

Document:-
A/CN.4/SR.2796

Compte rendu analytique de la 2796e séance

sujet:
<plusieurs des sujets>

Extrait de l'Annuaire de la Commission du droit international:-
2004, vol. I

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

2796^e SÉANCE

Mardi 11 mai 2004, à 10 heures

Président: M. Teodor Viorel MELESCANU

Présents: M. Addo, M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Dugard, M. Economides, Mme Escameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kabatsi, M. Kolodkin, M. Koskeniemi, M. Mansfield, M. Matheson, M. Momtaz, M. Niehaus, M. Opertti Badan, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Sepúlveda, Mme Xue, M. Yamada.

Protection diplomatique¹ (suite) [A/CN.4/537, sect. B, A/CN.4/538², A/CN.4/L.647 et Add.1]

[Point 3 de l'ordre du jour]

CINQUIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (fin)

1. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à faire leurs observations sur le projet d'article 27 qui figure dans le rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/538).
2. Mme ESCARAMEIA dit qu'elle se sent obligée de prendre la parole du fait du retournement de situation qui s'est produit au sujet de l'article 27: alors que la Commission semblait tout d'abord être en faveur de son adoption, les objections se sont multipliées et la majorité de ses membres sont revenus sur leur position. Les objections formulées se répartissent en deux catégories: celles qui ont trait à la cohérence et à la validité de la jurisprudence et celles qui portent sur des considérations de fond.
3. En ce qui concerne la jurisprudence, Mme Escameia s'étonne que l'affaire du «*Saïga*» et les deux opinions dissidentes dans l'affaire de la *Réparation* aient été considérées comme non pertinentes, mais surtout elle est déçue par l'interprétation selon laquelle l'affaire du «*Saïga*» relevait exclusivement de l'article 292 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer. À son avis, la question qui se posait concernant les membres de l'équipage qui n'avaient pas la nationalité de l'État du pavillon n'a de sens que dans le contexte de la protection diplomatique et non dans celui de l'article 292 de la Convention sur le droit de la mer. Si le Tribunal international du droit de la mer ne s'était appuyé que sur l'article 292, pourquoi se serait-il posé la question de la nationalité? Pourquoi aurait-il établi une distinction entre les dommages directs (causés à l'État) et les dommages indirects (causés aux personnes protégées par l'État)? En fait, l'affaire du «*Saïga*» a trait à la fois à l'article 292, pour ce qui est de la mainlevée de l'immobilisation du navire et la libération de son équipage, et à la protection diplomatique, pour ce qui concerne la protection des membres de l'équipage. Le Tribunal a clairement reconnu que, chaque fois qu'un dommage était causé aux membres de l'équipage dans le contexte d'un dommage causé au navire, la nationalité des intéressés ne revêtait aucune pertinence. S'il n'a pas abordé plus avant la question de la protection diplomatique des membres de l'équipage, c'est qu'il ne s'est intéressé qu'au préjudice subi du fait du dommage causé au navire, mais si les membres de l'équipage avaient été maltraités, par exemple, la question de la protection diplomatique se serait posée.
4. Passant aux considérations de fond, Mme Escameia note que les objections sont de deux ordres: certains font valoir que les critères propres à la protection diplomatique, à savoir la

¹ Pour le texte des projets d'articles 1 à 10 adoptés à titre provisoire par la Commission à ses cinquante-quatrième et cinquante-cinquième sessions, voir *Annuaire... 2003*, vol. II (2^e partie), par. 152.

² Reproduit dans *Annuaire... 2004*, vol. II (1^{re} partie).

nationalité et l'épuisement des recours internes, ne sont pas satisfaits; d'autres considèrent que, si l'on accepte le cas des équipages de navire, on ouvre la porte à une multitude d'autres cas, et la situation risque de devenir ingérable.

5. S'agissant du critère de la nationalité, certains estiment qu'on ne peut pas assimiler le cas des membres d'un équipage à celui des apatrides ou des réfugiés. Mme Escarameia est d'avis que les membres d'un équipage sont dans une situation semblable à celle des réfugiés, car ils ont perdu le contact avec leur propre gouvernement et sont démunis quand il s'agit d'invoquer la protection de leur pays. Comme l'ont fait observer certains membres de la Commission, les États nationaux ne sont pas nécessairement faibles et ils peuvent tout à fait avoir les moyens de défendre leurs nationaux. Il reste que les membres d'équipage n'ont généralement pas les moyens ni le niveau d'instruction nécessaires pour pouvoir faire valoir leurs droits. On a aussi fait valoir que, si l'État du pavillon était autorisé à exercer sa protection, les autres États perdraient automatiquement leur droit de le faire. Selon Mme Escarameia, la question de l'exclusivité ne se pose pas, non plus que la règle de l'épuisement des recours internes, puisqu'en cas de mauvais traitements infligés à l'équipage, par exemple, elle ne serait pas respectée.

6. L'autre série d'arguments repose sur l'idée que, si l'on admet le cas des équipages, il faudrait aussi admettre d'autres cas, comme celui des résidents permanents. Selon Mme Escarameia, cela ne pose aucune difficulté et elle ne voit pas pourquoi ne pourrait pas être aussi accordée une protection aux résidents permanents. Pour conclure, elle se prononce fermement pour le maintien de l'article 27, en se fondant à la fois sur la jurisprudence et sur des questions de fond.

7. M. BROWNLIE dit que la Commission doit se garder de fonder son raisonnement sur des prémisses erronées. Ainsi, l'idée que les États nationaux des membres d'équipage sont nécessairement faibles et pauvres ne correspond pas nécessairement à la réalité. De plus, en voulant faire passer le droit d'exercer la protection diplomatique de l'État national à l'État du pavillon, on ne fait que déplacer le problème, puisque les États du pavillon sont souvent des petits pays. M. Brownlie réfute également l'idée selon laquelle les petits États ne sont pas capables de faire valoir leurs droits. Le pouvoir des États en matière de protection diplomatique ne dépend ni de leur taille ni de leurs ressources économiques, mais plutôt de leur organisation interne.

