réclamations faisant état de dommages subis durant l'exercice des fonctions, on peut estimer que cet avis autorise la présentation de réclamations sur une base moins limitée, à savoir du fait de violations d'obligations dues à l'Organisation elle-même, dont l'objet est de sauvegarder l'agent dans l'intérêt de l'Organisation<sup>89</sup>.

32. Étant donné les incertitudes qui entourent le terme «agent» et l'étendue des fonctions officielles, il semble peu judicieux d'élaborer une disposition stipulant qu'une organisation internationale peut exercer sa protection fonctionnelle à raison des dommages causés à ses agents dans l'exercice de leurs fonctions officielles et que tous les autres dommages qui leur sont causés relèvent de la protection diplomatique<sup>90</sup>. Une telle disposition serait non seulement viciée par l'incertitude régnant en la matière, mais elle empiéterait sur le domaine de la protection fonctionnelle qui, on l'admet généralement, peut faire l'objet d'une autre étude.

33. L'idée que le critère à employer pour déterminer si c'est l'organisation internationale ou l'État de nationalité qui doit exercer sa protection est celui de la prépondérance – le fait internationalement illicite était-il dirigé en premier lieu contre l'organisation internationale ou contre l'État de nationalité de l'agent lésé? – pêche pour des raisons similaires. Dans les situations de clair-obscur comme celles visées au paragraphe 31 *supra*, lorsqu'on ne sait pas si l'agent exerçait des fonctions officielles au moment où il a subi le dommage, il ne sera pas possible de déterminer s'il a été lésé parce qu'il était fonctionnaire de l'organisation internationale ou parce qu'il était le national de tel ou tel État. De fait, dans de nombreux cas de ce type, les fonctionnaires sont visés pour des raisons indépendantes de l'emploi ou la nationalité.

34. Il pourrait être préférable, pour concilier d'éventuelles réclamations concurrentes, de donner la priorité à la protection fonctionnelle lorsqu'elle est en conflit avec la protection diplomatique. Le principal partisan de cette solution est Eagleton qui, lors des cours qu'il a donnés à La Haye en 1950<sup>91</sup>, avançait les raisons ci-après pour accorder la priorité aux réclamations de l'Organisation des Nations Unies:

<sup>87</sup> «Positivism and fidelity to law: a reply to Professor Hart», p. 635.

<sup>88</sup> *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, avis consultatif, C.I.J. *Recueil 1949*, p. 188.

<sup>89</sup> Loc. cit., p. 520.

<sup>90</sup> Une proposition dans ce sens a été présentée par la République de Corée à la Sixième Commission en 2003 [*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-huitième session, Sixième Commission*, 16<sup>e</sup> séance (A/C.6/58/SR.16), par. 81].

<sup>91</sup> Loc. cit., p. 361 à 363.

a. Il est important pour l'Organisation d'être en mesure de protéger ses agents. C'est uniquement à cause de l'Organisation que l'agent a été mis en péril, et l'Organisation doit donc assumer la responsabilité de sa protection. Il importe que l'ONU puisse montrer à ses employés potentiels qu'elle est prête à les protéger, et cette protection ne peut être laissée à l'État de nationalité, qui peut n'être pas toujours désireux d'accorder une protection adéquate ni en mesure de le faire.

b. Souvent, l'État de nationalité ne se soucie pas de présenter une réclamation et pourrait «être très content d'être soulagé du fardeau<sup>92</sup>» que cela représente, étant donné les frais, le fait que l'État n'est probablement pas au courant des circonstances de l'affaire et le risque de gêner ses relations avec l'État défendeur.

c. L'État défendeur, en particulier s'il s'agit d'un petit État, préférera en général traiter avec l'ONU plutôt qu'avec un autre État (en particulier un État plus puissant ou agressif).

d. L'agent intéressé préférera invariablement que sa réclamation soit présentée par l'ONU plutôt que par l'État de sa nationalité. Souvent, on ne sait pas si l'État de nationalité entend exercer sa protection diplomatique et, même s'il le fait, avec quelle vigueur il prendra fait et cause pour son national, compte tenu des considérations politiques. De plus, les petits États, en particulier, n'ont pas le même pouvoir politique, n'atteignent pas les mêmes niveaux de publicité et ne suscitent pas la même sympathie que l'Organisation.

e. Étant donné l'Article 100 de la Charte des Nations Unies, qui exige des fonctionnaires de l'Organisation qu'ils se montrent loyaux envers l'Organisation et n'acceptent pas d'instructions de leur État de nationalité, l'agent a un lien plus étroit et plus pertinent avec l'ONU qu'avec son État national.

f. Le droit international exige que les fonctionnaires soient protégés avec davantage de diligence que les personnes privées<sup>93</sup>. Pour cette raison, l'individu lésé préférera que ce soit l'ONU plutôt que son propre État qui présente sa réclamation.

g. L'Organisation des Nations Unies «constitue un tout plus important qu'aucune de ses parties<sup>94</sup>». C'est pourquoi, par analogie avec l'Article 103 de la Charte, les intérêts de l'Organisation doivent prévaloir sur ceux des États Membres en cas de conflit.

35. Les arguments avancés par Eagleton pour l'octroi d'une priorité à l'ONU ne sont pas sans mérite. Il n'est toutefois pas sûr qu'ils soient aussi convaincants en ce qui concerne les autres organisations internationales, car plusieurs d'entre eux invoquent l'autorité de la Charte des Nations Unies comme la loi suprême. De plus, rien dans la pratique de l'Organisation ne vient étayer ce principe de priorité. Malgré cela, le principe selon lequel la réclamation d'une organisation internationale visant à protéger ses agents a la priorité est consacré entre crochets à l'article 25. Le texte entre crochets donne à l'organisation internationale la faculté d'exercer en premier sa

protection fonctionnelle contre l'État responsable. Elle peut n'être pas en mesure de le faire pour plusieurs raisons. Par exemple, l'«agent» peut ne pas avoir droit à une protection, le préjudice peut avoir été subi hors de l'exercice des fonctions officielles, ou la constitution de l'Organisation peut ne pas reconnaître la protection fonctionnelle en général ou dans les circonstances particulières de l'espèce. Dans un tel cas, le droit résiduel de l'État de nationalité de l'agent prend effet si cet État décide d'exercer sa protection diplomatique. Ce droit résiduel naît également lorsque, compte tenu des faits de l'espèce, l'organisation décide, de manière discrétionnaire, de ne pas exercer sa protection (bien qu'il ne soit pas certain que cela soit possible compte tenu de la jurisprudence relevant à la charge des organisations l'obligation d'accorder leur protection fonctionnelle à leurs agents à raison des préjudices subis au cours de l'exercice de fonctions officielles)<sup>95</sup>.

