

Document:-
A/CN.4/SR.2685

Compte rendu analytique de la 2685e séance

sujet:
Protection diplomatique

Extrait de l'Annuaire de la Commission du droit international:-
2001, vol. I

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

COMPTES RENDUS ANALYTIQUES DES SÉANCES DE LA SECONDE PARTIE DE LA CINQUANTE-TROISIÈME SESSION

Tenues à Genève du 2 juillet au 10 août 2001

2685^e SÉANCE

Lundi 9 juillet 2001, à 15 h 10

Président : M. Peter KABATSI

Présents : M. Addo, M. Brownlie, M. Crawford, M. Dugard, M. Economides, M. Elaraby, M. Gaja, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Herdocia Sacasa, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Melescanu, M. Momtaz, M. Operti Badan, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Sepúlveda, M. Simma, M. Tomka.

Organisation des travaux de la session (*fin*)

[Point 1 de l'ordre du jour]

1. Le PRÉSIDENT souhaite la bienvenue à tous les membres pour la seconde partie de la session et indique que le Groupe de travail chargé d'examiner les commentaires des projets d'articles sur la responsabilité des États ne ménagera aucun effort pour achever ses travaux à temps pour que le Rapporteur spécial puisse mettre la dernière main aux commentaires. Il faut prévoir suffisamment de temps pour la traduction de ces derniers, qui sont volumineux.

Protection diplomatique¹ (*suite**) [A/CN.4/506 et Add.1², A/CN.4/513, sect. B, A/CN.4/514³]

[Point 3 de l'ordre du jour]

PREMIER ET DEUXIÈME RAPPORTS DU RAPPORTEUR SPÉCIAL
(*suite**)

* Reprise des débats de la 2680^e séance.

¹ Pour le texte des projets d'articles 1 à 9 proposés par le Rapporteur spécial dans son premier rapport, voir *Annuaire... 2000*, vol. I, 2617^e séance, par. 1, p. 38.

² Voir *Annuaire... 2000*, vol. II (1^{re} partie).

³ Reproduit dans *Annuaire... 2001*, vol. II (1^{re} partie).

2. Le PRÉSIDENT invite la Commission à poursuivre son examen du chapitre III (Continuité de la nationalité et cessibilité des réclamations) du premier rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/506 et Add.1).

3. M. DUGARD (Rapporteur spécial) dit que, bien que le chapitre III de son premier rapport ait été présenté lors de la première partie de la session, il souhaite faire des observations additionnelles en ce qui le concerne. Il rappelle que lorsqu'il a présenté ce chapitre à la 2680^e séance, il a indiqué que la Commission devait choisir, s'agissant du principe de la continuité de la nationalité, entre la conception classique et une conception plus moderne. Selon la conception classique, l'État peut exercer sa protection diplomatique uniquement au profit d'une personne qui avait sa nationalité au moment où le préjudice sur lequel repose la réclamation a été subi, et uniquement si l'intéressé est demeuré son national jusqu'au moment où la réclamation a été présentée. Cette conception traditionnelle est dans une certaine mesure étayée par la pratique des États, certaines entreprises de codification, la jurisprudence et une partie de la doctrine. Sa justification est qu'elle empêche les abus et notamment la pratique consistant pour un individu à changer de nationalité jusqu'à ce qu'il trouve un État puissant prêt à faire sienne sa réclamation.

4. Cette conception traditionnelle a été vivement critiquée, une bonne partie de la doctrine et de la jurisprudence jugeant qu'elle ne correspond pas à une règle clairement établie du droit international coutumier. Elle a aussi été critiquée au motif, notamment, qu'on ne sait pas très bien si le préjudice commence à la date à laquelle il survient effectivement ou à la date d'un déni de justice et si la date jusqu'à laquelle la nationalité requise est celle de l'engagement de négociations diplomatiques ou celle de la présentation de la réclamation. On a fait valoir que la raison d'être de cette règle a disparu. Aujourd'hui, à la suite de la décision *Nottebohm*, un individu ne peut rechercher la protection d'un État puissant parce qu'il n'aurait pas de lien effectif avec l'État qu'il aurait choisi pour le protéger. La règle de la continuité a été décrite comme injuste car ne tenant pas compte des changements involontaires de nationalité. S'agissant de la nationalité en relation avec la succession d'États, le Rapporteur spécial de la Commission chargé de ce sujet a déjà souligné qu'il fallait ajuster la règle de la continuité pour tenir compte de ces changements involontaires.