8. Les interventions de Mme Xue et d'autres membres de la Commission ayant tempéré son enthousiasme en faveur de l'inclusion de l'article 27, il a été amené à changer d'avis en cours de débat. Comme l'a dit Mme Xue, il faut garder un sens des proportions: si l'on estime que l'État ne peut exercer sa protection diplomatique au bénéfice des résidents permanents, alors que, selon le critère du lien effectif, cela se justifierait, les États ne devraient pas pouvoir exercer cette protection en faveur des membres de l'équipage d'un navire. Selon M. Brownlie, il faudrait surtout s'intéresser à un problème connexe, qui est celui de la priorité à accorder en cas de réclamations concurrentes.

9. M. MANSFIELD reconnaît que les États, même petits, sont en mesure d'exercer leur protection diplomatique s'ils sont bien gérés. Il lui semble toutefois que la vraie question est de savoir si le jeu en vaut la chandelle. En effet, dans la pratique, il est très rare qu'un petit État juge une affaire suffisamment importante pour exercer sa protection au bénéfice de ses nationaux qui sont membres d'un équipage. Souvent, l'État du pavillon est le seul à pouvoir intervenir en faveur de l'équipage et il ne le fait pas nécessairement.

10. M. CHEE dit que, puisque les États peuvent exercer une protection fonctionnelle en faveur des réfugiés et des apatrides, il ne voit pas pourquoi une telle protection ne pourrait être accordée aux membres d'équipage qui, dans l'Antiquité, étaient considérés comme des esclaves et qui, encore aujourd'hui, ont besoin d'être protégés. C'est pourquoi il est favorable à l'inclusion de l'article 27 dans le projet d'articles.

11. Le PRÉSIDENT, s'exprimant en sa qualité de membre de la Commission, dit avoir remarqué

que, dans sa plaidoirie convaincante concernant la nécessité de protéger les membres d'équipage, Mme Escarameia a souvent utilisé le terme «protection» sans ajouter «diplomatique». C'est donc qu'elle pensait à la protection exercée par les consulats et les ambassades et non à l'institution coutumière qui est le sujet de l'étude.

12. En ce qui concerne l'affaire du «*Saïga*», il est clair qu'elle ne relève pas de la protection diplomatique. L'équipage était ukrainien et l'État du pavillon était Saint-Vincent-et-les Grenadines. Or, il n'y a pas de commune mesure entre ces deux pays, non seulement sur le plan de la taille, mais aussi sur celui de l'expérience et de la capacité de mobiliser les ressources juridiques nécessaires.

13. La Commission ne peut adopter un article consacré à la protection des équipages si les principes fondamentaux du sujet, à savoir le critère de la nationalité et l'épuisement des recours internes, ne sont pas respectés. Or, il est évident que les gens de mer ont besoin d'une assistance d'urgence, qui ne peut être assurée si l'on respecte la règle de l'épuisement des recours internes. En fait, en incluant la protection des gens de mer dans le sujet, on risque de les priver d'une aide efficace car, si l'État décide d'exercer sa protection diplomatique, les autres types de protection sont exclus. La protection des équipages est un problème réel, mais il ne faut pas chercher la solution dans la protection diplomatique. Le Comité de rédaction s'est mis d'accord sur le texte proposé par Mme Xue, qui devrait prendre la forme d'une clause sans préjudice. C'est dans cette direction qu'il faudrait se diriger.

14. Mme ESCARAMEIA maintient que l'affaire du «*Saïga*» relève bien de la protection diplomatique. Elle réfute ensuite l'argument du non-respect de la règle de la nationalité en faisant observer qu'il existe déjà des exceptions, notamment pour les apatrides et les réfugiés.

15. Quant au tort qui serait fait aux gens de mer, car c'est d'une aide d'urgence dont ils ont besoin, Mme Escarameia considère qu'une telle assistance peut effectivement leur être apportée en application de l'article 292 de la Convention du droit de la mer, mais signale qu'ils peuvent aussi avoir besoin d'un autre type de protection, en cas de mauvais traitements. Il est vrai que, si l'État exerce sa protection diplomatique, celle-ci prend le pas sur les autres, mais, à son avis, sur le plan juridique, la question de l'exclusivité ne se pose pas.

16. Enfin, en ce qui concerne les travaux du Comité de rédaction, elle précise que les dispositions sur lesquelles il s'est mis d'accord concernent les mécanismes de protection des droits de l'homme et les traités bilatéraux d'investissement.

17. Le PRÉSIDENT, intervenant à nouveau en sa qualité de membre de la Commission, fait observer que la protection diplomatique est un pouvoir discrétionnaire de l'État, qui n'est donc pas tenu de l'exercer. Il maintient que, si on veut vraiment protéger les gens de mer, ce n'est pas dans cette direction qu'il faut chercher. En effet, dans la pratique, l'État n'intervient que s'il considère qu'on a porté atteinte à son honneur, à sa dignité, à ses institutions fondamentales. Le fait que deux États, l'État national et l'État du pavillon, soient habilités à exercer leur protection diplomatique pose d'énormes difficultés.

18. M. ECONOMIDES dit qu'en premier lieu il souscrit entièrement aux observations de Mme Escarameia. En second lieu, il pense que la Commission aura besoin d'une clause sans préjudice indiquant que son projet d'articles sur la protection diplomatique n'affecte en rien la protection diplomatique «classique» ni la protection consulaire assurées par les deux Conventions de Vienne pertinentes et par le droit international coutumier, d'autant que l'on confond souvent la protection diplomatique en tant que droit souverain de l'État et la protection diplomatique accordée par une ambassade ou un consulat. Il estime par ailleurs que le fait que deux États puissent intervenir ne pose aucun problème.