36. La Commission préférera peut-être adopter une disposition se limitant à reconnaître le droit de l'État d'exercer sa protection diplomatique lorsque la protection fonctionnelle peut aussi être exercée, en omettant la formule donnant priorité à la protection fonctionnelle qui figure entre crochets. Cela serait conforme à la position adoptée par la CIJ dans son avis consultatif dans l'affaire de la *Réparation*<sup>96</sup>, et par le Secrétaire général dans son rapport établi au sujet de cet avis<sup>97</sup>, selon laquelle «il n'existe pas de règle de droit qui attribue une priorité à l'un[e] [des réclamations] ou à l'autre» et laisse à la «bonne volonté et [au] sens commun»<sup>98</sup> des parties concernées le soin de concilier les réclamations en concurrence par la négociation et par voie d'accord. Que cette approche pragmatique présente des avantages<sup>99</sup> est confirmée par le fait qu'en pratique les réclamations en concurrence ont été conciliées par la négociation<sup>100</sup> et, à la connaissance du Rapporteur spécial, jamais un conflit potentiel entre une organisation et l'État de nationalité n'a vu le jour. Par contre, on pourrait dire qu'en l'absence du principe de priorité la disposition n'ajoute pas grand chose au droit existant et énonce une évidence, et qu'on peut donc l'omettre totalement.

<sup>95</sup> Voir la jurisprudence citée dans la note 53 ci-dessus.

<sup>96</sup> *C.I.J. Recueil 1949*, p. 185, 186 et 188.

<sup>97</sup> A/955 (voir *supra* la note 71). Voir également Remiro Brotons *et al.*, op. cit., p. 515.

<sup>98</sup> *C.I.J. Recueil 1949*, p. 185 et 186.

<sup>99</sup> Durant le débat qui a eu lieu en 2003 à la Sixième Commission sur le rapport de la Commission du droit international, l'Allemagne a fait une proposition pragmatique qui consacre le principe de priorité [résumée dans *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-huitième session, Sixième Commission, 14<sup>e</sup> séance (A/C.6/58/SR.14)*, par. 61]:

«S'agissant de la concurrence entre le droit de protection diplomatique de l'État de nationalité de l'agent et celui de l'organisation, il conviendrait d'adopter une approche pragmatique. Comme la protection diplomatique concerne le droit de l'État ou de l'organisation internationale, l'Allemagne considère que le critère décisif devrait consister à déterminer si le fait internationalement illicite est principalement dirigé contre l'organisation ou contre l'État de nationalité de l'agent. Toutefois, la personne internationale la moins affectée, que ce soit l'organisation ou l'État, devrait être habilitée à exercer le droit de protection diplomatique si celle qui est la plus affectée n'est pas capable ou ne souhaite pas le faire.»

<sup>100</sup> Voir le rapport relatif aux négociations menées par le Secrétaire général avec la France, la Norvège, la Suède et les États-Unis avant de prendre des mesures en ce qui concerne les agents de l'Organisation tués ou blessés au Moyen-Orient en 1948: rapports du Secrétaire général sur l'état des affaires de réclamation pour dommages subis au service de l'Organisation des Nations Unies [A/1287, A/1844, A/1851 et A/2141 (*supra*, note 47)].

<sup>92</sup> *Ibid.*, p. 361.

<sup>93</sup> Voir sur cette question Hardy, loc. cit., p. 517.

<sup>94</sup> Eagleton, loc. cit., p. 364.

## CHAPITRE IV

## Droits de l'homme, protection diplomatique et clause de sauvegarde générale

## A. Article 26

**Les présents articles sont sans préjudice du droit qu'un État autre qu'un État habilité à exercer sa protection diplomatique ou un individu peut posséder en raison d'un fait internationalement illicite.**

37. Dans le premier rapport qu'il a présenté sur la protection diplomatique en 2000, l'actuel Rapporteur spécial faisait observer que les règles du droit international coutumier sur la protection diplomatique qui s'étaient constituées au fil des siècles et les principes plus récents régissant la protection des droits de l'homme se complétaient et, en dernière analyse, avaient le même objet – la protection des droits de l'homme<sup>101</sup>. Les présents projets d'article devraient donc indiquer clairement qu'ils ne visent pas à écarter ni à priver d'effet le droit des États autres que l'État de nationalité d'une personne lésée de protéger cette personne en vertu soit du droit international coutumier, soit d'un traité multilatéral ou bilatéral relatif aux droits de l'homme.

38. Un État peut protéger une personne lésée qui n'est pas son national contre l'État de nationalité ou contre un État tiers dans le cadre des procédures gouvernementales prévues par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques<sup>102</sup>, la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale<sup>103</sup>, la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants<sup>104</sup>, la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme)<sup>105</sup>, la Convention américaine relative aux droits de l'homme (Pacte de San José de Costa Rica)<sup>106</sup> et la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples<sup>107</sup>. De même, le droit international coutumier permet aux États de protéger les droits de non-nationaux au moyen de protestations, de négociations et, si un instrument juridictionnel les y autorise, dans le cadre d'une procédure judiciaire. La décision de la CIJ rendue en 1966 dans l'affaire du *Sud-Ouest africain*<sup>108</sup>, selon laquelle un État ne peut engager une instance judiciaire pour protéger les droits de non-nationaux, est aujourd'hui considérée comme non conforme au droit et a été expressément révoquée par la Commission dans son projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite<sup>109</sup>. De plus, l'article 48 de ce projet autorise un État

autre que l'État lésé à invoquer la responsabilité d'un autre État si l'obligation violée est due à la communauté internationale dans son ensemble.

39. L'individu est aussi investi de droits et de recours pour se protéger contre l'État auteur du fait illicite, qu'il s'agisse de son État national ou d'un autre État, en vertu de conventions internationales relatives aux droits de l'homme. Une clause de sauvegarde a été insérée dans le projet d'articles sur la responsabilité de l'État – l'article 33 – pour tenir compte de cette évolution.

40. Dans ces conditions, il pourrait être judicieux, dans le présent projet d'articles, de faire figurer une clause de sauvegarde telle que celle qui figure à l'article 26.

## B. Variante pour l'article 21

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

41. Lors des débats qui ont eu lieu à la Commission du droit international<sup>110</sup> et à la Sixième Commission sur la proposition tendant à faire figurer dans le présent projet d'articles une clause relative à la *lex specialis* afin qu'il ne s'applique pas lorsque la protection des sociétés ou de leurs actionnaires est régie par des règles spéciales du droit international<sup>111</sup>, on a dit qu'il pourrait être préférable d'élaborer une clause «sans préjudice» générale couvrant à la fois les traités bilatéraux d'investissement et les traités relatifs aux droits de l'homme. Cela indiquerait clairement que les présents projets d'article sont sans préjudice de l'existence et de l'application d'autres régimes juridiques régissant la protection des personnes physiques et morales ou de leurs biens. La décision de la Commission de renvoyer le projet d'article 21 sur la *lex specialis* au Comité de rédaction afin qu'il soit remanié et placé à la fin du projet d'articles, éventuellement en tant que clause «sans préjudice»<sup>112</sup>, visait probablement cet objectif. On peut contester qu'il soit souhaitable d'élaborer une clause de sauvegarde générale couvrant deux régimes juridiques se substituant à la protection diplomatique aussi différents que ceux qui instituent les traités bilatéraux d'investissement et les traités relatifs aux droits de l'homme. Une telle clause pourrait toutefois être rédigée comme proposé ci-dessus.

42. Une clause de sauvegarde générale de ce type garantirait que les États et les sociétés et leurs actionnaires sont habilités à invoquer les droits et les recours prévus

<sup>101</sup> *Annuaire... 2000*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), doc. A/CN.4/506 et Add.1, en particulier p. 228 à 230, par. 22 à 32. Au paragraphe 32, le Rapporteur spécial écrivait que «la protection diplomatique demeure une arme de choix pour la défense des droits de l'homme».