5. Pour ces raisons, il pourrait être judicieux pour la Commission d'adopter une règle plus souple, comme celle énoncée au projet d'article 9. Elle permet à un État de formuler une réclamation au nom d'un national qui a acquis sa nationalité de bonne foi après la date du préjudice, lorsque ce préjudice est imputable à un État autre que l'État de nationalité antérieur, à condition que ce dernier n'ait pas exercé ou n'exerce pas sa protection diplomatique à raison du préjudice. L'article 9 comporte un certain nombre de garanties, dont la plus importante est que la nouvelle nationalité doit avoir été acquise de bonne foi. Il est également important qu'une réclamation ne puisse être présentée à l'encontre de l'État de nationalité antérieur.

6. Le Rapporteur spécial attend le débat avec intérêt et est curieux de voir si la Commission suivra l'approche traditionnelle ou adoptera une démarche plus progressiste pour tenir compte de l'évolution du droit international depuis l'arrêt *Nottebohm*.

7. M. GAJA dit que le Rapporteur spécial a fait un effort considérable pour revoir les règles de la protection diplomatique de manière à mieux protéger les droits individuels, en particulier les droits de l'homme. Ce faisant, il propose des solutions novatrices qui permettent à la Commission de revenir sur les règles traditionnelles et d'en examiner la raison d'être. La proposition énoncée à l'article 9 sur la continuité de la nationalité est modérément novatrice en ce qu'elle prévoit qu'un État peut exercer sa protection diplomatique au nom d'une personne qui n'était pas son national au moment du préjudice uniquement si cette personne n'avait pas la nationalité de l'État présumé responsable du dommage. D'autres conditions énoncées au projet d'article 9 limitent encore la portée de l'innovation. Toutefois, même ainsi, l'article proposé semble être en conflit avec la pratique, telle que celle-ci est résumée sous le point « statut juridique de la règle » du chapitre en examen.

8. Le Rapporteur spécial admet que la règle de la continuité est bien établie dans la pratique des États et, examinant la jurisprudence, indique qu'elle est en grande partie corroborée par celle-ci. Toutefois, dans ce contexte, il cite aussi bien l'arrêt rendu par la CPJI dans l'affaire du *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis* que l'opinion dissidente du juge van Eysinga⁴, à laquelle il accorde presque le même poids. Personnellement, M. Gaja souhaite citer un passage de l'arrêt qui semble étayer la règle de la continuité de manière particulièrement claire : « Dans la présente espèce, aucun motif ne permet de croire que l'intention des parties ait été d'exclure l'application de la règle. L'agent du Gouvernement lithuanien a donc raison de soutenir qu'il appartient à l'Estonie de prouver qu'à l'époque où s'est produit le prétendu préjudice qui mettait en jeu la responsabilité internationale de la Lituanie, la société lésée possédait la nationalité estonienne » [p. 16 et 17]. Dans un autre passage de l'arrêt, la Cour a critiqué la tentative faite par le Gouvernement estonien pour discréditer cette règle.

9. Comme le rappelle le Rapporteur spécial, sir Gerald Fitzmaurice a exprimé des doutes sur l'existence de la

règle de la continuité dans son opinion individuelle dans l'affaire de la *Barcelona Traction*. Aussi bien la Belgique que l'Espagne avaient réaffirmé la règle de la continuité en réponse à une question posée par le juge Jessup au dernier stade de la procédure orale. Dans son opinion individuelle, qui n'est pas citée dans le rapport, le juge Jessup déclarait :

Malgré les différences de terminologie, on s'accorde généralement à admettre le principe selon lequel la réclamation doit être nationale dans son origine, c'est-à-dire que la personne ou les personnes qui auraient subi un préjudice doivent avoir eu la nationalité de l'État réclamant à la date où elles ont été injustement lésées. On pourrait reconnaître que la notion même est empreinte d'un certain artifice puisqu'elle repose essentiellement sur la fiction de Vattel, mais je ne pense pas que la Cour puisse modifier une pratique établie de longue date en cette matière. [p. 202, par. 74]

10. C'est à juste titre que le juge Jessup a souligné que la principale raison d'être de la règle de la continuité n'est pas le danger d'abus, mais la conception Mavrommatis ou vattelienne de la protection diplomatique : l'État, lorsqu'il recourt à l'action diplomatique pour le compte d'un individu, fait valoir ses propres droits, à savoir qu'il veille au respect des règles du droit international dans la personne de ses sujets. Cela semble impliquer qu'au moment de la violation l'individu devait avoir la nationalité de l'État qui formule la réclamation.