19. M. DUGARD (Rapporteur spécial) dit qu'en effet ce type de situation se présente déjà dans

les cas de double nationalité. Il ajoute qu'il ne comprend pas la remarque que le Président a faite en sa qualité de membre de la Commission, selon laquelle tout le monde pouvait comprendre la situation en considérant, dans l'affaire du «*Saïga*», les réclamations concurrentes de l'équipage ukrainien et de l'État du pavillon, Saint-Vincent-et-les Grenadines. Le Président semblait en retenir que l'Ukraine était un État puissant, contrairement à Saint-Vincent, mais là n'est pas la question: c'est bien Saint-Vincent, qui est loin d'être l'État le plus puissant au monde, qui était disposé à protéger les nationaux de l'Ukraine, qui est un État puissant. Cette affaire montre simplement que, le plus souvent, l'État de nationalité des membres de l'équipage ne se soucie absolument pas d'eux.

20. M. MOMTAZ dit qu'il tient tout d'abord à relever la qualité du travail accompli par le Rapporteur spécial pour justifier la nécessité de fournir une protection aux gens de mer dans le monde contemporain. Il ne s'appesantira pas sur la pratique des États-Unis en matière de protection diplomatique des membres de l'équipage d'un navire puisque le Rapporteur spécial reconnaît lui-même ne pas être certain qu'elle constitue la preuve de l'existence d'une règle coutumière en la matière. Il ne pense pas que la jurisprudence des tribunaux britanniques, sur laquelle le Rapporteur spécial s'appuie pour étayer sa thèse, puisse être retenue. Le passage de l'arrêt rendu dans l'affaire *R. c. Carr* par la Queen's Bench Division, qu'il cite, est, semble-t-il, fondé sur une fiction juridique bien établie au XIX^e siècle, à savoir l'assimilation du navire au territoire de l'État dont il porte le pavillon, et cette assimilation n'a désormais aucune place dans le droit de la mer. La loi du pavillon à laquelle ce texte se réfère implicitement se justifie désormais par la nécessité de respecter l'ordre dans les espaces marins échappant à la souveraineté des États. Ainsi, conformément à cette loi, il appartient à l'État dont le navire arbore le pavillon d'exercer sa juridiction sur le navire et les personnes qui s'y trouvent. Il en résulte que celles-ci sont tenues de respecter les lois édictées par l'État du pavillon et applicables sur le navire, et peuvent, en contrepartie, bénéficier au même titre que les nationaux de l'État du pavillon des droits qu'elles prévoient. C'est dans ce sens qu'il faudrait interpréter le droit à la protection de la loi auquel se réfère la décision de la Cour britannique. De l'avis de M. Momtaz, il ne s'agit nullement de la reconnaissance d'un prétendu droit à la protection diplomatique au bénéfice des membres de l'équipage d'un navire indépendamment de leur nationalité.

21. En ce qui concerne l'article 292 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer ainsi que la jurisprudence du Tribunal international du droit de la mer y relative, M. Momtaz sait gré au Rapporteur spécial d'avoir consulté, article par article, l'excellent commentaire de cette convention établi sous les auspices de l'Université de Virginie³. Le commentaire de l'article 292 ne laisse aucun doute quant à la volonté de ses rédacteurs. Cet article est destiné uniquement à assurer la prompte mainlevée du navire étranger immobilisé par les autorités portuaires en raison d'une violation alléguée de la Convention. Il vise donc à éviter, dans la mesure du possible, les pertes économiques qui résultent de l'immobilisation du navire pour le propriétaire de celui-ci. Il n'est donc nullement question d'offrir une protection diplomatique aux membres de l'équipage du navire lésés par son immobilisation. Il est vrai que le champ d'application de l'article 292 ne se limite pas uniquement au navire proprement dit et que la mise en œuvre de cet article ne manquerait évidemment pas d'avoir des conséquences positives pour les membres de l'équipage privés de liberté ou lésés par un fait internationalement illicite du fait de l'immobilisation du navire. En d'autres termes, comme le Rapporteur spécial ne manque pas de le relever, 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. Il en va ainsi du cas où ils sont lésés du fait d'une collision en haute mer ou de tout autre fait internationalement illicite commis par un autre navire dans les espaces maritimes. M. Momtaz pense plus particulièrement aux actes pouvant être commis par les autorités d'un État côtier lors du passage du navire dans les eaux relevant de sa souveraineté ou de sa juridiction.

³ *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary*, sous la direction de M. H. Nordquist, S. Rosenne et L. B. Sohn, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1989, vol. V, p. 67 et suiv.

22. Dans ces conditions, M. Momtaz juge pour le moins difficile de se fonder sur l'article 292 pour reconnaître aux États le droit d'exercer leur protection diplomatique au bénéfice des membres de l'équipage des navires qui battent leur pavillon. On aurait pu à la rigueur accepter un tel droit dans les cas limités où les membres de l'équipage se trouvent être lésés du fait de l'immobilisation du navire au mépris des dispositions de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer. Ce n'est pas le raisonnement qu'a suivi le TIDM. Contrairement à ce qui a été affirmé, dans l'affaire du «*Saïga*», le Tribunal n'a nullement prétendu que l'action de Saint-Vincent-et-les Grenadines en faveur des membres de l'équipage qui n'étaient pas des nationaux de ce pays s'apparentait à une protection diplomatique.