<sup>102</sup> Art. 41.

<sup>103</sup> Art. 11.

<sup>104</sup> Art. 21.

<sup>105</sup> Art. 24.

<sup>106</sup> Art. 45.

<sup>107</sup> Art. 47 à 54.

<sup>108</sup> Deuxième phase, arrêt, *C.I.J. Recueil 1966*, p. 6.

<sup>109</sup> *Annuaire... 2001*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), commentaire de l'article 48, note 725, p. 136.

<sup>110</sup> *Annuaire... 2003*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 31 à 33, par. 124 à 139.

<sup>111</sup> *Ibid.*, article 21 du présent projet d'articles, note 82, p. 31.

<sup>112</sup> *Ibid.*, p. 33, par. 139.

dans les traités bilatéraux visant à protéger l'investissement étranger, sans les priver du droit d'invoquer le droit international coutumier de la protection diplomatique afin d'étayer ou de compléter leurs réclamations. Dans le même temps, elle permettrait aussi bien à l'État de nationalité de la personne lésée et aux autres États qu'à la personne lésée elle-même d'exercer les recours prévus par les conventions internationales relatives aux droits de l'homme, là encore sans les priver du droit d'invoquer les principes de la protection diplomatique susceptibles de les aider dans leur demande. La phrase entre crochets est probablement superflue, mais elle appelle l'attention sur le fait que les procédures visées dans cette

clause de sauvegarde viennent compléter la protection diplomatique.

43. La protection diplomatique, les traités bilatéraux d'investissements et les traités relatifs aux droits de l'homme sont des mécanismes visant à protéger les personnes auxquelles un fait internationalement illicite a causé un préjudice. Ils sont censés se compléter et se renforcer mutuellement dans la réalisation de cet objectif. Les présents articles devraient indiquer clairement que ces régimes ne sont pas en concurrence et ne s'excluent pas mutuellement. L'article proposé, tel que reformulé, vise à atteindre cet objectif.

## CHAPITRE V

### Protection diplomatique de l'équipage d'un navire par l'État du pavillon

#### Article 27

**L'État de nationalité d'un navire est habilité à exercer sa protection diplomatique au bénéfice de l'équipage du navire, que les membres de celui-ci soient ou non ses nationaux, lorsqu'ils ont été lésés par un préjudice causé au navire par un fait internationalement illicite.**

44. La pratique des États, telle que reflétée dans la jurisprudence et la doctrine, confirme dans une certaine mesure que l'État de nationalité d'un navire (l'État du pavillon) peut protéger les membres de l'équipage de ce navire qui n'ont pas sa nationalité. De solides considérations d'ordre public militent aussi en faveur d'une telle approche.

45. La pratique émane surtout des États-Unis d'Amérique. En droit américain, les gens de mer étrangers ont traditionnellement droit à la protection des États-Unis lorsqu'ils servent à bord de navires américains<sup>113</sup>. Aux fins de la protection, l'expression «matelots américains» désignait également les étrangers embarquant régulièrement sur des navires américains dans un port des États-Unis ou dans un port étranger s'ils déclaraient avoir l'intention de devenir des citoyens américains<sup>114</sup>. Une fois qu'un marin étranger avait ainsi acquis la qualité de marin américain, il pouvait embarquer dans des ports étrangers sans perdre les droits et privilèges que lui conféraient les lois des États-Unis<sup>115</sup>. Pour les États-Unis, une fois qu'un marin prenait du service à bord d'un navire, la seule nationalité pertinente était celle de l'État du pavillon<sup>116</sup>.

Dans l'affaire *Ross*, la Cour suprême des États-Unis a appliqué ce principe, jugeant qu'elle avait compétence à l'égard d'un sujet britannique employé à bord d'un navire américain parce que:

En s'engageant [...], il est devenu un marin américain, membre d'un équipage américain à bord d'un navire américain; en tant que tel, il a droit à la protection et aux bienfaits de toutes les lois votées par le Congrès au bénéfice des marins américains, et est soumis à toutes les obligations et responsabilités qu'elles prévoient<sup>117</sup>.

La Cour a noté que, bien qu'il fût sujet britannique, étant en service à bord d'un navire américain, il devait temporairement allégeance aux États-Unis et ne pouvait donc compter sur la protection du Gouvernement britannique. Il pouvait par contre «insister pour être traité comme un marin américain et invoquer pour sa protection toute la puissance des États-Unis susceptible d'être exercée pour la protection des marins nés américains<sup>118</sup>». Ce statut unique des étrangers en service à bord des navires américains a toujours été réaffirmé dans les communications diplomatiques et règlements consulaires des États-Unis<sup>119</sup>. Par exemple, malgré les lois d'exclusion visant les Chinois, les marins chinois avaient droit à la même protection que les marins américains dès lors qu'ils étaient en service à bord de navires américains<sup>120</sup>. Dans le cadre de représentations faites au Gouvernement chinois au sujet de dommages subis par des membres de l'équipage d'un navire américain, le Gouvernement des États-Unis déclarait qu'en qualité de marins les membres de l'équipage avaient droit à la protection du Gouvernement quelle que soit leur nationalité<sup>121</sup>. Le bombardement du navire américain *President Hoover* au voisinage de Shanghai en 1937 amena le Département d'État à adresser à l'ambassade des États-Unis à Nanjing des instructions indiquant que, «quelle que soit la nationalité des membres de l'équipage

<sup>113</sup> Borchart, op. cit., p. 475; O'Connell, op. cit., p. 1050.

<sup>114</sup> Borchart, op. cit., p. 475. Une loi de 1870 disposait: «Tout matelot étranger qui déclare avoir l'intention de devenir citoyen des États-Unis devant un tribunal compétent est, à toutes fins de protection en qualité de citoyen américain, considéré comme tel après le dépôt de la déclaration de son intention de devenir citoyen américain.» [Sect. 2174, *Revised Statutes of the United States 1873-74*, Washington, United States Government Printing Office, 1875; abrogée et remise en vigueur en 1918 (40 Stat. 542); abrogée en 1935 (49 Stat 376).]

<sup>115</sup> Hackworth, op. cit., vol. IV, p. 883.

<sup>116</sup> Affaire *Ross* (1891), *United States Reports*, vol. 140, p. 453.

<sup>117</sup> Ibid., p. 472. Voir également Moore, *A Digest of International Law*, p. 797.

<sup>118</sup> Ibid.

<sup>119</sup> *Regulations Prescribed for the Use of the Consular Service*, Washington, United States Government Printing Office, 1888, sect. 171 et 172; voir également Hyde, *International Law Chiefly as Interpreted and Applied by the United States*, p. 1180.

<sup>120</sup> Voir Moore, *A Digest...*, p. 798.

<sup>121</sup> Hackworth, op. cit., vol. IV, p. 884.

survivants, ils sont, en tant que marins américains à bord d'un navire américain, considérés comme ayant droit à l'assistance du Gouvernement des États-Unis<sup>122</sup>». Cette pratique a été confirmée par les instructions générales du Département d'État à l'intention des auteurs de réclamations, qui disposaient :

Le Gouvernement des États-Unis ne peut intervenir effectivement par la voie diplomatique qu'en son nom propre, ou au nom d'auteurs de réclamations (1) qui ont la nationalité américaine [...] ou (2) qui ont à un autre titre droit dans certains cas à la protection des États-Unis (certaines catégories de gens de mer à bord de navires américains, les membres des forces armées ou navales des États-Unis, etc.). À moins, donc, que l'auteur de la réclamation n'entre dans l'une de ces catégories, le Gouvernement ne peut s'engager à présenter sa réclamation à un gouvernement étranger<sup>123</sup>.