11. Si la Commission décide d'aller contre la pratique existante et de suivre la proposition du Rapporteur spécial afin d'accroître la possibilité de protection pour l'individu, il faut ajouter une condition à celle qui figure actuellement au projet d'article 9. Au moment de la violation, l'obligation devrait avoir été en vigueur entre l'État prétendument défendeur et l'État qui formule la réclamation au nom d'un individu qui a acquis une nouvelle nationalité. On peut donner comme exemple celui d'un État qui fait valoir que le droit d'un individu à une assistance consulaire en matière pénale en vertu de l'article 36 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires a été violé. Sans l'ajout proposé au projet d'article 9, l'État de la nouvelle nationalité pourrait formuler une réclamation sur la base d'une violation lorsque l'État prétendument responsable n'avait aucune obligation, au moment de la violation, vis-à-vis de l'État qui formule la réclamation. Souvent, les règles de la protection diplomatique sont envisagées simplement dans le contexte du droit international coutumier et donc l'obligation existe de toute façon. L'arrêt *LaGrand* vient utilement rappeler que la protection diplomatique peut aussi concerner des violations d'obligations conventionnelles; c'est pourquoi il faut préciser que l'obligation doit déjà exister.

12. Avant d'en finir avec la question de la nationalité des réclamations en ce qui concerne les individus, il faut, pour M. Gaja, examiner diverses autres questions. La première se pose lorsqu'une organisation internationale exerce sa protection fonctionnelle et sa protection diplomatique pour un de ses fonctionnaires. Il serait utile d'énoncer une règle qui s'applique lorsque tant une organisation internationale que l'État de nationalité entendent exercer la protection diplomatique au profit du même individu.

13. Un deuxième problème concerne le droit de l'État de nationalité d'un navire ou d'un aéronef de formuler

⁴ Voir 2680^e séance, par. 4.

une réclamation au nom de l'équipage et, éventuellement, des passagers du navire ou de l'aéronef, quelle que soit la nationalité des personnes concernées. Un exemple récent de l'affirmation d'un tel droit est donné par l'arrêt rendu par le Tribunal international du droit de la mer dans l'*Affaire du navire « Saiga » (No. 2)*, qui stipule que Saint-Vincent-et-les Grenadines « a droit à une réparation pour les dommages subis directement par elle, ainsi que pour les dommages ou autres pertes subies par le *Saiga*, y compris toutes les personnes impliquées dans l'activité du navire ou qui ont des intérêts liés à cette activité » [par. 172]. Il serait opportun que la Commission indique quelle est la règle applicable dans un tel cas et dans quelle mesure le droit de l'État de nationalité du navire ou de l'aéronef affecte celui de l'État de nationalité de l'individu.

14. Le troisième problème concerne le cas où un État exerce sa protection diplomatique au profit du national d'un autre État parce que ce dernier lui a délégué le pouvoir de le faire. Il serait utile d'énoncer les conditions dans lesquelles la protection diplomatique peut être déléguée. L'étendue présumée de la délégation devrait également être précisée, car même après avoir délégué sa protection, l'État de nationalité peut souhaiter se saisir de l'affaire.

15. Une quatrième question concerne les cas dans lesquels un État ou une organisation internationale administre ou contrôle un territoire. Par exemple, l'Organisation des Nations Unies a-t-elle le droit d'exercer la protection diplomatique au profit des habitants du Timor oriental en attendant la naissance d'un nouvel État ? Peut-elle formuler une réclamation au profit de nationaux yougoslaves qui sont des résidents au Kosovo ?

16. M. Gaja attend avec intérêt de connaître les vues du Rapporteur spécial sur ces questions.

17. M. ROSENSTOCK dit qu'il souhaite faire une observation sur la question intertemporelle soulevée par M. Gaja. On peut, par exemple, prendre le cas dans lequel, au moment où le préjudice s'est produit, l'individu affecté a la nationalité allemande et l'Allemagne et le pays d'accueil sont parties à la Convention de Vienne sur les relations consulaires. L'individu change alors de nationalité, devenant, par exemple, un national du Zimbabwe, mais le Zimbabwe n'était pas partie à la Convention au moment de l'incident. Il serait déraisonnable de mettre à la charge du Zimbabwe et du pays d'accueil des obligations qui ne leur incombaient pas au moment de l'incident. L'État de la nouvelle nationalité, bien qu'il n'ait pas eu à ce moment-là le droit de formuler une réclamation, acquiert ce droit lorsque l'individu change de nationalité. Où est l'iniquité lorsque le nouvel État de nationalité fait valoir son droit, un droit dont il a hérité ? Au moment où l'obligation a été violée, elle a été violée non vis-à-vis d'une non-partie, à savoir le Zimbabwe, mais vis-à-vis d'une partie, à savoir l'Allemagne. Qu'y a-t-il d'injuste à permettre au Zimbabwe de prendre à son compte l'obligation qui était valide à ce moment-là ? Ce type de problème touche la conception même du sujet : la Commission cherche-t-elle à protéger l'individu ou ses travaux sont-ils axés sur les relations interétatiques ?