23. Il ressort de l'étude de Kamto⁴ citée par le Rapporteur spécial dans son rapport que, d'après le Tribunal, la règle qui requiert l'épuisement des recours internes et l'exercice de la protection diplomatique qui s'ensuit est applicable lorsqu'un État viole le droit international vis-à-vis d'un ressortissant étranger. Le Tribunal relève qu'aucune des violations des droits de Saint-Vincent-et-les Grenadines «ne peut être présentée comme une violation d'obligation concernant le traitement réservé à des étrangers» [par. 98]. Il s'agit de violations directes des droits de Saint-Vincent-et-les Grenadines résultant de l'immobilisation du *Saïga*, cas auquel se réfère précisément l'article 292 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer. C'est la raison pour laquelle le Tribunal n'a pas exigé que les membres de l'équipage du *Saïga* épuisent les recours internes disponibles. On ne saurait, dans ces conditions, parler de protection diplomatique exercée par Saint-Vincent, État du pavillon, au bénéfice des membres de l'équipage n'ayant pas la nationalité de cet État.

24. S'agissant des arguments d'ordre pratique invoqués au paragraphe 63 du rapport, M. Momtaz dit qu'il ne saurait accepter celui selon lequel «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». Il s'agit là d'un argument politique qui n'est pas de nature à étayer la thèse du Rapporteur spécial. Paradoxalement, les États qui pratiquent la libre immatriculation et qui seraient ainsi appelés à protéger la grande majorité des gens de mer ne peuvent prétendre respecter davantage les droits de l'homme. La misère et l'exploitation éhontée de l'équipage des navires qui battent pavillon de complaisance montrent malheureusement que ces États se soucient peu du bien-être de ces personnes.

25. M. Momtaz souligne que le fait qu'il rejette les arguments présentés par le Rapporteur spécial ne doit nullement être interprété comme un refus d'accorder une protection aux gens de mer. Il veut simplement montrer qu'on ne peut étendre la protection diplomatique exercée par l'État du pavillon aux membres de l'équipage quelle que soit la nationalité. Il ne saurait se rallier à la thèse soutenue par le Rapporteur spécial au paragraphe 73 de son rapport, selon laquelle «il y a suffisamment de pratique des États pour justifier une telle règle». Cela dit, il n'en est pas moins extrêmement sensible à l'idée d'offrir à un État le droit de protéger les membres de l'équipage d'un navire qui bat son pavillon. Néanmoins, cette protection ne saurait en aucun cas être qualifiée de «diplomatique». Il convient avec M. Kolodkin qu'il s'agirait d'une protection *sui generis*, pourquoi pas une protection quasi fonctionnelle, pour reprendre l'idée de M. Chee. M. Momtaz suggère par conséquent de modifier le projet d'article 27 en supprimant toute référence à la protection diplomatique, laquelle serait limitée à l'équipage des seuls navires de commerce, à l'exclusion des navires qui jouissent de l'immunité juridictionnelle, c'est-à-dire des navires d'État.

26. M. KOSKENNIEMI fait observer que les discussions ont porté sur trois points: la pratique des États, les considérations pratiques et les interrogations d'ordre doctrinal, c'est-à-dire la question de savoir s'il s'agit de protection diplomatique, de protection fonctionnelle ou d'un autre type de protection *sui generis*. Il semble y avoir consensus sur le fait que l'examen de la pratique des États n'est pas concluant. Il semble également que les divergences au sujet des considérations énoncées

⁴ M. Kamto, «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.

aux paragraphes 63 à 67 du rapport du Rapporteur spécial ne soient pas si grandes. S'agissant de ce que M. Brownlie, dans le cadre de réflexions très pertinentes, a appelé des «prémisses erronées», il n'a pas été possible de trancher le débat. En ce qui concerne le troisième et dernier point, M. Koskenniemi partage bien entendu l'avis des membres qui pensent qu'il ne s'agit pas de protection diplomatique.

27. Revenant sur la question de la pratique, M. Koskenniemi dit qu'il a été particulièrement frappé par la phrase suivante figurant au paragraphe 51 du rapport du Rapporteur spécial: «M. 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»⁵. S'il est vrai que l'examen de la pratique des États n'a pas permis d'aboutir à un résultat vraiment concluant, il est clair que ce droit de l'État n'a jamais été remis en question, du moins jusqu'en 1967, ni d'ailleurs par la suite, sinon le Rapporteur spécial l'aurait indiqué.

28. De l'avis de M. Koskenniemi, puisqu'il existe une certaine pratique qui consiste à apporter une protection efficace à des personnes qui en ont véritablement besoin, l'argument selon lequel ce sujet ne cadre pas très bien avec un instrument sur la protection diplomatique est secondaire. Il estime donc que le projet d'article 27 a son utilité et peut être renvoyé au Comité de rédaction. Il est ouvert à la suggestion, faite notamment par M. Economides, tendant à le reformuler sous la forme d'une clause de sauvegarde, mais il n'a pas d'objection à son libellé actuel, à condition de supprimer l'adjectif «diplomatique» pour ne parler que de «protection» tout court, quelle que soit la catégorie dans laquelle on classera celle-ci par la suite.

29. M. CANDIOTI remercie le Rapporteur spécial pour l'excellente analyse qui figure dans son rapport et sa présentation du sujet, très détaillée et bien documentée, de la question à l'examen qui a suscité un débat intéressant et enrichissant et a permis de clarifier la nature de l'assistance que l'État du pavillon peut apporter aux membres de l'équipage d'un navire lorsque ces personnes, quelle que soit leur nationalité, sont lésées par un fait internationalement illicite commis par un autre État.

30. De l'avis de M. Candiotti, les nombreuses données et précédents examinés, de même que les nombreuses opinions exprimées au sein de la CDI, à la Sixième Commission et dans les communications écrites des gouvernements, montrent clairement que cette forme de protection et d'assistance se situe en dehors du contexte de la protection diplomatique que le projet d'articles a pour but de codifier. C'est pourquoi il partage l'avis des membres qui jugent inutile d'ajouter au projet une règle telle que celle énoncée au projet d'article 27.