46. Il n'est pas certain que la pratique des États-Unis constitue la preuve de l'existence d'une règle coutumière en faveur de la protection des membres de l'équipage d'un navire par l'État du pavillon. Dans un article fondamental sur le sujet qu'il a publié en 1958<sup>124</sup>, Watts affirmait que la pratique américaine avait son origine dans la résistance à la revendication par le Gouvernement britannique durant les guerres napoléoniennes d'un droit d'arraisonner et de perquisitionner les navires étrangers privés en haute mer à la recherche de déserteurs ou de personnes soumises aux obligations militaires en Angleterre. En conséquence, elle «semblerait être née dans des circonstances qui rendent son application suspecte relativement à la nationalité des réclamations<sup>125</sup>». Dans une communication datée du 16 mai 2003 adressée à la CDI, le Département d'État des États-Unis a fait sienne la position de Watts, confirmant que sa pratique consistant à accorder la protection diplomatique aux membres des équipages américains ressortissants d'un État tiers «a son origine dans l'opposition des États-Unis à l'enrôlement forcé par les Britanniques de marins se trouvant à bord de navires marchands battant pavillon des États-Unis et naviguant en haute mer, en particulier durant les guerres napoléoniennes<sup>126</sup>». Cette explication historique de l'origine de la pratique des États-Unis, et le fait que les États-Unis n'y ont pas adhéré avec constance comme le montre la position contraire qu'ils ont prise dans l'affaire du SS «I'm Alone»<sup>127</sup>, ont amené le Département des États-Unis à mettre en doute l'existence d'une règle coutumière autorisant l'État de nationalité d'un navire à protéger les membres d'équipage ressortissants d'États tiers et de proposer que cette question ne soit pas traitée dans les présents projets d'article.

47. Bien que le Royaume-Uni n'ait dans son droit interne aucune disposition lui permettant de présenter des réclamations au nom de marins étrangers<sup>128</sup>, la

présentation de telles réclamations a dans une certaine mesure reçu l'appui de la pratique et de la jurisprudence. En 1804, Sir William Scott a rendu un avis dans lequel il semblait supposer qu'un matelot étranger se domiciliant au Royaume-Uni «acquiert [ce faisant] la qualité de marin britannique» et avait dès lors droit à «tous les avantages de la protection et de la navigation britanniques»<sup>129</sup>. De plus, dans l'affaire *R. c. Carr* (1882), la Queens Bench Division a déclaré, en des termes semblables à ceux utilisés par la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Ross*:

Le vrai principe est qu'une personne qui monte à bord d'un navire britannique, où la loi anglaise s'applique, se place sous la protection du drapeau britannique et, du même coup, s'il acquiert un droit à la protection de notre loi, il se place, ce faisant, sous son empire et est passible des peines qu'elle inflige à ceux qui violent ses prescriptions<sup>130</sup>.

48. Les sentences arbitrales internationales ne sont pas concluantes s'agissant du droit de l'État d'exercer sa protection diplomatique au profit de marins étrangers, mais elles tendent à reconnaître un tel droit. Dans l'affaire *Francis McCready v. Mexico*, l'arbitre, Sir Edward Thornton, a déclaré ce qui suit: «les marins en service dans la marine de guerre ou la marine marchande sous un drapeau qui n'est pas le leur ont droit, pendant la durée de ce service, à la protection du drapeau sous lequel ils servent<sup>131</sup>». (Aussi bien Schwarzenberger<sup>132</sup> que Watts<sup>133</sup> ont déclaré qu'une telle conclusion n'était pas nécessaire en l'espèce puisque certains éléments de preuve attestaient que l'auteur de la réclamation avait droit à la nationalité américaine.) Dans l'affaire *Richelieu (US) v. Spain*, la Commission espagnole des réclamations a rendu une sentence en faveur de Richelieu, «un Français qui, en 1872, a déclaré son intention de devenir citoyen des États-Unis et a ultérieurement exercé les fonctions de matelot et de steward à bord de navires marchands américains pendant plus de 25 ans<sup>134</sup>». (Mais, là encore, Watts conteste l'intérêt de cette sentence, affirmant que Richelieu avait probablement perdu sa nationalité française et était devenu *de facto* citoyen américain<sup>135</sup>.) Dans les affaires *Patrick Shields v. Chile*<sup>136</sup> et *Hilson*<sup>137</sup>, la prétention des États-Unis au droit de protéger les étrangers en service à bord de navires des États-Unis a été écartée mais principalement parce que, dans ces deux affaires, le compromis limitait expressément les réclamations aux citoyens des États-Unis<sup>138</sup>.

*de discussion établies par le Comité préparatoire à l'intention de la Conférence, t. III: Responsabilité des États en ce qui concerne les dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers (C.75.M.69.1929.V), p. 206.*

<sup>129</sup> McNair, *International Law Opinions*, p. 171.

<sup>130</sup> *Law Reports*, Queen's Bench Division, vol. 10, 1882, p. 85. Voir également *R. c. Anderson*, *All England Law Reports 1861-1873*, p. 1000.

<sup>131</sup> Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party*, p. 2537.

<sup>132</sup> *Op. cit.*, p. 593 et 594.

<sup>133</sup> *Loc. cit.*, p. 710.

<sup>134</sup> Cité par Watts, *loc. cit.*, p. 694.

<sup>135</sup> *Ibid.*, p. 710.

<sup>136</sup> Moore, *History and Digest...*, p. 2557.

<sup>137</sup> Décision du 22 avril 1925 (voir *supra* la note 123), p. 176. Voir toutefois l'opinion du commissaire américain, qui a vigoureusement défendu le droit de protéger les membres d'équipage étrangers (p. 178).

<sup>138</sup> Schwarzenberger, *op. cit.*, p. 594.

<sup>122</sup> *Ibid.*, vol. III, p. 418.

<sup>123</sup> *Edward A. Hilson (États-Unis) c. Allemagne*, décision du 22 avril 1925, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VII (numéro de vente: 1956.V.5), p. 177.

<sup>124</sup> «The protection of alien seamen».

<sup>125</sup> *Ibid.*, p. 708.

<sup>126</sup> Cette communication se trouve dans les archives de la Division de la codification du Bureau des affaires juridiques de l'Organisation des Nations Unies.

<sup>127</sup> Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (numéro de vente: 1949.V.2), p. 1609. Évoquée au paragraphe 49 ci-après.

<sup>128</sup> Voir la réponse du Gouvernement britannique au questionnaire de la Commission préparatoire de la Conférence pour la codification du droit international (La Haye, 1930), Société des Nations, *Bases*

49. Dans l'affaire du *SS «I'm Alone»*<sup>139</sup>, qui faisait suite à un incident au cours duquel un navire garde-côte américain avait coulé un navire canadien, le Gouvernement canadien a réclamé une indemnisation au nom de trois membres étrangers de l'équipage, affirmant que lorsqu'une réclamation était faite pour un navire, les membres de l'équipage devaient être réputés, aux fins de la réclamation, avoir la même nationalité que le navire<sup>140</sup>. Ironiquement, les États-Unis ont contesté le droit du Canada de présenter une réclamation au nom de non-nationaux. La Commission, sans examiner la question de la nationalité, a accordé une indemnisation pour les trois marins non canadiens.