18. M. GAJA dit que M. Rosenstock a introduit un nouvel élément dans l'exemple qu'il a donné, en ce que l'État de la nouvelle nationalité a acquis l'obligation entre le moment de la violation initiale et le moment de la présentation de la réclamation. Cette situation doit, elle aussi, être examinée. L'élément d'iniquité est que, dans l'exemple donné, le Zimbabwe pourrait formuler une réclamation pour un manquement à une obligation qui s'est produit à une époque où le Zimbabwe n'aurait eu aucune obligation.

19. M. HAFNER, poursuivant dans le même ordre d'idée que M. Rosenstock, demande ce qui se passerait si un État cessait d'exister, par exemple en raison d'une dissolution, et si des personnes ayant déjà subi un préjudice devenaient nationales d'un nouvel État. Si le nouvel État devait être habilité par la loi pour formuler une réclamation vis-à-vis de l'État auteur du préjudice, les individus concernés en souffriraient parce qu'aucun État ne pourrait exercer sa protection diplomatique à leur profit.

20. M. HE appelle l'attention sur deux points en ce qui concerne l'article 9. Premièrement, le premier État de nationalité a la priorité s'agissant d'exercer la protection diplomatique. Ce n'est que s'il ne formule pas de réclamation à la suite d'un préjudice que le nouvel État de nationalité peut le faire. Il se demande toutefois ce qui en serait si le préjudice se produit durant la période de transition d'une nationalité à l'autre et se poursuit après l'acquisition de la nouvelle nationalité. La priorité reviendrait-elle toujours au premier État de nationalité ou la personne lésée pourrait-elle demander à l'État de sa nouvelle nationalité de formuler une réclamation ? Comme l'article vise à mettre en place un régime souple, peut-être est-il nécessaire d'envisager une telle éventualité et d'expliquer dans le commentaire si l'État de la nationalité initiale conserve ou non la priorité.

21. Deuxièmement, l'affirmation figurant dans la conclusion du rapport selon laquelle « Seul le nouvel État de nationalité peut introduire une réclamation et seulement lorsqu'il choisit de le faire » semble donner au nouvel État de nationalité de larges pouvoirs discrétionnaires sans tenir compte d'aucune priorité. En pratique, tant l'État de nationalité initial que le nouvel État de nationalité ont le pouvoir discrétionnaire de formuler une réclamation.

22. M. ECONOMIDES dit qu'il ne peut appuyer la proposition visant à abandonner la règle traditionnelle de la continuité de la nationalité et de la cessibilité des réclamations, qui est depuis longtemps à la base de l'exercice de la protection diplomatique, comme le confirme la pratique des États et des commissions mixtes des réclamations et la jurisprudence internationale. Il s'agit d'un principe établi du droit international. Dans ce contexte, la pratique récente des États-Unis et du Royaume-Uni, telle que décrite dans les commentaires du Rapporteur spécial, est extrêmement révélatrice. La même pratique existe en Grèce. Les raisons justifiant le maintien de la règle de la continuité de la nationalité et le souci de prévenir les abus de toute sorte par des individus et des États, compte tenu en particulier du pouvoir énorme des sociétés multinationales, sont plus impérieux aujourd'hui qu'ils ne l'étaient au moment de l'affaire de la *Barcelona Traction*. C'est pourquoi M. Economides ne peut souscrire à l'opinion

de sir Gerald Fitzmaurice citée dans le rapport. Cela ne veut pas dire que la règle ne peut pas être améliorée, et certaines exceptions essentielles doivent être admises. Dans ce contexte, il souscrit à la déclaration de Politis⁵ citée dans le rapport. Si une personne physique ou morale change involontairement de nationalité, la protection diplomatique doit pouvoir être exercée par le nouvel État de nationalité mais non contre l'État de nationalité antérieur. Une telle exception s'appliquerait surtout en cas de succession d'États lorsque l'État successeur accorde automatiquement sa nationalité aux personnes relevant de sa souveraineté. Des exceptions devraient aussi être prévues dans d'autres cas, par exemple en cas de changement de nationalité par mariage ou lorsqu'une personne est apatride. Sinon, la règle devrait demeurer inchangée. Le paragraphe 1 proposé pour l'article 9 ne couvre pas toutes les situations.