31. Il n'est pas question de remettre en cause le droit de l'État du pavillon de fournir une assistance à l'équipage de ses navires dans certaines circonstances, mais il s'agit d'une action, d'un mécanisme ou d'une procédure qui sont couverts par la clause générale que la Commission a déjà renvoyée au Comité de rédaction pour indiquer que le projet d'articles est sans préjudice d'autres formes de protection des droits de l'homme, des investissements, etc., qui diffèrent de la protection diplomatique et ne sont donc pas soumises aux règles qui régissent cette institution, comme la règle de la nationalité et celle de l'épuisement des recours internes. Cependant, il serait utile de mentionner, dans les commentaires de cette clause générale de sauvegarde, comme exemple d'autres mécanismes ou procédures, l'assistance que l'État du pavillon d'un navire peut apporter aux membres de l'équipage, sans préjuger de l'évolution normative de cette forme de protection dans le contexte du droit de la mer, du droit de la navigation ou de tout autre contexte approprié.

32. M. KABATSI note que le Rapporteur spécial propose d'incorporer l'article 27 dans le projet d'articles pour des raisons tenant principalement à la pratique des États, telle que reflétée dans la

⁵ Voir 2795^e séance, note 7.

jurisprudence et une partie de la doctrine, mais aussi pour certaines raisons de principe et pratiques. Pour sa part, il ne pense pas que la pratique des États soit convaincante dans ce domaine. Les États-Unis, le seul État dont on puisse dire qu'il a eu une certaine pratique en la matière dans un lointain passé, doutent à présent de l'existence d'une telle règle coutumière de droit international. Les décisions de justice citées par le Rapporteur spécial ne sont pas si claires non plus. L'affaire du «*Saïga*» soulève d'autres questions que celles de la protection diplomatique au sens strict. Elle concerne bien davantage les dispositions de l'article 292 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer concernant la prompte mainlevée de l'immobilisation d'un navire. Il est vrai qu'en l'espèce le Tribunal international du droit de la mer a découragé la multiplicité des réclamations, mais le problème principal qui se posait était celui de la mainlevée de l'immobilisation du navire et de la mise en liberté des membres de son équipage. Quant à la doctrine, elle est partagée. Pour ce qui est des raisons de principe qui militent en faveur de l'article 27, M. Kabatsi les approuve, mais les mêmes considérations pratiques et humanitaires pourraient s'appliquer tout aussi bien aux équipages d'aéronefs et d'engins spatiaux, voire, pourquoi pas, aux conducteurs de train et d'autobus auxquels la protection diplomatique n'est pas octroyée aujourd'hui.

33. La CDI devrait s'en tenir aux orientations que lui a données la Sixième Commission, laquelle a répondu par la négative à la question de savoir si ce type de disposition devait être inclus dans le projet d'articles. Il est exact que certains États ne sont pas à même ou ne se soucient pas de protéger les droits de leurs nationaux membres de l'équipage d'un navire battant pavillon étranger. Mais pourquoi faudrait-il que des États interviennent en faveur de ressortissants ayant choisi de travailler à l'étranger pour des raisons strictement personnelles, souvent aux dépens des intérêts de leur propre pays? Le traitement particulier qui serait réservé aux membres d'équipage serait totalement hors de proportion avec les considérations de même type qui militeraient en faveur d'autres cas tout aussi méritoires, par exemple, celui des résidents étrangers permanents. La position de M. Kabatsi est que le projet d'articles sur la protection diplomatique devrait, dans la mesure du possible, être limité aux relations entre l'État de nationalité et ses ressortissants. Seules quelques exceptions inévitables, par exemple le cas des personnes apatrides, devraient être retenues. C'est pourquoi M. Kabatsi ne pense pas que l'article 27 doive être renvoyé au Comité de rédaction.

34. M. FOMBA dit que les termes du débat sur l'article 27 doivent être définis à la lumière des articles pertinents déjà adoptés par la Commission. L'article premier fonde la définition de la protection diplomatique sur le principe de la nationalité, mais prévoit la possibilité d'admettre des exceptions à ce principe. Dans la conception actuelle de cet article, la possibilité d'exercer la protection diplomatique à l'égard d'un non-national est limitée aux seuls apatrides et réfugiés. Mais l'article 3, d'autre part, limite la portée *ratione personae* du droit d'exercer la protection diplomatique au seul État de la nationalité. Quant à l'article 5, il consacre le principe de la double ou multiple nationalité ainsi que la possibilité pour deux ou plusieurs États de nationalité d'exercer conjointement la protection diplomatique. Si l'on devait appliquer strictement les articles 1 et 3 dans le cadre de l'article 27, il apparaît évidemment que la protection diplomatique devrait être limitée aux seuls nationaux et relever de la compétence du seul État national.

35. Le Rapporteur spécial avance plusieurs arguments en faveur de l'article 27. Selon lui, l'article 292 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer est utile, mais il ne saurait se substituer à la protection diplomatique en faveur des équipages parce qu'il 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. Par conséquent, un mécanisme de plus large portée que l'article 292 est nécessaire pour protéger ces équipages. Les mots clefs de l'argumentation développée par le Rapporteur spécial sont donc «raisons de principe», «simplification» et «opérationnalité». À défaut de l'article 27, une clause de sauvegarde permettrait de laisser la porte ouverte à l'émergence d'une règle coutumière. Tirant argument de ce que la pratique des États est suffisante et qu'il y a de solides considérations de principe à l'appui d'une telle disposition qui n'est pas audacieuse, le Rapporteur spécial estime qu'il faut étendre

progressivement les principes de la protection diplomatique traditionnelle et que cela relèverait plus de la codification que du développement progressif.