50. Dans l'avis consultatif rendu dans l'affaire de la *Réparation*<sup>141</sup>, deux juges, dans leurs opinions dissidentes, ont défendu le droit d'un État d'exercer sa protection diplomatique au profit de membres d'équipage étrangers. Le juge Hackworth a déclaré ce qui suit:

La nationalité est une condition *sine qua non* pour que l'on puisse prendre en main une réclamation diplomatique présentée pour le compte d'un demandeur privé. Indépendamment de la situation particulière dans laquelle se trouvent des personnes protégées en vertu de certains traités, et celle des marins et des étrangers qui servent dans les forces armées – toutes ces personnes sont assimilées, au point de vue de leur statut, à des nationaux –, c'est un principe bien établi que le droit de protection est limité aux ressortissants de l'État protecteur<sup>142</sup>.

Dans son opinion dissidente, le juge Badawi Pasha a estimé que la déclaration de la CIJ selon laquelle la règle traditionnelle de la nationalité des réclamations «comporte d'importantes exceptions<sup>143</sup>» semblait «se rattacher aux cas de protection du pavillon [...], où la protection s'étend à toute personne dans le navire [...], indépendamment de la nationalité<sup>144</sup>».

51. La doctrine est prolixe sur le sujet et, comme on peut s'y attendre, compte tenu de la pratique et de la jurisprudence évoquées ci-dessus, elle est divisée dans son appui à un tel droit. Par exemple, si Watts<sup>145</sup> et Schwarzenberger<sup>146</sup> mettent en doute l'existence d'un tel droit, Brownlie<sup>147</sup>, Dolzer<sup>148</sup> et Meyers<sup>149</sup> défendent l'existence d'une règle coutumière en ce sens. De fait, Meyers, écrivant en 1967, déclare qu'il «ne connaît aucune affaire dans laquelle une cour ou un tribunal international a considéré que l'État du pavillon n'était pas autorisé à protéger un membre étranger de l'équipage<sup>150</sup>».

52. En 1999, le Tribunal international du droit de la mer a rendu sa décision dans l'affaire du *Saïga*<sup>151</sup>, qui retient,

mais non sans ambiguïté, le droit de l'État du pavillon de protéger les membres étrangers de l'équipage.

53. Dans cette affaire, le différend découlait de l'arraisonnement et de l'immobilisation du *Saïga* par la Guinée alors qu'il avitailait en carburant des navires de pêche se trouvant au large de la côte guinéenne. Le *Saïga* était immatriculé à Saint-Vincent-et-les Grenadines («Saint-Vincent») et son capitaine ainsi que son équipage étaient de nationalité ukrainienne. Il y avait aussi trois travailleurs sénégalais à bord au moment de l'arraisonnement. Après avoir arraisonné le navire, la Guinée l'a immobilisé et a placé l'équipage en détention. En 1997, le TIDM, en vertu de l'article 292 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, a ordonné la prompte mainlevée de l'immobilisation du *Saïga* moyennant le dépôt d'une caution par Saint-Vincent. Malgré le dépôt de la caution, la Guinée n'a pas levé l'immobilisation du *Saïga* et n'a pas libéré son équipage. De plus, la Guinée a engagé une action pénale contre le capitaine, dans le cadre de laquelle la responsabilité civile de Saint-Vincent était invoquée, et l'a reconnu coupable. Saint-Vincent a ultérieurement engagé une procédure arbitrale contre la Guinée en protestant contre le maintien de l'immobilisation du *Saïga* et en contestant la légalité des poursuites engagées contre son capitaine. Entre-temps, la Cour d'appel de Guinée avait jugé le capitaine coupable d'importation illégale de carburant en Guinée et l'avait condamné à une amende substantielle et à une peine de six mois d'emprisonnement avec sursis. De plus, la Cour a ordonné la confiscation de la cargaison et la saisie du navire pour garantir le paiement de l'amende. En 1998, les parties sont convenues de transférer la procédure arbitrale devant le TIDM. Le capitaine et l'équipage ont été libérés et l'immobilisation du navire levée le 28 février 1998. Malgré l'accord de transfert de la procédure au Tribunal, la Guinée a contesté la recevabilité de la demande de Saint-Vincent, aux motifs notamment que les individus lésés n'étaient pas des nationaux de Saint-Vincent et n'avaient pas épuisé les recours internes. Le Tribunal a écarté ces exceptions d'irrecevabilité et a jugé que la Guinée avait violé les droits de Saint-Vincent en arraisonnant et en immobilisant le navire et en plaçant son équipage en détention, en confisquant la cargaison ainsi qu'en engageant des poursuites judiciaires contre son capitaine, en condamnant celui-ci, et en procédant à la saisie du *Saïga* et à la confiscation de sa cargaison, et que la Guinée avait contrevenu aux dispositions de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer relatives à l'exercice du droit de poursuite et avait fait usage d'une force excessive lors de l'arraisonnement du navire. Enfin, il a ordonné à la Guinée de verser à Saint-Vincent à titre d'indemnisation la somme de 2 123 357 dollars des États-Unis en réparation des dommages causés au *Saïga* et du préjudice subi par son équipage.

54. Bien que le TIDM ait considéré que ce différend concernait essentiellement un préjudice direct causé à Saint-Vincent<sup>152</sup>, son raisonnement donne à penser qu'il y a également vu une affaire de protection diplomatique. La Guinée a clairement contesté la recevabilité de la demande concernant l'équipage au motif qu'elle relevait

<sup>139</sup> Voir *supra* la note 127.

<sup>140</sup> Voir Fitzmaurice, «The case of the *I'm Alone*», p. 91 et 92.

<sup>141</sup> *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, C.I.J. Recueil 1949, p. 174.

<sup>142</sup> *Ibid.*, p. 202 et 203.

<sup>143</sup> *Ibid.*, p. 181.

<sup>144</sup> *Ibid.*, note 1, p. 206 et 207.

<sup>145</sup> *Loc. cit.*, p. 711.

<sup>146</sup> *Op. cit.*, p. 594.

<sup>147</sup> *Op. cit.*, p. 460.

<sup>148</sup> «Diplomatic protection of foreign nationals», p. 1068. Voir aussi Geck, «Diplomatic protection», p. 1054.

<sup>149</sup> *The Nationality of Ships*, p. 90 à 108.

<sup>150</sup> *Ibid.*, p. 104.

<sup>151</sup> Affaire du navire «*Saïga*» (n° 2) (*Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. Guinée*), arrêt, *TIDM Recueil 1999*, p. 10. Voir également *ILM*,

vol. 38, n° 5 (septembre 1999), p. 1323.