23. Le paragraphe 4 est acceptable mais ses dispositions doivent être élargies pour exclure la protection diplomatique par le nouvel État de nationalité contre l'État de nationalité antérieur. M. Economides doute par ailleurs fortement de la nécessité ou de la pertinence du paragraphe 3 : il n'est pas approprié de dissocier l'intérêt général de l'État qui présente la réclamation de l'intérêt de l'individu lésé. La protection diplomatique traditionnelle ne concerne que la protection de l'individu. Enfin, la cessibilité des réclamations, une question délicate qui n'est pas traitée adéquatement dans le rapport, devrait être beaucoup plus limitée que ce qui est prévu au paragraphe 2. La règle de la continuité devrait s'appliquer sauf dans le cas de cession involontaire de réclamations, plus particulièrement lors du décès de la personne lésée.

24. M. MELESCANU dit qu'il prend la parole sans être préparé pour dissiper l'impression que la tendance dominante au sein de la Commission est opposée aux modifications proposées à l'article 9 par le Rapporteur spécial, qui a redonné vie à un aspect particulièrement important du droit international public. La responsabilité de l'État s'exprime largement, après tout, par le biais de la protection diplomatique, que ce soit des individus, des actionnaires de société, des navires ou des aéronefs. À l'ère de la mondialisation, les problèmes touchant les biens ou les investissements revêtent une importance accrue. Un autre facteur est la forte concentration de pouvoirs entre les mains de l'État, qui est le seul protecteur des intérêts privés, personnes physiques ou morales. Il faut toutefois admettre que l'exercice de la protection diplomatique dépend en grande partie, malheureusement, de considérations politiques. Il s'agit d'une réalité et il faut l'accepter pour répondre à la question de savoir comment protéger au mieux les intérêts de l'individu.

25. Comme le montrent les observations de MM. Hafner et Rosenstock, même d'un point de vue pratique, le développement progressif du droit se justifie dans une certaine mesure. Les réserves exprimées par MM. Economides et Gaja reposent sur la théorie et la jurisprudence. Toutefois, même en théorie, des fissures apparaissent dans l'édifice de la protection diplomatique. Le surarbitre Parker a clairement déclaré que le préjudice est causé à l'État uniquement au sens où l'État a le droit de veiller à ce que les dispositions du droit international soient appliquées à ses

nationaux⁶. Logiquement, il faut prévoir des moyens de réparer les préjudices et la Commission devrait examiner quels sont ces moyens si, pour des raisons politiques, un État décide de ne pas exercer sa protection diplomatique. Le paragraphe 1 de l'article 9 fournit la réponse : cette protection peut être exercée par un autre État. La pratique internationale et la doctrine s'unissent donc pour étayer les vues du Rapporteur spécial. En dépit des solides arguments en faveur de la vieille règle de la continuité de la nationalité, il faut choisir entre s'en tenir à cette règle ou encourager le développement progressif du droit. M. Melescanu est quant à lui pour le développement du droit.

26. M. GOCO dit que la protection diplomatique a un caractère discrétionnaire et n'est pas obligatoire. Il existe des cas dans lesquels, même s'il y a toutes les raisons de l'exercer, l'État s'abstient de le faire. Les Philippines ont exercé la protection diplomatique même dans des cas où le changement de nationalité avait eu lieu après un préjudice, mais cette pratique n'est en aucune manière universelle.

27. L'article à l'examen devrait envisager un autre phénomène de la vie internationale contemporaine : celui de la double nationalité ou de la pluralité de nationalités, qui est acceptée au plan international par l'effet des principes du *jus sanguinis* et du *jus soli*, même si l'on a tenté d'abolir ces principes. Certaines conditions sont énoncées au paragraphe 1 pour l'exercice de la protection en cas de changement de nationalité de bonne foi, par mariage ou par naturalisation. Il est toutefois important que la règle ne soit pas inflexible et elle pourrait s'appliquer dans les cas où un autre État de nationalité peut également exercer sa protection diplomatique.

La séance est levée à 16 h 20.

⁶ Ibid., par. 4.

2686^e SÉANCE

Mardi 10 juillet 2001, à 10 h 10

Président : M. Peter KABATSI

Présents : M. Addo, M. Brownlie, M. Candiotti, M. Crawford, M. Dugard, M. Economides, M. Elaraby, M. Gaja, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Herdocia Sacasa, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Melescanu, M. Momtaz, M. Operti Badan, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Sepúlveda, M. Simma.

⁵ Ibid., par. 5 et note 14.