36. La question qui se pose est de savoir si et dans quelle mesure la pratique des États peut être qualifiée de suffisante. Certaines expressions employées par le Rapporteur spécial (aux paragraphes 44 et 73, par exemple) permettent d'en douter et pourraient conduire à relativiser la portée de l'affirmation selon laquelle il s'agirait beaucoup plus de codification. De l'avis de M. Fomba, il est nécessaire de protéger de la meilleure façon possible les membres des équipages des navires, toutes nationalités confondues. La Convention des Nations Unies sur le droit de la mer assure une certaine protection, mais celle-ci apparaît à l'analyse comme étant bien particulière et insuffisante. Cela laisse donc entier, ou presque, le problème de la protection diplomatique de ces équipages. L'approche traditionnelle doit demeurer la règle, en conséquence de quoi la protection diplomatique stricte devrait jouer, mais pour autant que ces personnes aient une nationalité dont elles pourraient se prévaloir. Force est de constater que cette solution de principe n'est malheureusement pas systématiquement praticable pour diverses raisons. Pour éviter ou minimiser de telles difficultés, la solution la plus logique, raisonnable et pratique serait d'accorder à titre exceptionnel, par analogie et par nécessité, un tel droit à l'État du pavillon. Aussi M. Fomba serait-il a priori en faveur de l'adoption de l'article 27 plutôt que d'une clause de sauvegarde, étant entendu que sa rédaction pourrait être revue et qu'on devrait logiquement le viser au paragraphe 2 de l'article premier et le placer après l'article 7 dans le dispositif. Enfin, pour ce qui est de la question de l'extension de la protection diplomatique à d'autres catégories, M. Fomba partage très largement le point de vue du Rapporteur spécial.

37. M. COMISSÁRIO AFONSO conclut de tout ce qui a été dit que la Commission n'a pas de base juridique sur laquelle s'appuyer pour habiliter l'État du pavillon à exercer sa protection diplomatique au bénéfice des membres de l'équipage d'un navire qui ne sont pas ses nationaux. Aucun exemple de pratique des États n'a pu être présenté à l'appui d'un désir éventuel de la Commission d'en faire une règle coutumière. Même la pratique des États-Unis n'est d'aucun secours dans ce domaine. Les sentences arbitrales internationales ne sont pas davantage concluantes, comme le dit le Rapporteur spécial au paragraphe 48 de son rapport. Quant à l'affaire du «*Saiga*», abondamment commentée au cours des débats, le Rapporteur spécial a bien montré qu'elle avait trait pour l'essentiel au mécanisme procédural prévu par l'article 292 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer pour assurer la prompte mainlevée de l'immobilisation d'un navire et non à la protection diplomatique en tant que telle. On peut admettre que, pour des raisons de principe, la Commission s'engage sur la voie d'un développement progressif du droit international, mais ce serait aller à l'encontre des fortes objections non pas seulement de quelques-uns de ses membres mais aussi, et c'est plus important, des États Membres de la Sixième Commission de l'Assemblée générale. En l'absence de jurisprudence claire et nette et sans même un semblant de consensus sur cette question, ceci est difficile à envisager. Mais surtout, le projet d'article 27 à l'examen est contraire au projet d'article premier que la Commission a adopté à sa cinquante-quatrième session en 2002. C'est pourquoi M. Comissário Afonso pense qu'il serait prématuré, pour le moins, de le renvoyer au Comité de rédaction. Bien qu'il ne soit pas hostile au principe même qui y est exposé, les arguments présentés en faveur de son adoption n'ont pas réussi à le convaincre.

38. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO dit que la question de la protection des membres de l'équipage d'un navire relève aussi d'autres régimes juridiques, tels que la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, et plus précisément son article 292, qui prévoit l'exercice d'une protection par l'État du pavillon, qu'il faut distinguer néanmoins de la protection diplomatique visée par le projet d'article. Sont également applicables les règles relatives à la protection diplomatique par l'État de nationalité de la victime. Il est indubitable que la protection prévue par la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer est distincte de la protection diplomatique. L'important est de savoir si l'exercice de la protection diplomatique peut, dans certaines circonstances, s'étendre à l'État du pavillon. En se fondant sur la pratique, la doctrine et la jurisprudence, on est amené à envisager

cette possibilité pour éviter de laisser les personnes en cause sans protection. La protection prévue par la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer est limitée, car elle ne porte que sur la mainlevée de l'immobilisation du navire dans le contexte d'une violation de la Convention. Elle n'est pas non plus exclusive puisque l'État de la nationalité continue d'avoir le droit d'exercer la protection diplomatique au bénéfice de ses nationaux. De plus, elle est conditionnée par l'existence d'un dommage causé au navire, ce qui apparaît clairement dans le projet d'article 27 proposé par le Rapporteur spécial. Dans ce cas, il est dérogé aux principes de nationalité ainsi que d'épuisement des recours internes; il s'agit donc d'un mécanisme distinct et exceptionnel qui se justifie par l'urgence et par des considérations politiques. Toutefois, la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer ne couvre pas toutes les situations, et parfois la seule protection sera l'exercice de la protection diplomatique par l'État de nationalité. Compte tenu des difficultés pratiques que peut entraîner l'exercice de la protection diplomatique au bénéfice de l'équipage par l'État de nationalité, M. Rodríguez Cedeño est favorable au projet d'article 27, étant entendu que la faculté qu'a l'État du pavillon d'exercer une protection n'empêche pas l'État de nationalité d'exercer également sa protection diplomatique. Le projet d'article peut donc être renvoyé au Comité de rédaction, lequel pourrait trouver une forme de clause de sauvegarde semblable aux clauses déjà adoptées, afin d'éviter qu'une catégorie de personnes soit laissée sans protection. Il faudra toutefois veiller à ce qu'une telle clause ne facilite pas les réclamations multiples.