<sup>152</sup> *Ibid.*, p. 1345, par. 98.



de l'exercice de la protection diplomatique pour le compte de non-nationaux de Saint-Vincent<sup>153</sup>. Saint-Vincent, tout aussi clairement, a soutenu qu'il avait le droit de protéger les membres de l'équipage d'un navire battant son pavillon «quelle que soit leur nationalité<sup>154</sup>». En écartant l'exception de la Guinée, le Tribunal a déclaré que la Convention, dans un certain nombre de dispositions dont l'article 292, ne faisait aucune distinction entre ressortissants et non-ressortissants de l'État du pavillon<sup>155</sup>. Il a souligné que :

[L]e navire, tout ce qui se trouve sur le navire, et toute personne impliquée dans son activité ou ayant des intérêts liés à cette activité sont considérés comme une entité liée à l'État du pavillon. La nationalité de ces personnes ne revêt aucune pertinence<sup>156</sup>.

Enfin, il a indiqué les raisons de principe qui militaient en faveur d'une telle position. Il a souligné que le transport maritime moderne était caractérisé par «la composition changeante et multinationale des équipages des navires» et indiqué que des navires pouvaient avoir un équipage comprenant des membres représentant plusieurs nationalités. «Si chacune des personnes ayant subi un préjudice devait se trouver dans l'obligation de rechercher une protection auprès de l'État dont cette personne a la nationalité, il s'en suivrait une épreuve injustifiée.»<sup>157</sup>

55. Le raisonnement suivi par le TIDM pour écarter l'exception de non-épuisement des recours internes n'est pas sans équivoque sur la question de la protection diplomatique. Premièrement, le Tribunal a jugé que la Guinée avait directement violé les droits que la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer confère à Saint-Vincent et que les recours internes n'avaient donc pas à être épuisés<sup>158</sup>. Il a jugé ensuite que «même si [...] certaines demandes présentées par Saint-Vincent-et-les Grenadines au sujet de personnes physiques ou morales ne découlaient pas de violations directes des droits de Saint-Vincent-et-les Grenadines<sup>159</sup>», il n'y avait nul besoin d'épuiser les recours internes parce qu'«il n'existait pas de lien juridictionnel entre la Guinée et les personnes physiques et morales au sujet desquelles Saint-Vincent-et-les Grenadines a présenté des demandes<sup>160</sup>».

56. Que le TIDM a traité les demandes de Saint-Vincent comme concernant tant le préjudice direct causé à Saint-Vincent par le truchement de son navire que le préjudice indirect découlant du traitement illicite de l'équipage se trouvant à bord de ce navire ressort de la décision qu'il a prise en ce qui concerne la réparation, et dans laquelle il a distingué entre «les dommages subis directement» par Saint-Vincent et les «dommages ou autres pertes subies par le *Saïga*, y compris toutes les personnes impliquées dans l'activité du navire ou qui ont des intérêts liés à cette activité», à savoir «les dommages aux personnes,

[...] la détention illicite ou d'autres formes de mauvais traitements<sup>161</sup>». Cette distinction a été confirmée par le Tribunal lorsqu'il a fixé le montant de l'indemnisation, accordant une indemnité tant pour le préjudice causé au *Saïga* lui-même que pour celui causé à l'équipage (détention illicite et préjudice personnel).

57. L'inclusion d'une disposition reconnaissant le droit de l'État du pavillon d'exercer sa protection diplomatique au profit des membres de l'équipage n'ayant pas sa nationalité a été débattue à la Commission du droit international en 2002 (dans le cadre de consultations officieuses)<sup>162</sup> et à la Sixième Commission en 2002 et 2003 (la Commission avait demandé à l'Assemblée d'exprimer ses vues sur ce sujet). Si les membres de la Commission étaient également divisés sur le sujet, à la Sixième Commission la majorité des orateurs se sont déclarés opposés à une telle disposition, essentiellement pour deux raisons. Premièrement, la protection conférée par une règle du type de celle énoncée dans le projet d'article 27 diffère substantiellement de la protection diplomatique en ce qu'elle ne repose pas sur la nationalité<sup>163</sup>. Deuxièmement, ce type de protection est réglementé par l'article 292 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer. La première de ces objections ne mérite guère qu'on s'y arrête car on admettra volontiers qu'il ne s'agit pas ici de la protection diplomatique au sens traditionnel. La seule question à examiner est celle de savoir si cette forme de protection est suffisamment analogue à la protection diplomatique pour qu'elle soit prévue dans le projet d'articles de la même manière que l'article 7 de ce dernier prévoit la protection diplomatique des réfugiés et des apatrides. La seconde objection appelle par contre un examen plus approfondi.

58. On a dit aussi bien à la Commission du droit international qu'à la Sixième Commission que, dans l'affaire du «*Saïga*», le TIDM avait fondé sa décision sur l'article 292 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer et non sur le droit de l'État du pavillon de protéger l'ensemble des membres de l'équipage, quelle que soit leur nationalité. L'article 292 est ainsi libellé :

1. Lorsque les autorités d'un État Partie ont immobilisé un navire battant pavillon d'un autre État Partie et qu'il est allégué que l'État qui a immobilisé le navire n'a pas observé les dispositions de la Convention prévoyant la prompte mainlevée de l'immobilisation du navire ou la mise en liberté de son équipage dès le dépôt d'une caution raisonnable ou d'une autre garantie financière, la question de la mainlevée ou de la mise en liberté peut être portée devant une cour ou un tribunal désigné d'un commun accord par les parties; à défaut d'accord dans un délai de 10 jours à compter du moment de l'immobilisation du navire ou de l'arrestation de l'équipage, cette question peut être portée devant une cour ou un tribunal accepté conformément à l'article 287 par l'État qui a procédé à l'immobilisation ou à l'arrestation, ou devant le Tribunal international du droit de la mer, à moins que les parties n'en conviennent autrement.

2. La demande de mainlevée ou de mise en liberté ne peut être faite que par l'État du pavillon ou en son nom.

3. La cour ou le tribunal examine promptement cette demande et n'a à connaître que de la question de la mainlevée ou de la mise en liberté, sans préjudice de la suite qui sera donnée à toute action dont le

<sup>153</sup> Ibid., par. 103, p. 1346.

<sup>154</sup> Ibid., par. 104.

<sup>155</sup> Ibid., par. 105.

<sup>156</sup> Ibid., par. 106, p. 1347.

<sup>157</sup> Ibid., par. 107.

<sup>158</sup> Ibid., par. 98, p. 1345.

<sup>159</sup> Ibid., par. 99.

<sup>160</sup> Ibid., par. 100, p. 1346. Voir également les opinions individuelles des juges Wolfrum (ibid., p. 1380 à 1382) et Warioba (ibid., par. 61, p. 1434).

<sup>161</sup> Ibid., par. 172, p. 1357.

<sup>162</sup> *Annuaire... 2002*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), par. 15, p. 11.

<sup>163</sup> Voir Kamto, «La nationalité des navires en droit international», par. 75 à 86, p. 366 à 371.

navire, son propriétaire ou son équipage peuvent être l'objet devant la juridiction nationale appropriée. Les autorités de l'État qui a procédé à l'immobilisation ou à l'arrestation demeurent habilitées à ordonner à tout moment la mainlevée de l'immobilisation du navire ou la mise en liberté de son équipage.

4. Dès le dépôt de la caution ou de l'autre garantie financière déterminée par la cour ou le tribunal, les autorités de l'État qui a immobilisé le navire se conforment à la décision de la cour ou du tribunal concernant la mainlevée de l'immobilisation du navire ou de la mise en liberté de son équipage.