39. M. BROWNLIE fait savoir qu'il a changé d'avis et que, devant la faiblesse des arguments des partisans de l'article 27, il se range désormais parmi ses adversaires.

40. M. GAJA dit que le cas dans lequel les membres d'un équipage ne possèdent pas la nationalité de l'État du pavillon est devenu très fréquent et qu'il serait donc utile d'examiner si la protection diplomatique devrait leur être accordée par l'État de nationalité du navire. Des milliers de personnes sont concernées. Ce n'est pas tant ce que l'on peut tirer de la pratique ou de la décision rendue dans l'affaire du «*Saïga*» qui l'amène à se prononcer en faveur d'une règle permettant la protection de l'État du pavillon que les considérations de principe. La première d'entre elles est fondée sur le fait que les membres de l'équipage risquent de souffrir par contrecoup des dommages subis par le navire et que seul l'État du pavillon est susceptible de présenter une réclamation dans cette situation. L'État du pavillon, grand ou petit, le fera – ne serait-ce qu'à l'instigation des armateurs –, quelle que soit leur nationalité. Les armateurs ont les moyens d'intervenir avec leurs avocats et ont intérêt, même s'ils ont choisi un pavillon de complaisance, à obtenir d'abord la mainlevée de l'immobilisation de leur navire et ensuite l'indemnisation des équipages. La question de principe qui se pose est de savoir s'il ne serait pas sage, puisque seul l'État du pavillon est susceptible d'intervenir officiellement, que les membres de l'équipage bénéficient eux aussi de cette intervention et soient englobés dans la réclamation que l'État du pavillon pourrait faire. L'article 292 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer n'offre certainement pas un recours suffisant, comme l'a montré le Rapporteur spécial. S'il peut permettre d'obtenir la libération d'un équipage, il est entièrement silencieux quant à la question de la réparation des préjudices. Il est impossible de présenter une demande de réparation selon la procédure prévue à l'article 292. De surcroît, la décision rendue au fond dans l'affaire du «*Saïga*» n'était pas fondée sur l'article 292.

41. L'une des critiques formulées contre la règle proposée est qu'elle porterait atteinte au droit des États de nationalité des marins. Cette critique se fonde sur la prémisse selon laquelle l'État du pavillon serait le seul État habilité à exercer la protection diplomatique. Or, il serait préférable de considérer le droit de l'État du pavillon à exercer la protection diplomatique comme un droit supplémentaire, plutôt qu'un droit exclusif, ainsi que cela a déjà été souligné plusieurs fois au cours du débat. Il semble que le Rapporteur spécial aille dans ce sens, comme le montre le paragraphe 66 du rapport. M. Gaja pense qu'il serait préférable d'énoncer expressément le caractère additionnel de ce droit à l'article 27 et de placer celui-ci à la suite de l'article 7. Malgré les avis partagés des membres de la Commission à ce sujet, il est favorable au renvoi de l'article 27 au Comité de rédaction.

42. M. CHEE fait observer que l'article 292 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, évoqué à propos de l'affaire du «*Saiga*», concerne le premier de deux stades d'une pratique identique à celle que l'on trouve en droit interne. Le principe consiste à verser une caution en échange de la mainlevée immédiate d'un navire. Cette prompte mainlevée était un élément essentiel de la réflexion qui a abouti à la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer. Souvent, les navires se trouvant dans des ports ou le long des côtes d'États en développement étaient arraisonnés et c'est cette pratique que l'on cherchait à empêcher. La prompte mainlevée est le premier stade. Ensuite, dans une étape ultérieure, on examine le fond de l'affaire et le tribunal doit alors se prononcer sur la protection fonctionnelle, la nationalité, etc., ainsi que l'expose le Rapporteur spécial dans son cinquième rapport.

43. Les États qui recourent à un pavillon de complaisance le font pour diverses raisons, fiscales et salariales notamment. Ils cherchent aussi à esquiver la réglementation en vigueur dans les grands États. Ceux-ci édictent toutes sortes de règles pesantes, par exemple sur l'âge des navires, que certains États en développement n'ont pas les moyens d'appliquer.

44. Dans les affaires du «*I'm Alone*» et du «*Saiga*», les membres d'équipage du navire lésé, quelle que soit leur nationalité, ont présenté une réclamation. Dans l'affaire du «*I'm Alone*», les membres de l'équipage qui étaient de nationalité étrangère ont quand même eu droit à réparation, ce qui signifie que certains aspects de la protection interviennent.

45. Lorsque les membres de l'équipage sont à bord du navire, ils sont soumis à la juridiction de l'État du pavillon, ce qui veut dire qu'ils sont aussi placés sous la protection de cet État. Tel est le sens des décisions prises dans certaines des affaires mentionnées par le Rapporteur spécial, et cela se comprend parfaitement. Ensuite se pose la question suivante: les navires, au motif qu'ils ne sont pas soumis à la protection diplomatique, ne devraient pas être protégés par ce principe. Mais il faut que le consul protège ses ressortissants. Et il y a d'autres fonctions administratives qui lui incombent. Dans la pratique, les fonctions de protection consulaire et de protection diplomatique sont parfois interchangeables, et pour cette raison il ne faut pas s'attacher trop strictement à la notion de protection diplomatique: à partir du moment où un État intervient, il s'agit d'une procédure interétatique. De façon générale, les États de nationalité des membres de l'équipage ne sont guère soucieux de protéger leurs nationaux, alors que les armateurs, eux, pour des raisons économiques, sont prêts à agir pour que l'État du pavillon exerce sa protection, et l'équipage pourrait ainsi être protégé dans le cadre d'une protection consulaire ou d'une protection diplomatique proprement dite par l'État du pavillon. Si les non nationaux membres de l'équipage ne sont pas inclus dans la protection, ils seront abandonnés à eux-mêmes. C'est pourquoi, pour des raisons humanitaires, il est important que les membres de l'équipage soient protégés en vertu du projet d'article 27.