59. C'est le désir des délégations de faire figurer dans la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer une disposition procédurale prévoyant la prompte mainlevée de l'immobilisation du navire et la libération de son équipage qui est à l'origine de l'article 292<sup>164</sup>. Telle qu'initialement proposée, la disposition devait protéger non seulement le navire mais aussi les membres d'équipage et les passagers détenus<sup>165</sup>. Le Groupe de travail informel sur le règlement des différends a envisagé de conférer directement au propriétaire ou à l'exploitant du navire, ou aux membres de l'équipage ou aux passagers du navire, le droit de saisir directement le TIDM, mais il y a finalement renoncé<sup>166</sup>. La proposition visant à permettre aux personnes privées de saisir le Tribunal était motivée par la lourdeur des mécanismes nationaux de règlement des différends<sup>167</sup>. La proposition a toutefois été rejetée et le droit de saisir le Tribunal n'a été conféré qu'au seul État d'immatriculation du navire<sup>168</sup>. En outre, il est clairement indiqué dans le commentaire de l'article que le droit de déposer une plainte est strictement limité aux situations prévues par les dispositions de fond de la Convention et ne s'applique pas dans tous les cas d'arrestation et de détention, comme ceux qui surviennent dans les eaux territoriales.

60. Ainsi, l'article 292 ne visait pas à protéger les équipages dans tous les cas. Il s'agit pour l'essentiel d'un mécanisme procédural conçu pour assurer la prompte mainlevée de l'immobilisation du navire pour des raisons économiques. Il peut toutefois être utilisé pour assurer la prompte libération de l'équipage en même temps que la mainlevée de l'immobilisation du navire. C'est ce qu'illustrent aussi bien l'affaire du «Saïga» que l'affaire «Grand Prince»<sup>169</sup>.

61. L'article 292 est un mécanisme utile pour faire libérer l'équipage *en même temps* que l'on demande la mainlevée de l'immobilisation du navire. Toutefois, il ne saurait se substituer à l'exercice de la protection diplomatique en faveur des équipages car les cas dans lesquels cet article ne protège pas ces derniers sont nombreux. De plus, s'il peut assurer la libération des équipages, il ne fait rien pour contribuer à ce que les membres des équipages soient, lorsqu'ils sont détenus, traités selon les normes internationalement acceptées. On a dit que l'équipage du

*Saïga* avait été maltraité en détention<sup>170</sup>. On peut se demander pourquoi cette allégation n'a pas été formulée durant l'instance, mais c'est probablement parce que l'affaire a été présentée comme concernant une violation des droits du navire et non une violation des droits de l'homme des membres de l'équipage. Bien entendu, aucune disposition de l'article 292 ne concerne la protection des droits de l'homme des membres d'équipage détenus. En résumé, l'article 292 ne couvre pas toutes les situations dans lesquelles les membres de l'équipage d'un navire peuvent être lésés par un fait internationalement illicite, ni même, probablement, la plupart de ces situations. Un mécanisme de plus large portée que cet article est donc nécessaire pour protéger ces équipages. Le projet d'article 27 vise à mettre un tel mécanisme en place.

62. Permettre à l'État du pavillon d'exercer sa protection diplomatique pour le compte de l'équipage d'un navire répond à des raisons de principe impérieuses. Le TIDM l'a reconnu dans l'affaire du «Saïga» lorsqu'il a appelé l'attention sur «la composition changeante et multinationale des équipages des navires» et déclaré que les navires de fort tonnage pouvaient «avoir un équipage comprenant des membres représentant plusieurs nationalités. Si chacune des personnes ayant subi un préjudice devait se trouver dans l'obligation de rechercher une protection auprès de l'État dont cette personne a la nationalité, il s'ensuivrait une épreuve injustifiée<sup>171</sup>».

63. Nombre des équipages sont aujourd'hui originaires d'États politiquement et économiquement faibles dont la réputation en matière de droits de l'homme n'est pas brillante et qui ne se soucient guère de protéger leurs nationaux, qui n'ont plus de contacts étroits avec eux parce qu'ils sont employés sur des navires étrangers, ayant subi des dommages au service de navires étrangers. Il est vrai que parfois l'État du pavillon est un État qui octroie des pavillons de complaisance et ne se soucie guère des équipages des navires battant son pavillon. Néanmoins, les États en question doivent protéger leur réputation de fournisseurs de pavillons de complaisance, et cela peut les amener à protéger les membres d'équipage étrangers. Ces États seront assurément plus soucieux de protéger les membres d'équipage que ne le sont généralement les États nationaux de ces derniers.

64. Les membres d'équipage sont étroitement liés à l'État du pavillon. Ils sont soumis à la juridiction pénale de cet État et, pour reprendre les termes employés par la Cour de justice européenne, «il convient de souligner que la loi applicable à l'activité de l'équipage ne dépend pas de la nationalité des membres de cet équipage, mais de l'État dans lequel le bateau est enregistré<sup>172</sup>». De plus, l'État du pavillon est tenu d'assurer des conditions de travail adéquates à tous les membres d'équipage<sup>173</sup> et de leur délivrer des documents d'identité de gens de mer leur permettant de descendre à terre dans tous les ports où ils

<sup>164</sup> Voir *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: a Commentary*, p. 67.

<sup>165</sup> *Ibid.*

<sup>166</sup> *Ibid.*

<sup>167</sup> *Ibid.*, p. 68.

<sup>168</sup> *Ibid.*, p. 69.

<sup>169</sup> *Affaire du Grand Prince (Belize c. France)*, prompte mainlevée, arrêt, *TIDM Recueil 2001*. Voir également Lazarev, *Contemporary International Law of the Sea*, p. 211.

<sup>170</sup> *ILM*, vol. 38, n° 5 (septembre 1999), par. 175, p. 1358.

<sup>171</sup> *Ibid.*, par. 107, p. 1347.

<sup>172</sup> *Anklagemyndigheden contre Peter Michael Poulsen et Diva Navigation Corp.*, arrêt du 24 novembre 1992, affaire C-286/90, par. 18.

<sup>173</sup> Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, art. 94, par. 3, al. b; Convention (n° 147) concernant les normes minima à observer sur les navires marchands, art. 2.

font escale<sup>174</sup>. Dans ces conditions, il semblerait légitime que l'État du pavillon soit habilité à les protéger lorsqu'ils subissent des dommages parce qu'un fait internationalement illicite a été commis.

65. Il ne faut pas négliger les considérations pratiques affectant la présentation de réclamations. Il est beaucoup plus facile et plus efficace qu'un seul État exerce sa protection pour le compte de tous les membres de l'équipage que d'exiger de tous les États de nationalité de ces membres d'équipage qu'ils présentent des réclamations distinctes au nom de leurs nationaux. Dans l'affaire de la *Barcelona Traction*<sup>175</sup>, la CIJ a désapprouvé la pluralité de réclamations s'agissant des actionnaires d'une société, et des considérations analogues valent pour les équipages des navires.

66. Si l'on permet à l'État du pavillon d'exercer sa protection, on risque d'être confronté à des réclamations et de l'État du pavillon et de l'État de nationalité des membres de l'équipage. Cette possibilité éloignée n'est pas un problème car elle rappelle la protection des personnes ayant la double nationalité, qui fait l'objet de l'article 5 du présent projet d'articles.