46. M. BROWNIE dit qu'il ne faut pas que le texte puisse laisser penser que les procédures de protection consulaire applicables en vertu de l'article 292 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer sont de même nature que la protection diplomatique, ce qui n'est pas le cas. Par ailleurs, la Commission ne peut pas s'appuyer sur la pratique, car elle est incertaine. Ainsi, il semble, d'après Mme Xue, que la Chine est soucieuse de protéger les membres de l'équipage de sa nationalité, ce qui contredit l'idée que les États se soucient peu d'exercer la protection diplomatique dans ce cas. C'est pour des raisons liées à l'importance stratégique de la marine marchande pour le Royaume-Uni et les États-Unis que certains États ont pu accorder leur protection aux membres d'équipage n'ayant pas leur nationalité, mais cette situation historique n'est plus d'actualité. Enfin, s'agissant des droits de l'homme, il lui semble que ceux-ci seraient mieux protégés par une plus grande sécurité juridique. Il faudrait pour cela une règle de priorité: l'État de nationalité de chaque membre d'équipage devrait avoir au premier chef la faculté d'exercer sa protection et, s'il ne fait rien, l'État du pavillon pourrait alors intervenir.

47. Mme XUE estime que les navires peuvent être considérés comme faisant partie du territoire de l'État du pavillon et que la notion de protection par l'État du pavillon se fonde non sur un principe de territorialité, mais sur celui du pouvoir juridictionnel de l'État du pavillon. D'autre part, elle doute qu'on puisse affirmer, comme le fait le Rapporteur spécial, que l'État du pavillon sera nécessairement plus actif que les États nationaux des membres d'équipage d'un navire. Ce ne sont pas la taille et l'influence de l'État, ni sa réputation en matière de droits de l'homme qui sont déterminantes, et la Commission devrait examiner de près la réalité des pratiques maritimes.

48. M. ECONOMIDES dit qu'il est vrai que la protection consulaire et la protection des membres de l'équipage en vertu du droit de la mer sont des réalités, mais que la question est de savoir si la Commission doit aller au-delà en étendant aux membres d'équipage non nationaux la protection diplomatique, ce qui relèverait du développement progressif. Il note que même si l'État du pavillon, en règle générale, ne s'intéresse que très peu à la protection des membres de l'équipage d'une autre nationalité, la situation peut changer et qu'il n'appartient pas à la Commission de récuser par avance cette possibilité.

49. M. MOMTAZ souligne que l'absence de volonté de la part de l'État du pavillon de protéger les membres de l'équipage ne résulte pas de l'absence de règle juridique, mais de l'absence d'un lien substantiel entre le navire et l'État du pavillon, et que l'adoption du projet d'article 27 ne résoudrait pas le problème.

50. Le PRÉSIDENT, constatant que les avis sont très partagés, propose de procéder à un vote indicatif sur le renvoi au Comité de rédaction du projet d'article 27.

51. M. DUGARD (Rapporteur spécial) fait observer que la pratique habituelle de la Commission est que le Rapporteur spécial fasse état du nombre d'orateurs qui ont pris position pour une proposition et de ceux qui sont contre cette proposition, et qu'on ne procède à un vote que si ce comptage n'est pas concluant.

52. M. BROWNLIE fait remarquer qu'il a lui-même changé d'avis au cours du débat et qu'il en va peut-être de même pour d'autres membres.

53. M. PELLET dit qu'il a lui aussi changé d'avis en ce sens qu'il souhaiterait à présent que figure dans le projet d'articles une disposition relative à la protection des gens de mer, qui ne soit pas toutefois le projet d'article 27 sous sa forme actuelle. Il demande si le Comité de rédaction aura la latitude nécessaire pour pouvoir dire que la protection des membres de l'équipage d'un navire ne constitue pas un cas de protection diplomatique.

54. Le PRÉSIDENT propose de procéder en premier lieu à un vote indicatif sur le renvoi au Comité de rédaction du projet d'article 27. En cas de vote négatif, il procédera à un deuxième vote sur une proposition tendant à ce que le Comité de rédaction réfléchisse à l'élaboration d'une clause relative au lien entre protection diplomatique et protection des gens de mer, qui prendra la forme que le Comité jugera appropriée.

55. M. ECONOMIDES estime que, sur le plan de la procédure, il est préférable de se limiter à un seul vote, portant sur le renvoi du projet d'article 27 au Comité de rédaction, mais en donnant à ce dernier une grande latitude dans la rédaction de la disposition.

56. M. PELLET, estimant que les orientations doivent être décidées par la plénière, appuie la proposition du Président.

57. Le PRÉSIDENT invite la Commission à procéder à un vote à main levée sur le renvoi du projet d'article 27 au Comité de rédaction.

Par 15 voix contre 12, il est décidé de ne pas renvoyer le projet d'article 27 au Comité de rédaction.

58. Le PRÉSIDENT propose de demander au Comité de rédaction de réfléchir à l'élaboration d'une disposition relative au lien entre la protection des gens de mer par l'État du pavillon et la protection diplomatique. Les conclusions du Comité devront être présentées en séance plénière. Il invite la Commission à procéder à un vote à main levée sur cette proposition.

Par 16 voix contre 4 avec 5 abstentions, la proposition tendant à demander au Comité de rédaction de réfléchir à l'élaboration d'une disposition relative au lien entre la protection des gens de mer par l'État du pavillon et la protection diplomatique est adoptée.

La séance est levée à 13 heures.