67. Cette extension de la protection diplomatique aux équipages des navires pourrait susciter des demandes tendant à ce que cette protection soit aussi étendue aux passagers des navires, aux équipages et aux passagers des aéronefs et aux équipages des engins spatiaux. Or, une telle extension ne serait justifiée ni par des considérations de principe ni par la pratique des États. Nous allons cependant examiner brièvement ces possibilités.

#### 1. PASSAGERS D'UN NAVIRE

68. Bien que pour certains les passagers se trouvant à bord d'un navire aient droit à la même protection que l'équipage<sup>176</sup>, il existe entre équipage et passagers d'importantes différences qui s'opposent à une telle conclusion. La justification de l'extension de la protection aux marins tient en grande partie à l'idée que, en s'enrôlant dans l'équipage d'un navire marchand, le marin se soumet temporairement à la juridiction et aux lois de l'État du pavillon et lui prête allégeance. Il acquiert donc la qualité de national avec le droit correspondant à la protection de l'État du pavillon<sup>177</sup>. Ces droits de protection sont conférés uniquement en raison du statut particulier des gens de mer et sont strictement limités<sup>178</sup>. On ne peut

<sup>174</sup> Convention (n° 108) concernant les pièces d'identité nationales des gens de mer, art. 2.

<sup>175</sup> *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 3. Voir également le *dictum* dans l'affaire du «Saïga», ILM (*supra*, note 151), par. 107, p. 1347.

<sup>176</sup> Dans l'affaire *R. c. Carr* (voir *supra* la note 130), Lord Coleridge a déclaré, après avoir constaté qu'un individu se trouvant à bord d'un navire britannique était soumis à la juridiction britannique et à la protection de la Grande-Bretagne quel que soit son statut: «Je ne peux faire aucune distinction entre ceux qui font partie de l'équipage, ceux qui viennent pour travailler à bord, ceux qui sont présents involontairement et ceux qui viennent volontairement en qualité de passagers.»

<sup>177</sup> Voir, généralement, les affaires *Ross* (*supra*, note 116) et *Hilson* (*supra*, note 123).

<sup>178</sup> Le droit de protection ne s'étend pas, par exemple, à l'épouse ou à la proche famille du marin: Moore, *A Digest...*, p. 800.

dire la même chose des passagers, qui ont un lien plus temporaire et limité avec le navire. Ils doivent solliciter la protection de l'État de leur nationalité. C'est ce que confirme l'absence de pratique des États sur le sujet de la protection des passagers par l'État du pavillon.

#### 2. ÉQUIPAGES ET PASSAGERS DES AÉRONEFS

69. L'analogie entre l'équipage d'un navire et l'équipage d'un aéronef pourrait donner à penser que ce dernier doit lui aussi être protégé par l'État d'immatriculation de l'aéronef. Cette idée semble être étayée par la Convention relative aux infractions et à certains autres actes survenant à bord des aéronefs, qui donne à l'État d'immatriculation compétence pour exercer sa juridiction à l'égard des actes survenant à bord de l'aéronef<sup>179</sup>. Il y a toutefois une différence entre la compétence juridictionnelle et le droit d'exercer la protection diplomatique, et il est difficile de dire que cette protection doit être étendue aux équipages des aéronefs en l'absence de pratique des États. En outre, des considérations de principe militent contre l'extension de la protection aux équipages des aéronefs. Ces équipages ne sont pas isolés de leur État de nationalité pendant de nombreux mois ou de nombreuses années comme le sont les équipages des navires. De surcroît, ils jouissent dans la société d'un statut tel qu'il est fort vraisemblable qu'en cas de nécessité leur État de nationalité les protégera.

70. *A fortiori*, si l'équipage ne peut être protégé, les passagers de l'aéronef ne devraient pas l'être non plus. C'est ce que confirme l'incident impliquant la compagnie Cathay Pacific survenu en 1954<sup>180</sup>, lors duquel les États-Unis ont réclamé une indemnisation à la Chine à raison du décès de ressortissants des États-Unis passagers d'un avion britannique abattu par un appareil de l'armée de l'air chinoise. Les États-Unis ont rejeté l'argument chinois selon lequel le problème devait être réglé par la voie diplomatique entre le Royaume-Uni et la Chine.

71. Il peut être intéressant d'évoquer deux catastrophes aériennes récentes lorsque l'on examine le sujet. Tant dans le cas de la compagnie Pan Am (*Lockerbie*)<sup>181</sup> que dans celui d'UTA (Niger), des actions ont été engagées contre la Jamahiriya arabe libyenne par des associations de victimes au nom des familles de tous ceux qui avaient été tués, quelle que soit leur nationalité<sup>182</sup>. Bien que ces actions fussent soutenues par les États-Unis et la France respectivement, il est difficile de considérer qu'elles relèvent de la protection diplomatique. Il s'agit de réclamations privées présentées par des associations de demandeurs appuyées par l'État de nationalité de l'appareil et de la majorité des passagers et de l'équipage.

<sup>179</sup> Art. 3.

<sup>180</sup> Whiteman, *Digest of International Law*, p. 534 et 535.

<sup>181</sup> *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. États-Unis d'Amérique)*, ordonnance du 10 septembre 2003, C.I.J. Recueil 2003, p. 152.

<sup>182</sup> Dans l'affaire de *Lockerbie* (voir *supra* la note 181), il semble que la plupart des victimes qui se trouvaient à bord du vol 103 de la Pan Am étaient citoyens des États-Unis. Par contre, plus de 17 nationalités étaient représentées à bord de l'appareil de la compagnie UTA abattu au-dessus du Niger en 1989 (voir BBC News: Africa, 9 janvier 2004; et Murphy, «Contemporary practice of the United States relating to international law: Libyan payment for families of Pan Am flight 103 victims»).

### 3. ENGINES SPATIAUX

72. Les engins spatiaux ressemblent à des navires en ce que les membres de leur équipage sont de nationalités différentes de même que par la longueur de la période durant laquelle l'équipage peut être contraint de demeurer à bord. Il n'est pas surprenant qu'il n'y ait pas de pratique des États en faveur de la protection des équipages par l'État d'immatriculation de l'engin spatial. Il ne serait néanmoins pas sage à ce stade de tenter de développer progressivement le droit sur le sujet.

### 4. CONCLUSION

73. Le projet d'article 27 vise à étendre progressivement les principes de la protection diplomatique traditionnelle. On peut dire qu'il relève de la codification davantage que du développement progressif, car il y a suffisamment de pratique des États pour justifier une telle règle. Ce n'est pas une disposition audacieuse, puisqu'elle se limite aux

préjudices subis par des étrangers à bord d'un navire lorsqu'un dommage est causé à celui-ci et ne couvre pas les préjudices que peuvent subir les étrangers alors qu'ils sont à terre. Il est de plus justifié par de solides considérations de principe. Il est donc proposé à la CDI d'adopter ce projet d'article. Si la Commission décide néanmoins de ne pas approuver une telle disposition, elle devrait adopter la clause de sauvegarde ci-après:

**Le présent projet d'articles est sans préjudice de l'exercice de sa protection par l'État de nationalité d'un navire [ou d'un aéronef] au bénéfice de l'équipage de ce navire [ou aéronef], que les personnes concernées soient ou non ses nationaux.**

Une telle clause de sauvegarde garantirait à tout le moins que l'absence d'une telle règle dans le présent projet d'articles ne nuira pas à l'apparition d'une règle coutumière sur la protection de l'équipage des navires par l'État du pavillon.